

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 455

(ano VII)

06/10/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário*

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.*

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



06/10/2015 Christian Robert dos Rios
» [O sujeito ativo da investigação criminal](#)

ARTIGOS

- 06/10/2015 Adilson José Bressan
» [O momento da consumação dos crimes de furto e roubo próprio segundo os posicionamentos da doutrina brasileira, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça](#)
- 06/10/2015 João Alexandrino de Macedo Neto
» [Os princípios do Direito Penal e suas constantes atualizações](#)
- 06/10/2015 Camilla Holanda Mendes da Rocha
» [A indenização pela perda de uma chance aplicada ao Direito do Trabalho](#)
- 06/10/2015 Barbara Silva dos Santos
» [Participação da mulher nos movimentos sociais da Bahia](#)
- 06/10/2015 Steel Rodrigues Vasconcellos
» [Os defeitos do negócio jurídico](#)
- 06/10/2015 Tauã Lima Verdán Rangel
» [O Projeto de Lei nº 4.148/2008 e o fim da rotulagem identificatória em alimentos transgênicos: a desconstrução do princípio da informação no Direito do Consumidor](#)

O SUJEITO ATIVO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

CHRISTIAN ROBERT DOS RIOS: Delegado de Polícia da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo. Mestrando em Direito do Programa do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho de São Paulo - Área de Concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade; Linha de Pesquisa: Justiça e Paradigma de Eficiência. Especialista em Segurança Pública pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo - UFES. Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Atualmente integra o grupo de pesquisa do Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil Lattes do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), na linha de pesquisa Ensino de Língua e Literatura (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3742920810657747). Professor visitante do Centro de Pós-graduação da Universidade Nove de Julho de São Paulo. Trabalhou como professor de graduação em instituições de ensino superior e em cursos preparatórios para concursos da área jurídica. Atuou como professor em cursos de formação e aperfeiçoamento na Academia da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo. Desempenhou a função de tutor de ensino à distância na Academia Nacional de Polícia do Ministério da Justiça. Tem experiência na área do Direito e da Educação, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal. Autor do livro MANUAL DE POLÍCIA JUDICIÁRIA - DOCTRINA E PRÁTICA, SÃO PAULO: EDIPRO, 2014.

A linguagem tem o poder de direcionar o pensamento humano e atua decisivamente na criação da realidade. A utilização equivocada e abrangente da palavra “polícia” fez surgir grave confusão na definição das instituições que atuam em áreas distintas, quais sejam na ordem pública e no sistema de justiça criminal. Importa percorrermos o passado e identificar no tempo a origem da anomalia.

O início do processo de civilização organizada registrado na Grécia antiga deu origem às palavras polis e civitas, das quais posteriormente derivaram o termo “polícia”. Tanto *polis* como *civitas* serviram para denominar “cidade”, tendo, a primeira, a conotação de organização estatal enquanto a segunda seria uma variação daquela, com sentido político, para abranger os cidadãos romanos e suas prerrogativas como tais.

A palavra polícia sofreu transformações semânticas e, mais tarde, passou a denominar o Estado de tudo o que era organizado, limpo, em ordem, confortável e belo. Surge daí a noção de “poder de polícia”, para conferir ao órgão da autoridade central a função de manter a cidade organizada, limpa e em ordem. Assim foi que em todo o mundo o termo polícia ficou definitivamente consagrado para definir o órgão estatal encarregado de salvaguardar a ordem pública, restringindo e condicionando direitos.

Entretanto, a histórica concentração do poder pela qual o mandatário absoluto reunia as funções de julgar e de organizar a força pública, cumulando às milícias a tarefa de patrulhar e fazer averiguações sobre eventuais transgressões e conspirações, deu causa a uma confusão de sentidos em relação à palavra polícia, ampliando indevidamente a abrangência de tal termo.

Nessa conformidade, a Inquisição medieval utilizou o mesmo corpo de inquisidores para as atividades de vigilância e coleta de informações. Assim também, o monarca utilizava o mesmo grupamento de guardas para a contenção de desordens e coleta de informações sobre atividades tidas como marginais.

É fora de dúvida também que a concentração das funções de magistratura e de comando de exércitos praticada pelos pretores romanos contribuiu para a confusão até hoje refletida nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, na medida em que aquela organização política serviu de modelo para as civilizações vindouras.

Essa histórica reunião de funções em um só corpo funcional fez surgir a ideia equivocada e desastrosa segundo a qual o termo polícia abrangeria as funções de manutenção da ordem e as de coleta de elementos de informação que fizessem conhecer o autor de supostas infrações aos códigos de conduta. Esse desvio de linguagem é tão relevante e poderoso que, em razão dele, até

hoje perdura em escala global a confusão que faz com que órgãos públicos com funções totalmente distintas sejam equivocadamente aglutinados conceitualmente numa só denominação de atividade estatal – policiamento. O legislador constitucional pátrio caiu na armadilha semântica e prova disso é o texto do art. 144 da Constituição Federal, em que, sob o capítulo intitulado “Da Segurança Pública”, foram dispostos órgãos com funções totalmente distintas, paradoxalmente reunidos sob a mesma denominação polícia e sob o mesmo enfoque de preservação da ordem pública.

Ora, é uma impropriedade gritante estabelecer que a preservação da ordem pública se confunde nas funções de policiamento e investigação, eis que a ideia de manutenção da ordem pública tem natureza completamente distinta da que se refere ao exercício da atividade apuratória preliminar coadjuvante. A apuração preliminar coadjuvante está para o equilíbrio de tensão entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, concentrando-se na reunião de provas da imputação (cargo) ou da não imputação (descargo). Nesse contexto, a investigação criminal é atividade de coadjuvação judiciária na realização da justiça diante do caso concreto e não de policiamento.

Nem se diga que colocar a investigação no plano coadjuvante da jurisdição penal diminuiu-lhe a importância, mas, ao contrário, assoma-lhe o valor situando-a junto daquela que é a maior e mais nobre expressão da soberania do Estado Democrático. O órgão de investigação não está sendo colocado aqui em condição de inferioridade e tampouco de subordinação em relação ao órgão judiciário ou ministerial, e sim em posição de cooperação mútua na intencionalidade final comum de realização de justiça. A interpretação precipitada do termo “coadjuvação” ora utilizado poderia induzir o leitor incauto a pensar que estamos colocando o órgão de investigação em um papel secundário, de mero auxiliar. A

coadjuvação aqui é recíproca, e vale para todos os atores envolvidos, no exato sentido da palavra. Remetemos o leitor ao significado do termo “coadjuvar”: auxiliar-se, ajudar-se mutuamente.

A coadjuvação enfocada é via de mão dupla em que as diversas engrenagens do sistema de justiça criminal interagem numa relação de necessidades recíprocas, com independência e sem subordinação. Essa abordagem é realçada quando constatamos que o presidente da investigação atua com autonomia e desenvoltura, sem relação de hierarquia diante do juiz ou de qualquer outro ator de quaisquer dos poderes, havendo uma recíproca influência na necessária interação entre delegado de polícia, juiz, defesa técnica e Ministério Público, mas sempre com o fim precípuo de cognição.

A complexa atividade desenvolvida pela hoje denominada polícia judiciária não está para a segurança pública e sim para a eficácia prática do processo penal. Tanto assim que os destinatários diretos do inquérito policial são o Ministério Público, a defesa técnica do indigitado autor do ilícito e o juiz, enquanto os destinatários imediatos da atividade policial, na pretendida manutenção da ordem pública, são os cidadãos de um determinado grupamento social postos sob a vigilância da polícia ostensiva ou dos órgãos de fiscalização.

O que decide a natureza de um órgão é o seu plano de atuação e seus fins, e a polícia judiciária age precipuamente numa relação de necessidade com a atuação do poder jurisdicional, na aplicação da lei ao caso concreto, tendo como escopo a realização da justiça penal.

Sob outro enfoque, embora as atividades do órgão de investigação não materializem atividade jurisdicional, ao coletar indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a polícia judiciária apresenta a imprescindível justa causa para instauração

da ação penal. A deflagração de uma ação penal configura verdadeira violência estatal que constrange o cidadão, colocando-o na incômoda condição de réu e, tanto por isso, não se permite no Brasil a instauração da instância penal sem que haja um coeficiente mínimo de viabilidade (verossimilitude/probabilidade) para o desiderato, sob pena de trancamento da ação por meio do habeas corpus (art. 648, I, do Código de Processo Penal). Portanto, a atividade estatal investigativa está necessária e diretamente conectada ao exercício da jurisdição penal e não se confunde nem de longe com os poderes administrativos que têm por escopo a restrição ou condicionamento de direitos a bem da ordem pública. Esta concepção é reafirmada quando se constata que o substrato da investigação, muitas vezes constituído de provas irrepetíveis (exame de corpo de delito e busca e apreensão, por exemplo), é apto a embasar eventual condenação ou absolvição, uma vez submetido o conjunto de tudo que foi carreado pelo inquérito, em juízo, ao contraditório e à ampla defesa.

Ousamos defender, portanto, que a atividade investigatória não pode ser confundida com a função de polícia, mas deve ser reconhecida como atividade estatal de coadjuvação judiciária e instrumental necessária de jurisdição penal.

A partir de tal compreensão, deve ser rechaçada a percepção segundo a qual a atividade investigatória tem como único destinatário o titular do *jus persecuendi* e visa tão somente a subsidiar a acusação para a propositura da ação penal. É que, no processo penal, o Ministério Público e o querelante figuram na condição de partes, impondo-se serem mantidos em pé de igualdade com a defesa técnica, devendo a investigação criminal estar disposta imparcialmente para subsidiar tanto o processo como, se for o caso, o não processo. Ao contrário, ao defendermos que a investigação é instrumento ao alvedrio exclusivo da acusação, ferida de morte estará a isonomia processual com

consequências funestas para o direito de liberdade e o ***status dignitatis*** de todos os cidadãos.

A investigação busca a verdade real e não pode ser confundida como ferramenta disposta ao arbítrio de um carrasco que anseia a todo custo uma condenação. Com muito mais razão, não podemos confundir a atividade investigatória com a atividade policial, uma vez demonstrada a impropriedade da concepção abrangente do termo “polícia”, até hoje equivocadamente adotada não só no Brasil, mas em diversos países.

O Poder Executivo deve ser responsável pela gestão do policiamento, mas não pode ter sob seu comando direto o órgão investigatório, já que este deve atuar norteado pela justa aplicação do direito material, coadjuvando para garantir o eficaz funcionamento da justiça criminal, ainda que em prejuízo dos interesses inconfessáveis de agentes públicos mal-intencionados. Por via de conclusão, a partir de uma nova reflexão sobre a questão proposta, a atividade investigatória deve ser objeto de profunda remodelação legal para que seja reconhecida como emanção do poder político estatal soberano, imunizando-a das ingerências do Poder Executivo e conferindo ao órgão investigativo garantias que lhe assegurem imparcialidade e independência na necessária coadjuvação com o Poder Judiciário, Ministério Público e defesa técnica.

Dispõe o Código de Processo Penal em seu art. 4º que: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”, sendo o inquérito policial a base preparatória da ação penal e com competência para elaborá-lo deferida ao órgão de polícia judiciária – o delegado de polícia. A regra, porém, não exclui outras autoridades administrativas quando, por lei, lhes seja cometida a mesma função. Como bem assinala Tornaghi (1989, p. 29), se, por exemplo, uma

lei atribuir às autoridades alfandegárias o poder de investigar contrabandos ou descaminho, elas poderão realizar inquéritos. Se outra lei cometer aos serviços de fiscalização do exercício da medicina a função de investigar os crimes contra a saúde pública, elas terão também esse poder.

A Constituição Federal, de em 5 de outubro de 1988, estabelece em seu art. 144, § 4º, que: “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. Sendo assim, o inquérito policial deverá ser sempre presidido por delegado de polícia de carreira.

Parcela considerável da doutrina tem defendido a direção da investigação pelo Ministério Público, argumentando que o inquérito policial é voltado exclusivamente para a formação da *opinio delicti* por parte do órgão da acusação. Outros defendem a instituição do juizado de instrução, sustentando que a outorga da atividade investigatória a um magistrado instrutor daria maior qualidade ao material probatório, propiciaria o exercício imparcial da investigação e elidiria o cometimento de abusos. As duas posições, amparadas por discursos vagos e inconsistentes, deparam-se com uma realidade inarredável: a fragilidade humana que precipita a maioria dos homens à prepotência.

Como pressupor uma parte illogicamente imparcial, se o Ministério Público é o contraditor natural do imputado? Por outro lado, como atenderemos aos requisitos do sistema acusatório a partir do improvável enquadramento orgânico de juízes em uma atividade inquisitiva que não corresponde ao estrito sentido de jurisdição?

Werner Goldschmidt, em 1950, em seu exílio no Uruguai, afirmou se tratar de uma “ingenuidade” do legislador acreditar na

possível imparcialidade das partes, afirmando que a exigência de imparcialidade da parte acusadora cai no mesmo erro psicológico que desacreditou o processo inquisitivo (1935, p. 29).

É do consagrado mestre Aury Lopes Júnior (2003, p. 92) a seguinte lição: [...] se no plano do dever ser o promotor poderia ser uma parte imparcial, no plano do ser isso é impossível. Como ser humano, é facilmente suscetível de sofrer a paixão pelo poder, pela investigação e, principalmente, pela posição acusadora no processo penal. A argumentação teórica não é suficiente para explicar esse fenômeno, porque a alma do ser humano é frágil, muito mais frágil que supõe a construção técnica artificial.

O juizado de instrução passa por grave crise nos países em que foi adotado e em todos eles se pensa na reformulação do sistema, eis que apresentou-se como entrave à plena consolidação do sistema acusatório, pois a sua adoção deu conotação inquisitiva ao judiciário, além de resultar numa lentidão maior ainda da administração da justiça.

De tudo se conclui que o sistema adotado atualmente no Brasil, uma vez guindado ao patamar instrumental garantista que o revisite a partir de hodiernos e mais acertados paradigmas e conceitos (coadjuvação judiciária, filtro contra acusações infundadas, direção supra partes para torná-lo elemento de cargo e descargo, garantia de autenticidade das provas e do funcionamento eficaz da justiça), tende a ser reconhecido como modelo de sistema de instrução preparatória para todos os países onde se pretende a consolidação do Estado Democrático de Direito.

A investigação criminal é atividade sensível desenvolvida pelo Estado porque toca nos direitos fundamentais do cidadão (liberdade, intimidade etc.), não podendo ser exercitada senão nos exatos limites da lei. Muito por isso, entre os órgãos estatais a polícia judiciária sem dúvida é um dos mais fiscalizados: sobre ela

recai o controle externo do Ministério Público e o controle interno das corregedorias, além da permanente e necessária análise judicial prévia de eventuais medidas constritivas. Ademais, as ações da polícia judiciária estão sob constante supervisão das secretarias de segurança pública nos estados e do Ministério da Justiça na esfera federal, sem contar a atuação das ouvidorias, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional de Justiça, dos conselhos comunitários, ONGs etc.

Aqueles que defendem a atribuição investigativa a outros órgãos públicos desprezam a Constituição Federal e fazem pouco do alto custo pago por muitos para que o Brasil exsurgisse das trevas do arbítrio para consolidar-se como nação livre em que o povo pudesse contar, senão com a sonhada justiça social, ao menos com um mínimo necessário de segurança jurídica.

Muitos dos nossos heróis que ousaram sonhar com a transformação da ditadura em democracia, certamente se horrorizariam diante das defesas públicas acaloradas em favor da investigação pelas polícias ostensivas e pelo Ministério Público. Por certo, muito mais pungente ainda é a dor de assistir a covardia (dissimulada por falsos discursos de vanguarda em suposta defesa do interesse público) de quem, ao contrário de honrar a toga heroica de guardião da legalidade e da justiça, ratifica a usurpação por meio da concessão de ordens judiciais de busca e apreensão, interceptação telefônica e até prisão, a órgãos sem atribuição legal para investigar.

O MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DOS CRIMES DE FURTO E ROUBO PRÓPRIO SEGUNDO OS POSICIONAMENTOS DA DOUTRINA BRASILEIRA, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADILSON JOSÉ BRESSAN: Especialista em Ciências Penais. Especialista em Segurança Pública. Delegado de Polícia de Entrância Final em Santa Catarina.

RESUMO: O artigo aborda a polêmica questão do momento consumativo dos crimes de furto e roubo próprio. Partindo da análise dos tipos penais, identifica as correntes existentes sobre o tema, para, em seguida, apontar as posições que prevalecem no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça e na doutrina penalista brasileira.

Palavras-chave: Furto, roubo, consumação.

ABSTRACT: The article discusses the provocative question when consummative of the crimes of theft and robbery himself. Starting from the analysis of criminal types, identifies existing currents on the theme, then point the positions which prevail in the Federal Supreme Court, the Superior Court of Justice and in the Brazilian criminalist doctrine.

Key words: theft, robbery, consummation.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS CRIMES DE FURTO E ROUBO. 1.1 Conceitos e distinções. 1.2 Furto e roubo próprio – breve análise dos tipos penais. 2. TEORIAS RELATIVAS À CONSUMAÇÃO DOS CRIMES DE FURTO E ROUBO PRÓPRIO. 2.1 As teorias da contrectatio, da apprehensio ou amotio, da ablatio, e da illatio. 2.1.1 Teoria da contrectatio. 2.1.2 Teoria da apprehensio ou amotio. 2.1.3 Teoria da

ablatis. 2.1.4 Teoria da illatio. 2.2 Teorias: aceitação e crítica. 2.3 O debate contemporâneo. 3. O MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO FURTO E DO ROUBO PRÓPRIO CONSOANTE O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA BRASILEIRA. 3.1 A consumação do furto na doutrina brasileira. 3.2 A consumação do roubo próprio na doutrina brasileira. 4. A CONSUMAÇÃO DO FURTO E DO ROUBO PRÓPRIO SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4.1 O momento da consumação do furto e do roubo próprio no entendimento do Supremo Tribunal Federal. 4.2 O momento da consumação do furto e do roubo próprio conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Embora o tema não seja novo, é bastante atual, face às divergências doutrinárias e jurisprudenciais encontráveis. Manuais de direito penal, invariavelmente, abordam a questão. Estudantes de direito encontram na discussão interessante temática para pesquisa. A jurisprudência, atenta ao problema, enriquece o debate.

O momento da consumação dos crimes de furto e roubo próprio, neste estudo, é analisado segundo a visão dos doutrinadores penalistas brasileiros e os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, órgãos máximos do Poder Judiciário, responsáveis pela elucidação das controvérsias jurídicas.

O objetivo é apontar qual a posição defendida, majoritariamente, pelos doutrinadores nacionais, sem descuidar, no entanto, das posições divergentes. Relativamente aos Tribunais Superiores, busca-se identificar qual a corrente que tem prevalecido

nas decisões, mencionando-se, também, os entendimentos vencidos.

Para tanto, parte-se dos conceitos e distinções, e da análise de alguns elementos componentes dos tipos penais, identificando similitudes e ressaltando as diferenças, para, logo em seguida, abordar as teorias da *contrectatio*, da *apprehensio* ou *amotio*, da *ablatio* e da *illatio*, obrigatórias em pesquisas sobre o assunto.

Não se escusa, todavia, de enfrentar as correntes contemporâneas, cujo debate se situa na necessidade ou não de que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima ou de que o agente a tenha em sua posse tranquila, ainda que momentaneamente.

Finalmente, após intensa busca na literatura e valiosa pesquisa na jurisprudência, há o enfrentamento direto do problema de pesquisa, com o apontamento da posição prevalecente na doutrina pátria, bem como no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS CRIMES DE FURTO E ROUBO

1.1 Conceitos e distinções

O furto e o roubo são crimes contra o patrimônio previstos no Título II do Código Penal. Embora sejam da mesma natureza, não são da mesma espécie, uma vez que dispostos em artigos diferentes.

O furto está inserido no artigo 155, sob a rubrica: “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel^[1]”.

O roubo, por sua vez, encontra previsão no artigo 157, cujo caput assim se apresenta: “subtrair coisa móvel alheia, para si

ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência[2]”. É a forma denominada roubo próprio.

O parágrafo primeiro do mesmo artigo 157 apresenta uma segunda forma do crime de roubo, o chamado roubo impróprio. Prescreve o citado dispositivo a aplicação da mesma pena do caput àquele que, “logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro[3]”.

Vê-se, assim, que embora o furto e o roubo tenham semelhanças formais, possuem, em contrapartida, diferenças significativas quando levados ao mundo dos fatos. Consoante expressão de Heleno Cláudio Fragoso[4], enquanto no furto a subtração é clandestina, no roubo, é pública e violenta.

Para diferenciá-los, na verdade, nem é necessário recorrer à doutrina especializada, pois uma simples leitura dos artigos em comento já é suficientemente esclarecedora. Quando para a subtração da coisa alheia móvel houver emprego de violência, grave ameaça ou qualquer outro meio que impossibilite a resistência, o crime será de roubo. Da mesma forma se a violência ou grave ameaça for empregada em seguida à subtração, para garantir a detenção da *res* ou a impunidade do agente.

Do contrário, não havendo para a subtração o emprego de violência, grave ameaça ou outro meio que impossibilite a vítima de resistir, e não sendo empregada, imediatamente após a subtração, violência ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para o agente ou para terceiro, configurado estará o crime de furto.

Outra distinção necessária para situar o tema diz com as duas formas do roubo. Enquanto que no roubo próprio – caput do

artigo 157 - a violência contra pessoa ou grave ameaça é empregada antes ou concomitantemente à subtração da coisa móvel alheia, no roubo impróprio – parágrafo primeiro do artigo 157 - o emprego de violência contra pessoa ou grave ameaça é posterior à subtração.

Nesse sentido o comentário de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira^[5]:

Como distinguir o roubo próprio e o impróprio? O momento da retirada da coisa em cotejo com o emprego da violência. Se a violência ou grave ameaça é empregada antes ou durante a retirada da coisa, há roubo próprio. Se após a retirada, roubo impróprio.

Ressalte-se que na forma imprópria só há previsão legal de emprego de violência contra pessoa ou grave ameaça, não estando previsto qualquer outro meio que reduza à impossibilidade de resistência, como ocorre na forma própria. Por isso o entendimento de que não é possível a ocorrência de roubo impróprio cometido mediante violência imprópria.^[6]

Destaque-se, ainda, que no roubo impróprio a violência contra pessoa ou grave ameaça deve ser empregada pelo agente logo após a retirada da coisa e com a finalidade de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da *res* para si ou para terceiro.

Daí a advertência no sentido de que o emprego de violência ou grave ameaça deve ser imediato à subtração, pois se ocorrer bem depois, não se pode mais falar em roubo impróprio, mas, sim, no crime de furto em concurso material com o crime contra a pessoa. O mesmo se dá se a violência ou grave ameaça tiverem outra finalidade que não a prevista no dispositivo^[7].

Assim, fica fácil perceber que furto, roubo próprio e roubo impróprio são crimes diferentes, apesar das semelhanças. O roubo impróprio não é objeto desta investigação, mas os comentários em relação a ele se fizeram necessários para situar o tema e delimitar o âmbito de estudo, que a partir de agora se desenvolverá apenas em relação ao furto e ao roubo próprio.

1.2 Furto e roubo próprio – breve análise dos tipos penais

Como já anotado, os crimes de furto e roubo próprio possuem muitas semelhanças, divergindo, basicamente, no que se refere ao modo de execução. Trata-se de diferença básica, mas fundamental, haja vista as penas previstas para cada crime.

Dentre as similitudes existentes, está o verbo “subtrair”, que representa o núcleo de ambos os delitos. Subtrair significa retirar contra a vontade, sem o consentimento daquele a quem a coisa pertence.

Por falar em coisa, eis o objeto material do furto e do roubo próprio, a coisa alheia móvel. Coisa, de acordo com Fernando Capez[8], é toda substância material, corpórea, passível de subtração, e que tenha valor econômico. Móvel, consoante o mesmo autor, é tudo aquilo que pode ser transportado de um local para outro[9]. Na expressão alheia se encontra o elemento normativo dos dois tipos penais.

Outra característica similar entre o furto e o roubo próprio é o fim especial exigido, quer dizer, só se pode falar em tais crimes, quando a subtração estiver motivada pela finalidade de assenhoramento definitivo da *res* para o agente ou para outrem.

Tratando-se de crimes comuns, podem ser praticados por qualquer pessoa, assim como qualquer pessoa pode ser a vítima,

inclusive as pessoas jurídicas, quando suportarem a lesão patrimonial.

Por serem classificados como materiais, ou seja, só atingem a consumação com a ocorrência do resultado, admitem tentativa, que se verificará toda vez que iniciada a execução, o resultado não for alcançado por circunstâncias alheias à vontade do agente. No resultado, aliás, é que reside a grande polêmica que envolve os crimes de furto e roubo próprio.

É certo que em se tratando de crimes de dano, em que há ocorrência de um resultado naturalístico – transformação no mundo exterior - necessariamente devem provocar uma lesão patrimonial.

Patrimônio, segundo o dicionário da Língua Portuguesa[10], significa quaisquer bens, materiais ou morais. Não é, entretanto, o significado empregado nos crimes em estudo. Tais crimes, como analisado anteriormente, só se preocupam com a coisa alheia móvel material, corpórea, passível de subtração.

Ainda no que toca ao patrimônio, discute-se se em seu conceito estão incluídas as coisas que não tenham valor econômico. Guilherme de Souza Nucci[11] entende que não, e argúi que a coisa que tem um valormeramente pessoal para a vítima, não deve ser considerada objeto material do crime defurto.

Já Rogério Greco[12] afirma que os bens de valor sentimental também podem ser furtados, e em relação a eles não se aplica o princípio da insignificância, pois não são bens com valor de troca.

Qualquer que seja a posição adotada, a consumação dos crimes de furto e roubo próprio, como já dito, requer efetiva lesão patrimonial. O difícil, no entanto, é apontar a partir de que momento ter-se-á por lesado o patrimônio da vítima. Uma vez Identificado o

momento da lesão patrimonial, identificado estará o momento da consumação dos crimes de furto e roubo próprio.

A complexidade do tema tem gerado constante debate doutrinário e jurisprudencial, sem que se tenha chegado, até o momento, à pacificação. Assim, para definir quando o furto e o roubo próprio serão considerados consumados, de acordo com os entendimentos existentes, é preciso conhecer a jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina brasileira especializada.

Logo, para apresentar o entendimento doutrinário e jurisprudencial, passa-se, a partir de agora, ao aprofundamento da investigação quanto ao momento consumativo dos crimes de furto e roubo próprio, iniciando pelo estudo das teorias existentes e das correntes que se consagraram.

2. TEORIAS RELATIVAS À CONSUMAÇÃO DOS CRIMES DE FURTO E ROUBO PRÓPRIO

2.1 As teorias da *contrectatio*, da *apprehensio* ou *amotio*, da *ablatio*, e da *adillatio*

De acordo com Érica Babini^[13] algumas teorias surgiram para explicar o momento da consumação do crime de furto. Pelas semelhanças já analisadas, passaram a ser válidas também para o roubo próprio. São elas:

2.1.1 Teoria da *contrectatio*

Pela teoria da *contrectatio*, a consumação ocorre no momento em que há o contato entre o agente e a coisa alheia. No momento em que o agente toca a coisa alheia, o crime se consuma.

2.1.2 Teoria da *apprehensio* ou *amotio*

Para a teoria da *apprehensio ou amotio*, a consumação só se dá quando a coisa passa para o poder do agente, não bastando o simples contato. Exige-se, então, a efetiva apreensão, a saída da coisa da posse da vítima e entrada na posse do agente.

2.1.3 Teoria da *ablatio*

A teoria da *ablatio* requer que a coisa, além de apreendida, seja deslocada de um local para outro. O agente deve transportá-la, removê-la.

2.1.4 Teoria da *illatio*

Por fim, para a teoria da *illatio* não basta remover a coisa, é preciso que o agente a leve ao local pretendido, a fim de tê-la a salvo.

Érica Babini^[14] anota, ainda, que a teoria da *contrectacio* era adotada em Roma, mas incompatível com o direito brasileiro. Aqui a doutrina clássica se filiou à teoria da *ablatio* e só a partir de 1987 os Tribunais Superiores passaram a adotar a teoria da *apprehensio ou amotio*.

Percebe-se que, em cada uma dessas teorias, há uma nova exigência em relação à conduta do agente para que se verifique a consumação. Enquanto a teoria da *contrectacio* se contenta com o simples toque na coisa alheia, a teoria da *apprehensio ou amotio* requer a apreensão da coisa, que ela passe para a posse do agente. A teoria da *ablatio*, por sua vez, exige que a coisa, além de passar para a posse do agente, seja deslocada de onde está para outro local. Completando a escalada de exigências, a teoria da *illatio* quer que a coisa seja levada para o lugar pretendido pelo agente, não sendo suficiente o mero deslocamento a qualquer outro.

2.2 Teorias: aceitação e crítica

Em relação a essas teorias, Weber Martins Batista^[15] assinala que duas delas devem ser afastadas desde logo, porque são, em sentidos diferentes, extremadas demais. A primeira é a da *contrectatio*, que, para ele, só se justificava no Direito Romano, onde não existia a figura do crime tentado, e por isso, era necessário antecipar o momento da consumação, considerando consumado o furto com o só fato de tocar a coisa, sem necessidade de levá-la. A segunda, de entendimento oposto e com igual exagero, a da *illatio*, para a qual o crime só se consuma no momento em que o agente consegue levar o objeto ao lugar a que era destinado.

De fato, tanto a teoria da *contrectatio* como a da *illatio* não encontraram acolhida na doutrina e jurisprudência pátrias, restando divergências apenas em relação às teorias da *apprehensio* ou *amotio* e da *ablatio*.

Paulo José da Costa Junior,^[16] em defesa da teoria da *ablatio*, sustenta que:

O momento inicial da conduta é a *apprehensio* (subtração), seguida da deslocação da coisa de lugar a lugar (*amotio* de *loco ad locum*). O derradeiro ato da conduta, que configuraria o momento consumativo do furto, a *ablatio*, importa em remover a coisa, afastando-a da esfera de disponibilidade ou de custódia de seu titular. Reputa-se consumado o crime com a deslocação da res furtiva para local distante da esfera de vigilância da vítima, não se exigindo, contudo, seja a posse do ladrão definitiva ou prolongada.

Em sentido contrário, Fernando Capez^[17] defende a teoria da *apprehensio* ou *amotio*, aduzindo que “a consumação do furto ocorre com a inversão da posse, ou seja, no momento em que o bem passa da esfera de disponibilidade da vítima para a do autor”.

Dessa primeira discussão quanto às teorias supracitadas, surgiu outro debate, agora relativo às correntes que se fortaleceram na doutrina e jurisprudência nacionais contemporâneas, como se verá a seguir.

2.3 O debate contemporâneo

Inegavelmente os conceitos teórico-dogmáticos apresentados pelas teorias acima analisadas influenciaram o surgimento de três correntes, as quais têm concentrado, hodiernamente, a discussão referente ao momento consumativo dos crimes de furto e roubo próprio.

Para a primeira corrente, tais crimes se consumam com a subtração, isto é, com a simples posse da coisa pelo agente, ainda que não saia da esfera de vigilância da vítima, dispensando-se, assim, a posse mansa e pacífica.

Para a segunda corrente a consumação só ocorre quando, após a subtração, a coisa sai da esfera de vigilância da vítima. Não exige posse mansa e tranquila, mas não se contenta com a mera inversão da posse.

A terceira corrente entende que além de a coisa sair da esfera de vigilância da vítima, é imprescindível que o agente a tenha em sua posse, de forma mansa e pacífica, ainda que por curto espaço de tempo.

Válter Kenji Yshida^[18] transforma a discussão teórica em exemplo prático:

A vítima está no apartamento e visualiza quando o assaltante quebra o vidro do carro e subtrai o toca-CD. Para a primeira corrente, já ocorreu consumação. Para a segunda corrente, o assaltante deve virar a esquina, fazendo a vítima perder de vista o próprio assaltante. Para a terceira corrente, além de virar a esquina, deve o assaltante ficar com o toca-CD por alguns minutos (posse tranquila, embora breve).

Em verdade, essas correntes identificadas no direito penal brasileiro não são novas teorias, mas interpretações das já analisadas, com a preocupação de identificar o exato momento da perda patrimonial.

Assim, pode-se observar que aqueles que entendem que o crime se consuma no momento em que a coisa passa para a posse do agente, adotam a teoria da *amotio*. Aqueles que querem que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, filiam-se à teoria da *ablatio*, o mesmo acontecendo com os adeptos da corrente que requer posse mansa e pacífica, pois em tais casos parece inegável que a coisa deve ser deslocada de um local a outro.

Julio Fabrini Mirabete^[19], no entanto, entende que quando a jurisprudência exige posse tranquila da coisa, está consagrando uma situação intermediária entre as teorias da *amotio* e *ablatio*.

Observe-se que toda a discussão relativa ao momento da consumação do furto é aplicável ao roubo próprio, como enfatiza Luiz Vicente Cernicchiaro:^[20]

[...] A doutrina é rica no assunto. Amplamente desenvolvida no tocante ao crime de furto. As conclusões, no entanto, são válidas

também para o crime de roubo, crime complexo que reúne duas figuras delituosas: o furto e o constrangimento ilegal.

Portanto, também no roubo próprio as correntes contemporâneas do direito penal brasileiro, pertinentes ao momento da consumação, dizem com a necessidade ou não de a coisa sair da esfera de vigilância da vítima ou de o agente tê-la em sua posse tranquila, ainda que por pouco tempo.

3. O MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO FURTO E DO ROUBO PRÓPRIO CONSOANTE O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA BRASILEIRA

3.1 A consumação do furto na doutrina brasileira

Como assinalado, a discussão doutrinária situa-se, basicamente, em torno das três correntes contemporâneas já analisadas, quais sejam: 1) consumação com a simples posse da coisa alheia pelo agente; 2) com a saída da *res* da esfera de vigilância da vítima; 3) com a posse mansa e pacífica da coisa pelo agente.

Entendendo que o crime de furto se consuma com a simples posse da coisa pelo agente, Fernando Capez^[21] argumenta que a consumação se dá com a inversão da posse, ou seja, no momento em que o bem passa da esfera de disponibilidade da vítima para a do autor. Basta que o bem seja retirado do domínio de seu titular, e transferido para o autor ou terceiro, não se exigindo, além da subtração, a posse tranquila e desvigiada dares.

Comungando do mesmo entendimento, Ney Moura Teles^[22] enfatiza que se o agente consegue ter a posse tranquila da coisa, obviamente o furto é consumado, mas o foi antes disso,

ainda quando a coisa saiu da esfera de disponibilidade da vítima. De consequência, quando o agente é perseguido, até mesmo pela própria vítima, sendo a coisa recuperada, haverá crime consumado.

No sentido de que o furto se consuma quando a coisa sai da esfera de vigilância da vítima, Damásio de Jesus[23]assevera que o furto atinge a consumação no momento em que o objeto material sai da esfera de posse e disponibilidade do sujeito passivo, ingressando na livre disponibilidade do autor, ainda que não obtenha a posse tranquila. Assim, a tentativa será possível quando, por circunstâncias alheias à sua vontade, o agente não consegue tirar o objeto material da esfera de proteção e vigilância da vítima.

É como se posiciona Eduardo Magalhães Noronha[24]:

Poder-se-ia dizer consumado o furto do agente que, já pressentido pelo dono, subtrai a coisa, e, perseguido, põe-se a correr, sendo preso por ele mais adiante? Não se consumou o crime, porque faltou o evento jurídico buscado pelo ladrão: ele não teve a posse da coisa, que, por certo, não é aquela mera detenção momentânea ou instantânea, sob a reação do dono que o persegue. Não há negar que o objeto material não saiu da esfera de vigilância do ofendido, sem o que, não haverá consumação.

Entretanto, a corrente que consegue agregar um maior número de adeptos é a que considera o furto consumado somente no momento em que o agente obtém a posse tranquila, ainda que momentaneamente, da coisa subtraída.

É a posição adotada por Guilherme de Souza Nucci[25], para quem é imprescindível que o bem, depois de tomado do ofendido, fique na posse mansa e pacífica do agente, ainda que por

breve tempo. Para ele, desprezar a exigência de posse mansa e tranquila é o mesmo que transformar o furto em um crime formal, punindo-se a conduta e não o resultado naturalístico.

Corroborando tal entendimento, Luiz Regis Prado[26] assevera que é aceitável, em meio ao dissídio doutrinário, a exigência da posse tranquila da *res furtiva*, invertendo-se o poder de disposição sobre coisa que antes estava sob domínio da vítima. Caso contrário, perfaz-se a tentativa.

Também é a corrente adotada por Delmanto[27], que diz que a consumação se dá quando a coisa é retirada da esfera de disponibilidade do ofendido e fica em poder tranquilo, mesmo que passageiro, do agente.

Na mesma linha, Cezar Roberto Bittencourt[28] sustenta que o crime de furto se consuma com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima, assegurando-se, em consequência, a posse tranquila, mesmo que passageira, por parte do agente.

Fragoso[29] assina que, para que se possa falar em perda da posse, em desfalque do domínio, é indispensável que, embora passageiramente, se estabeleça a posse exclusiva e sossegada do ladrão.

No mesmo sentido, Rogério Greco[30] entende que somente se pode concluir pela consumação quando o bem, após ser retirado da esfera de disponibilidade da vítima, vier a ingressar na posse tranquila do agente, mesmo que por um curto espaço de tempo. O agente, portanto, deve ter tempo suficiente para dispor da coisa, pois, caso contrário, se isso não acontecer, a hipótese será de tentativa.

Em seguida, para afirmar a possibilidade de flagrante delito de furto consumado, no caso da adoção da corrente que exige

posse tranquila do agente, Rogério Greco[31] traz ao seguinte exemplo:

No centro de uma cidade havia um grupo especializado em furto de aparelhos de telefone celular. Em determinado dia, uma pessoa já idosa, caminhava pela mencionada região carregando seu telefone preso à cintura. O agente, com a habilidade que lhe era peculiar, aproximou-se da vítima e subtraiu o mencionado aparelho sem que ela pudesse perceber. Contudo, no instante seguinte, almejando fazer uma ligação, levou a mão à cintura e, para sua surpresa, percebeu que foi vítima de um crime de furto. Depois de certificar-se da subtração, procurou uma cabine policial e narrou os fatos. O policial militar que ali se encontrava a tranquilizou, dizendo que, a partir daquele instante, começaria a fazer o rastreamento, porque já imaginava quem poderia ter realizado a subtração, dada a frequência desses fatos naquele local. Depois de aproximadamente 30 minutos os policiais militares encontraram o autor do delito de posse da *res furtiva*.

Tratando-se de corrente majoritária, seguem-na, ainda, Mirabete[32] e Pierangeli[33], entre outros.

Verifica-se, assim, que amplamente dominante na doutrina brasileira o entendimento de que a consumação do crime de furto requer posse mansa e tranquila da coisa pelo agente, ainda que momentaneamente.

3.2 A consumação do roubo próprio na doutrina brasileira

Em que pese a prática do roubo próprio envolver o emprego de violência contra pessoa, grave ameaça ou outro meio que impossibilite a resistência, os demais elementos componentes do tipo são idênticos ao furto, como já asseverado alhures. Logo, no que toca   consuma o do roubo próprio, existem as mesmas divergências doutrinárias estabelecidas em rela o ao crime de furto.

Assim, aqueles que se contentam, para a consuma o do crime de furto, com a simples tomada da coisa pelo agente, igualmente se satisfazem para a consuma o do crime de roubo.

Destarte, empregada a violência, grave ameaça ou outro meio id neo, conseguindo o agente obter a posse da coisa, consumado estará o roubo, mesmo que haja imediata persegui o e retomada do bem pela própria vítima, sendo, portanto, dispensável que o bem saia da esfera de vigilância da vítima e, mais ainda, a posse mansa e pacífica pelo agente[34].

De outra forma, os que exigem, para ter o furto por consumado, que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, fazem a mesma exigência no roubo próprio. Dispensam a posse mansa e pacífica, mas não a saída da esfera de vigilância da vítima.[35]

Finalmente, os que consideram indispensável a posse mansa e pacífica no furto, a mesma indispensabilidade visualizam no roubo próprio. Por consequência, quando o agente subtrai, tenta afastar-se do local,   perseguido, há apenas uma situa o de perigo para o patrimônio da vítima. Somente quando o agente consegue ter a posse tranquila da coisa efetiva-se a lesão patrimonial e a consuma o do roubo próprio[36].

Luiz Flávio Gomes[37] diz que em direito penal lesão   lesão e perigo   perigo. Quando o agente   perseguido

imediatamente após a subtração e o bem recuperado, a situação é de perigo ao bem jurídico. Lesão só ocorre quando o bem juridicamente protegido é efetivamente lesado.

Vislumbra-se que, tal como ocorre com o furto, no roubo próprio, entre os doutrinadores pátrios, prevalece o entendimento de que só se consuma quando o sujeito ativo obtém a posse mansa e pacífica, ainda que por curto espaço de tempo, da *res furtiva*.

Os pontos divergentes são os mesmos encontráveis no crime de furto e os argumentos, com absoluta propriedade, também são idênticos. Portanto, os mesmos juristas citados na análise do crime de furto, e as mesmas argumentações, servem ao roubo próprio.

4. A CONSUMAÇÃO DO FURTO E DO ROUBO PRÓPRIO SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.1 O momento da consumação do furto e do roubo próprio no entendimento do Supremo Tribunal Federal

A posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao momento da consumação do furto e do roubo próprio passou a se solidificar com o voto do Ministro Moreira Alves, no julgamento do Recurso Extraordinário 102.490, realizado em 17 de setembro de 1987[38].

A partir de então, reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que os crimes de furto e roubo próprio se consumam no momento em que, cessada a clandestinidade ou a violência, a coisa passa para a posse do agente, sendo desnecessário que saia da esfera de vigilância da vítima, não evitando a consumação, nem mesmo, a perseguição e retomada imediata da *res*[39].

Atualmente sustentam os Ministros que a posição do Supremo é firme no sentido da dispensabilidade da saída da coisa da esfera de disponibilidade da vítima, sendo ainda mais dispensável, a posse mansa e pacífica, para que se tenha por consumado o crime de furto.[\[40\]](#) A mesma firmeza existe em relação ao roubo próprio.

Divergindo da posição majoritária, a segunda turma da Suprema Corte brasileira, capitaneada pela Ministra Ellen Gracie, chegou a exigir, para a consumação dos crimes em estudo, em decisão proferida no ano de 2008, a saída da coisa da esfera de vigilância da vítima.[\[41\]](#) Contudo, tal entendimento não prosperou e foi rechaçado pelas decisões seguintes.

Portanto, amplamente predominante na Suprema Corte brasileira o entendimento de que os crimes de furto e roubo próprio se consumam com a simples posse da coisa pelo agente, não sendo exigível que o bem saia da esfera de vigilância da vítima e, muito menos, a posse mansa e tranquila.

4.2 O momento da consumação do furto e do roubo próprio conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, com raras exceções, tem decidido em consonância com o Supremo Tribunal Federal, adotando a tese de que os crimes de furto e roubo próprio se consumam no momento em que o agente entra na posse da coisa, sem necessidade de saída da esfera de vigilância da vítima ou de posse tranquila.[\[42\]](#)

Assim, é fácil verificar que a Corte Superior filia-se à corrente que prega a consumação dos crimes de furto e roubo próprio no momento em que o agente obtém a posse da coisa alheia, ainda que não seja tranquila ou desviada.[\[43\]](#)

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça tem sido firme no entendimento de que o direito brasileiro, ao adotar como núcleo dos tipos dos artigos 155 e 157, o verbo subtrair, filiou-se à teoria da *apprehensio* ou *amotio*.^[44]

Todavia, como visto acima, existem julgados da Sexta Turma que retratam posição minoritária, exigindo a posse tranquila da coisa, fora da esfera de vigilância da vítima.^[45] Tais decisões, entretanto, não vingaram e acabaram fazendo parte, apenas, dos arquivos jurisprudenciais.

Portanto, apesar de isoladas decisões em sentido contrário, claramente o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da *apprehensio* ou *amotio*, contentando-se, para a consumação do furto e do roubo próprio, com a simples posse pelo agente, não exigindo a saída da esfera de vigilância da vítima e, menos ainda, a posse tranquila da *res*.

CONCLUSÃO

No Brasil doutrina e jurisprudência divergem acerca do momento consumativo dos crimes de furto e roubo próprio. Vê-se que a divergência está no reconhecimento do exato momento em que ocorre a lesão patrimonial, pois como tais delitos são classificados como de dano e de resultado, somente podem ser tidos como consumados quando provocarem uma efetiva lesão ao patrimônio da vítima.

A doutrina penalista brasileira majoritária, numa perspectiva evidentemente garantista, preocupada em não transformar os crimes de furto e roubo próprio em crimes de perigo, inclina-se pela exigência de posse mansa e tranquila para a consumação dos delitos retro mencionados.

Quer a maioria dos doutrinadores brasileiros que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima e fique, ainda que por curto espaço de tempo, na posse mansa e pacífica do agente. Assim, com a coisa totalmente indisponível para a vítima, e sem a possibilidade de retomada imediata, há verdadeira lesão ao patrimônio e conseqüente consumação do furto e do roubo próprio.

Os Tribunais Superiores, no entanto, posicionam-se de forma diretamente oposta. O Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, tem decidido que o furto e o roubo próprio se consumam com a inversão da posse, isto é, no momento em que a coisa sai da esfera de disponibilidade da vítima e entra na do agente. Não há, para a Egrégia Corte, necessidade de posse mansa e tranquila, e nem mesmo de saída da coisa da esfera de vigilância da vítima.

Logo, para o Supremo Tribunal Federal, no momento em que a coisa passa para a posse do agente, consumam-se os delitos em estudo, ainda que haja retomada imediata pela própria vítima. É o entendimento de que a lesão patrimonial, resultado naturalístico do furto e do roubo próprio, dá-se no momento da passagem da *res* para a posse do agente.

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha de entendimento do Supremo. Os Ministros do Superior enfatizam seguidamente que a teoria consagrada pelo direito penal brasileiro, relativamente ao momento da consumação do furto e do roubo próprio, é a da *apprehensio ou amotio*.

Vislumbra-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adotam posição mais desfavorável aos sujeitos ativos de crimes de furto e roubo próprio, do que aquela sustentada pela doutrina majoritária. E as vozes que se levantam nos citados tribunais, em defesa de outros entendimentos, são logo superadas.

Da análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, percebe-se que um mesmo fato delituoso – furto ou roubo próprio – em determinadas situações, pode representar crime consumado para o Supremo e o Superior, e tentado para a maioria dos doutrinadores nacionais. Nada absurdo, uma vez que a principal característica do direito é exatamente a liberdade de interpretação, fundamentada.

Portanto, conclui-se que o entendimento prevalecente na doutrina penalista brasileira é de que furto e roubo próprio se consumam quando o agente, após a subtração, consegue ter a posse mansa e tranquila da coisa, fora da esfera de vigilância da vítima, ainda que momentaneamente.

No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, todavia, é firme o entendimento de que a consumação do furto e do roubo próprio se dá com a simples apreensão da coisa pelo agente, com adoção do que se convencionou chamar de teoria da inversão da posse.

Finalmente, ressalte-se que não existe, na atualidade, nenhuma tendência perceptível de mudança de posicionamento, nem nos Tribunais Superiores nem na doutrina nacional, devendo a celeuma continuar a enriquecer o debate jurídico.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal: doutrina e jurisprudência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BITENCOURT, César Roberto; PRADO, Luís Régis. **Elementos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____ **Tratado de Direito Penal: parte especial.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BUENO, F. da S. **Minidicionário da Língua Portuguesa.** São Paulo: FTD:LISA, 1996.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado.** 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial.** 10. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1988.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial.** 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal.** São Paulo: Atlas, 2009.

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz.**Direito Penal.** 7 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal. Parte especial.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito Penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: leitura indicada**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BABINI, Érica. **O momento consumativo nos delitos de furto e roubo no STF e no STJ**. Disponível em: <<http://www.barrosmelo.edu.br/blogs/direito/?p=45>>. Acesso em 20 de abril de 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em 22 de junho de 2010.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Sem dúvida, a consumação do roubo não reclama o locupletamento do sujeito ativo**. Disponível em: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m01-012.htm>>. Acesso em 06 de Junho de 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Ideologia do inimigo e o momento consumativo do roubo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1943, 26 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11873>>. Acesso em 27 de abril de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 852937/RS. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 10 de outubro de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 99761/MG. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, 18 de setembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental 859952/RS. Relatora: Ministra Jane Silva. Brasília, 27 de maio de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 810407/RS. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, 25 de fevereiro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 69753/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de novembro de 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 899958/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 03 de abril de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 92922/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de maio de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 96856/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 10 de novembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 89389/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 27 de maio de 2008.

[1] BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em 22 de junho de 2010.

[2] Idem.

[3] Idem.

- [4] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. 10. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1988. p. 342.
- [5] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz.**Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 251.
- [6] BITENCOURT, César Roberto; PRADO, Luís Régis. **Elementos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. v. 2. p. 70.
- [7] TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2. p. 332.
- [8] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 399.
- [9] Ibidem, p. 400.
- [10] BUENO, Francisco da Silveira.**Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD:LISA, 1996. p. 489.
- [11] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 619.
- [12] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 7. ed. Rio e Janeiro: Impetus, 2010. v. 3. p. 12.
- [13] BABINI, Érica. **O momento consumativo nos delitos de furto e roubo no STF e no STJ**. Disponível em: <<http://www.barrosmelo.edu.br/blogs/direito/?p=45>>. Acesso em 20 de abril de 2010.
- [14] Idem.
- [15] BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal: doutrina e jurisprudência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 45.
- [16] COSTA JUNIOR, Paulo José da.**Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 388.

[17] CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 403.

[18] ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 387.

[19] MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal. Parte especial**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 241.

[20] CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Sem dúvida, a consumação do roubo não reclama o locupletamento do sujeito ativo**. Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m01-012.htm>. Acesso em 06 de Junho de 2010.

[21] CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 403.

[22] TELES, Ney Moura, op. cit., p. 308.

[23] JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 562.

[24] NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 2. p. 234.

[25] NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., pp. 705-706.

[26] PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: leitura indicada**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. p. 637.

[27] DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 336.

[28] BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3. p. 16.

[29] FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., P. 273.

[30] GRECO, Rogério, op. cit., p. 14.

[31] Idem.

[32] MIRABETE, Julio Fabrini, op. cit., p. 241.

[33] PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.375.

[34] CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 439.

[35] JESUS, Damásio de, op. cit., p 587.

[36] GOMES, Luiz Flávio. **Ideologia do inimigo e o momento consumativo do roubo** . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1943, 26 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11873>>. Acesso em 27 de abril de 2010.

[37] Idem.

[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Roubo: consumação. A jurisprudência do STF, desde o RE 102.490, 17.9.87, Moreira Alves, dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada "esfera de vigilância da vítima" e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da "res furtiva", ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata; com mais razão, está consumado o crime se, como assentado no caso, não houve perseguição, resultando a prisão dos agentes, pouco depois da subtração da coisa, a circunstância accidental de o veículo, em que se retiravam do local do fato, ter apresentado defeito mecânico. II. Roubo: pena: concorrência de duas causas especiais de aumento: critério de exacerbação da pena-base. A ocorrência de duas das causas de aumento especial da pena do roubo - o emprego de armas e o concurso de agentes - só por si não basta para exacerbar a sanção ao máximo do acréscimo percentual autorizado em lei: a graduação há de decorrer de circunstâncias do caso concreto, declinadas na motivação da sentença. Habeas Corpus 69753/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de novembro de 1992.

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus: cabimento: decisão do STJ em recurso especial. Admite-se o habeas corpus contra decisão do STJ, para rever questões jurídicas decididas contra o réu no julgamento do Recurso Especial, ainda que fundado em dissídio jurisprudencial - (v.g. HC 83.468, 1ª T., 30.3.04, Pertence, DJ 23.4.04; HC 83.804, 1ª T., 29.03.05, Peluso, DJ 1.7.05; HC 85.410, 1ª T., 18.10.05, Pertence, DJ 11.11.05). II. Recurso especial: admissibilidade. 1. Decisão impugnada que atende aos limites que se tem reconhecido aos recursos de natureza extraordinária, restringindo-se à análise dos fatos da causa "na versão do acórdão recorrido" (cf. AI 130.893-AgR, Velloso, RTJ 146/291; RE 140.265, M. Aurélio, RTJ 148/550). 2. É da jurisprudência do Tribunal que a ementa do acórdão paradigma pode servir de demonstração da divergência, quando nela se expresse inequivocamente a dissonância acerca da questão federal objeto do recurso especial fundado no art. 105, III, c, da Constituição (v.g., Inq 1070, Pleno, 24.11.04, Pertence, DJ 1º.7.05). III. Roubo: consumação. A jurisprudência do STF (cf. RE 102.490, 17.9.87, Moreira; HC 74.376, 1ª T., Moreira, DJ 7.3.97; HC 89.653, 1ª T., 6.3.07, Levandowski, DJ 23.03.07), dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada "esfera de vigilância da vítima" e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da "res furtiva", ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata. Habeas Corpus 899958/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 03 de abril de 2007.

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. FURTO CONSUMADO X FURTO TENTADO. ALTERAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, para a consumação do crime de furto, basta a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse do objeto do delito, ainda que retomado, em seguida, pela perseguição imediata 2. A alteração do enquadramento jurídico dos fatos pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso especial não constitui ilegalidade

a ensejar a concessão da ordem de ofício. 3. Habeas corpus denegado. Habeas Corpus 92922/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de maio de 2009.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. PERSEGUIÇÃO POLICIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. HABEAS CORPUS. 1. Na apreciação do recurso especial, houve expressa menção à circunstância de que foi comprovada a divergência pretoriana nos moldes do art. 225, do Regimento Interno daquela Corte. 2. Houve a resolução da questão jurídica envolvendo o momento da consumação do crime de furto, e não nova análise sobre valoração de prova. 3. A norma contida no inciso II, do art. 14, do Código Penal, ao tratar da modalidade tentada, contempla um tipo de extensão, fazendo com que se amplie a figura típica de determinados comportamentos reputados criminosos para abranger situações fáticas não previstas expressamente no tipo penal. 4. A polêmica diz respeito à consumação (ou não) do furto, porquanto questiona-se se houve a efetiva subtração. A conduta da subtração de coisa alheia se aperfeiçoa no momento em que o sujeito ativo passa a ter a posse da res fora da esfera da vigilância da vítima. 5. A circunstância de ter havido perseguição policial após a subtração, com subsequente prisão do agente do crime, não permite a configuração de eventual tentativa do crime contra o patrimônio, cuidando-se de crime consumado. 6. Ordem denegada. Habeas Corpus 89389/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 27 de maio de 2008.

[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. CESSAÇÃO DA CLANDESTINIDADE OU VIOLÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL RECONHECIDA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA PARA O ROUBO PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES. INADMISSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. ART. 61, I, DO CP. NEGATIVA DE VIGÊNCIA CONFIGURADA. NON BIS IN IDEM. CONCURSO ENTRE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA

SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL EM FACE DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR 231/STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, firmou a orientação no sentido de que se considera consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que, cessada a clandestinidade ou violência, o agente se torna possuidor da res furtiva, ainda que por curto espaço de tempo, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima, incluindo-se, portanto, as hipóteses em que é possível a retomada do bem por meio de perseguição imediata. 2. O estatuto repressivo prevê como qualificado o furto cometido por dois ou mais agentes, estabelecendo no § 4º do art. 155 do Código Penal a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos como limite à resposta penal. 3. Assim, fere o referido dispositivo legal o decisum que, em nome dos princípios da proporcionalidade e da isonomia, aplica ao furto qualificado o aumento de pena previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, haja vista que, em obediência ao princípio da reserva legal, não cabe ao julgador criar figuras delitivas ou aplicar penas que o legislador não haja determinado. 4. A Corte a quo, efetivamente, negou vigência ao art. 61, I, do Código Penal, que prevê a reincidência como circunstância legal que sempre deverá agravar a pena, sendo esta, portanto, norma de natureza cogente, ou seja, de aplicação obrigatória. 5. Ademais, in casu, prevalece, o entendimento firmado pela jurisprudência deste Tribunal no sentido de que a agravante da reincidência deve ser considerada como circunstância preponderante, atendendo ao disposto no art. 67 do Código Penal, quando em concurso com a atenuante da confissão espontânea. 6. "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Enunciado sumular 231/STJ). 7. Recurso conhecido e provido para, considerando como consumado o delito de furto qualificado, redimensionar as penas impostas às recorridas. Recurso Especial 852937/RS. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 10 de outubro de 2006.

[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO.

TENTATIVA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. POSSE TRANQUÍLA DA COISA SUBTRAÍDA. DESNECESSIDADE. CRIME CONSUMADO. 1. De acordo com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, considera-se consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranquila, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima para a caracterização do ilícito. 2. No caso, mostra-se desnecessário o aprofundado exame de provas para se constatar a consumação do furto, haja vista que, pela simples leitura dos autos, observa-se que o paciente foi surpreendido por populares quando saía da residência da vítima, cerca de 10 metros do local do fato, evadindo-se após deixar os bens caírem no chão, sendo preso, logo em seguida, pela polícia militar, que certificou a ocorrência do arrombamento. 3. Habeas corpus denegado. Habeas Corpus 99761/MG. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, 18 de setembro de 2008.

[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUÍLA DA RES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando, nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática incontroversa. O aresto impugnado assim ressaltou a perda da posse da res pela vítima e a cessação da violência: "Conforme pode ser percebido, o agente foi detido por policiais militares instantes após a ocorrência do fato, vez alertados por populares e pela própria vítima." Neste ponto, evidencia-se a desnecessidade de reexame de fatos e provas, mas apenas a reavaliação de fatos descritos no acórdão a quo e, portanto, legitimados pelo contraditório. 2. Considerando que o art. 157 do CP traz como verbo-núcleo do tipo penal do delito de furto a ação de "subtrair", podemos concluir que o direito brasileiro adotou a teoria da apprehensio ou amotio, em que os delitos de roubo/furto se consumam quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto

espaço de tempo, independente da res permanecer sob sua posse tranqüila. Dessa forma, a posse tranqüila é mero exaurimento do delito, não possuindo o condão de alterar a situação anterior. O entendimento que predomina no STJ é o de que não é exigível, para a consumação dos delitos de furto ou roubo, a posse tranqüila da res. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental. 859952/RS. Relatora: Ministra Jane Silva. Brasília, 27 de maio de 2008.

[\[45\]](#) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Roubo (momento da consumação). Fixação da pena abaixo do mínimo legal (impossibilidade). Súmula 231 (aplicação). Reincidência (reconhecimento). Bis in idem (não-ocorrência). 1. A consumação do delito de roubo exige posse tranqüila da coisa subtraída, não bastando a posse, ainda que breve, tal e qual o caso dos autos (ponto de vista do Relator). 2. O entendimento do Superior Tribunal é no sentido de que a incidência de circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena privativa de liberdade a patamar aquém do mínimo legal (Súmula 231). 3. O agravamento da pena pela reincidência não configura bis in idem, mas reflete a necessidade de maior reprovabilidade do réu voltado à prática criminosa. 4. Recurso especial a que se deu provimento. Recurso Especial 810407/RS. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, 25 de fevereiro de 2008.

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E SUAS CONSTANTES ATUALIZAÇÕES

JOÃO ALEXANDRINO DE MACEDO NETO: Advogado. Graduado pela Universidade Estadual de Feira de Santana-BA.

RESUMO: Trata-se de um esboço teórico, com o escopo de analisar os principais princípios penais e suas constantes atualizações. Tendo em vista que muitos são os princípios penais, inclusive alguns com o mesmo sentido, no entanto com nomenclaturas diferentes, a depender do doutrinador, deu-se preferência em estudar os princípios mais recorrentes na doutrina e os de maior envergadura. Para uma melhor sistematização do objeto de estudo, os princípios foram subdivididos em: 1) Princípios relacionados com a missão fundamental do direito penal; 2) Princípios relacionados com o fato do agente; 3) Princípios relacionados com o agente do fato; 4) Princípios relacionados com a pena.

Palavras-chave: Princípios penais; Princípios relacionados com a missão fundamental do direito penal; Princípios relacionados com o fato do agente; Princípios relacionados com o agente do fato; Princípios relacionados com a pena.

1. INTRODUÇÃO

O estudo sobre os princípios do direito penal é de fundamental importância para compreender o próprio direito penal, as suas transformações, as diretrizes basilares que o orientam e que o fundamentam, bem como as balizas limitadoras do poder punitivo estatal em face das garantias dos cidadãos.

Vale ressaltar que os princípios do direito penal não têm apenas a função de orientar o legislador em sua tarefa de elaborar normas penais, mas possuem a função de orientar a atuação de todos os atores do sistema penal, englobando policiais, agentes penitenciários, promotores, defensores, advogados e juízes, bem

como informar os cidadãos principalmente sobre os limites da atuação do direito penal.

Dada a importância do tema, decidiu-se neste artigo abordar sobre o tema princípios do direito penal, trazendo à baila posicionamentos da doutrina pátria e posicionamentos recentes dos Tribunais Superiores, que se encontram em constante modificação.

Nesse sentido, serão expostos os principais princípios do direito penal.

2. DESENVOLVIMENTO

Por motivo didático, o estudo dos princípios penais será dividido em quatro grupos:

- 1) Princípios relacionados com a missão fundamental do direito penal.
- 2) Princípios relacionados com o fato do agente.
- 3) Princípios relacionados com o agente do fato.
- 4) Princípios relacionados com a pena.

1. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM A MISSÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL

1.1. Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos

Segundo o princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, o direito penal se destina à tutela de bens jurídicos, não de questões de ordem moral, ética, ideológica, religiosa, política. Impede, assim, que o Estado utilize o direito penal para a proteção de bens ilegítimos.

Exemplo: A homossexualidade não é bem jurídico protegido pelo direito penal, por isso, não há crime que puna os homossexuais. Obs. A Alemanha protegeu a raça ariana, o que gerou consequências absurdas (nazismo).

Um importante debate sobre a não aplicação desse princípio refere-se à criminalização dos usuários de droga, em que se defende haver a exclusiva defesa de questões de ordem moral^[1].

1.2. Princípio da Intervenção Mínima

Para este princípio, o direito penal é um ramo do direito a ser mobilizado nos casos estritamente necessários para combater as condutas que lesem os bens jurídicos mais relevantes. Assim, o princípio da intervenção mínima orienta o legislador, ao escolher condutas dignas de proteção penal, e o aplicador do Direito, para que não proceda ao enquadramento típico quando notar que determinada conduta pode ser satisfatoriamente resolvida através da atuação de outros ramos do Direito.

O presente princípio subdivide-se em:

a) **Fragmentariedade:** apenas determinados bens jurídicos mais importantes devem ser tutelados penalmente.

Orienta a intervenção no caso concreto. O direito penal só intervém diante de um fato causador de relevante e intolerável lesão ao bem jurídico tutelado. O princípio da insignificância é desdobramento lógico da fragmentariedade do direito penal.

b) **Subsidiariedade:** o direito penal somente deve ser utilizado quando outros ramos do Direito se revelarem impotentes.

Orienta a intervenção em abstrato do direito penal. A intervenção do direito penal fica condicionada ao fracasso (ineficácia) dos demais ramos do direito. O direito penal deve ser a última *ratio* (derradeira trincheira) no combate aos comportamentos humanos indesejados.

A intervenção mínima não serve somente para dizer onde o direito penal deve intervir, mas também onde ele não deve intervir. Ex: revogação do crime de adultério (o direito penal não deve intervir nas relações amorosas das pessoas adultas).

1.3. Princípio da Insignificância

Trata-se de uma interpretação restritiva do tipo penal. Conforme o princípio da insignificância, entende-se que a tipicidade deve ser operada em suas duas características: tipicidade formal (adequação entre fato e norma) e tipicidade material (lesão ou perigo ao bem jurídico penalmente tutelado). A não ocorrência da segunda é característica da insignificância, que é, portanto, causa de exclusão da tipicidade.

Insignificância não se relaciona a valor, e sim à mínima ofensividade da conduta, à ausência de periculosidade social da ação, ao reduzido grau de reprovabilidade, à inexpressividade da lesão jurídica (requisitos objetivos). Para que o reduzido valor patrimonial autorize a insignificância é necessário conjugar a importância do objeto para a vítima, sua condição econômica, o valor sentimental do bem, as circunstâncias e o resultado do crime (requisitos subjetivos).

Esse princípio tem aplicação a qualquer espécie de delito com ele compatível. Há entendimentos de ser compatível em relação aos seguintes crimes: crime contra o patrimônio, crime tributário, infração de menor potencial ofensivo, réu reincidente, crimes ambientais, atos infracionais.

De outro lado não é aceito para: crime com emprego de violência, drogas, fraude para receber benefício, circulação de moeda falsa, improbidade, ao furto praticado mediante escalada (art. 155, § 4º, II, do CP), dano qualificado (art. 163, parágrafo único, III, CP) praticado contra “Orelhão” (aparelho telefônico público).

Ressalte-se que é possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, mas não ao de contrabando, pois neste caso o desvalor da conduta é maior.

Abaixo seguem os entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema:

STF	STJ
<p>Requisitos:</p> <p>a) mínima ofensividade da conduta do agente;</p> <p>b) nenhuma periculosidade social da ação;</p> <p>c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;</p> <p>d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.</p>	<p>Requisitos:</p> <p>a) mínima ofensividade da conduta do agente;</p> <p>b) nenhuma periculosidade social da ação;</p> <p>c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;</p> <p>d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.</p>
<p>Tem julgado analisando a Insignificância de acordo com a realidade econômica do país.</p>	<p>Tem julgado analisando a Insignificância de acordo com a capacidade financeira da vítima.</p>
<p>Admite o princípio nos delitos contra a administração pública (HC 107.370/SP, HC 104.286/SP).</p> <p>Recentemente não admitiu a insignificância em crime de descaminho (art. 334, CP) sob o argumento de que o tributo totaliza valor inferior a R\$ 10 mil, pois não se pode confundir a possibilidade do PFN requerer sobrestamento da execução fiscal, com a persecução criminal (HC 100.986/PR, 1ª T, 31.5.2011).</p>	<p>Prevalece não ser cabível o princípio nos delitos contra a administração pública.</p>
<p>Não admite a insignificância no delito de falsificação de moeda.</p>	<p>Não admite a insignificância no delito de falsificação de moeda.</p>

Admite a insignificância na conduta de manter rádio comunitária clandestina (art. 70 da Lei 4.117/62).	Não admite a insignificância na conduta de manter rádio comunitária clandestina.
	Embora haja alguns julgados não admitindo a insignificância para o reincidente, não é a posição predominante, porque insignificante é do fato, com requisitos objetivos, não considerando os requisitos subjetivos do agente.

No que diz respeito propriamente à aplicação do princípio da insignificância para réus reincidentes ou que respondam a outros inquéritos ou ações penais, trata-se de tema ainda polêmico.

A existência de circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como o registro de processos criminais em andamento, a existência de antecedentes criminais ou mesmo eventual reincidência, não são óbices, por si só, ao reconhecimento do princípio da insignificância.

Assim, em tese, é possível aplicar o princípio da insignificância para réus reincidentes ou que respondam a inquéritos ou ações penais. No entanto, existem muitos julgados do STF e do STJ que, no caso concreto, afastam esse princípio pelo fato do réu ser reincidente ou possuir diversos antecedentes de práticas delituosas.

Desse modo, no caso concreto, a existência de antecedentes pode demonstrar a reprovabilidade e ofensividade da conduta, o que afastaria o princípio da bagatela.

Na tabela abaixo estão os entendimentos dos defensores e opositores da aplicabilidade do princípio da insignificância para réus reincidentes:

DEFENSORES	OPOSITORES
<p>Se o fato é insignificante, é porque não há tipicidade material. Ora, não pode um fato ser considerado atípico para o réu se ele for primário e esse mesmo fato ser reputado como típico se o acusado for reincidente. Ou o fato é típico ou não é, não importando as condições pessoais do agente, considerando que estamos analisando o “fato” criminoso.</p> <p>Assim, para a incidência do princípio da insignificância, devem ser examinadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, e não os atributos inerentes ao agente.</p> <p>Se forem analisadas as condições subjetivas do réu para se aplicar ou não o princípio da insignificância, estará sendo dada prioridade ao direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.</p> <p>As condições pessoais do autor somente devem ser aferidas</p>	<p>Se o réu é reincidente em práticas delituosas essa circunstância revela clara demonstração de que ele é um infrator contumaz e com personalidade voltada à prática delitiva.</p> <p>A lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. E mais: seria um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente tendo em conta aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.</p> <p>O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto.</p>

<p>quando da fixação da eventual e futura pena.</p> <p>Principais defensores dessa corrente: Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes.</p>	<p>O fato de haver outras condenações, ações penais ou inquéritos revela, assim, a reprovabilidade e ofensividade da conduta, vedando a aplicação da insignificância.</p> <p>Principais defensores dessa corrente: Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.</p>
--	--

O STF, no informativo 676, noticiou a aplicação do princípio da insignificância em crime ambiental. Tratava-se de situação bem específica, e ali se considerou que haveria mínima ofensividade a autorizar a incidência do princípio. Essa também é a posição do STJ. Eis a notícia:

Princípio da insignificância e crime ambiental

A 2ª Turma, por maioria, concedeu habeas corpus para aplicar o princípio da insignificância em favor de condenado pelo delito descrito no art. 34, caput, parágrafo único, II, da Lei 9.605/98 (“Art. 34: Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: ... Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: ... II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos”). No caso, o paciente fora flagrado ao portar 12 camarões e rede de pesca fora das especificações da Portaria 84/2002 do IBAMA. Prevaleceu o voto do Min. Cezar Peluso, que reputou irrelevante a conduta em face do número de espécimes encontrados na posse do paciente. O Min.

Gilmar Mendes acresceu ser evidente a desproporcionalidade da situação, porquanto se estaria diante de típico crime famélico. Asseverou que outros meios deveriam reprimir este tipo eventual de falta, pois não seria razoável a imposição de sanção penal à hipótese. Vencido o Min. Ricardo Lewandowski, que denegava a ordem, tendo em conta a objetividade da lei de defesa do meio ambiente. Esclarecia que, apesar do valor do bem ser insignificante, o dispositivo visaria preservar a época de reprodução da espécie que poderia estar em extinção. Ressaltava que o paciente teria reiterado essa prática, embora não houvesse antecedente específico nesse sentido.

HC 112563/SC, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 21.8.2012. (HC-112563).

2. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM O FATO DO AGENTE

2.1. Princípio da Exteriorização ou Materialização do fato

O Estado não pode incriminar condutas humanas involuntárias situadas exclusivamente na psiquê do agente. Ninguém pode ser castigado por seus pensamentos, desejos ou mesmo pelo estilo de vida. Para que haja a punição, deve haver, ao menos, uma conduta materializada no mundo dos fatos e exterior ao agente.

Diante desse princípio é que a doutrina critica a contravenção penal prevista no art. 59, LCP (vadiagem).

2.2. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, em razão da sua importância e por envolver maiores debates doutrinários, será estudado adiante em tópico separado.

2.3. Princípio da Ofensividade

Para que haja infração penal, a conduta deve oferecer ao menos perigo de lesão ao bem jurídico.

Em razão desse princípio, a doutrina classifica os crimes como sendo crimes de dano e crimes de perigo.

Os crimes de perigo podem ser:

- de perigo abstrato: perigo abstratamente previsto em lei.
- de perigo concreto: o perigo deve ser real, concreto, comprovado.

Parte da doutrina, por conta do princípio da ofensividade, entende ser inconstitucional o delito de perigo abstrato. No STF, a questão não está consolidada.

Até 2005, o STF admitia o delito de perigo abstrato (ex. punia porte de arma desmuniada). Após 2005, passou a não mais admitir o mencionado delito de perigo abstrato, considerando o porte de arma desmuniada um fato atípico. Em 2009, o STF, em casos excepcionais, admitiu o delito de perigo abstrato relacionado, p.ex., ao tráfico de drogas.

3. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM O AGENTE DO FATO

3.1. Princípio da Responsabilidade Pessoal

Consoante o princípio da responsabilidade pessoal, deve-se proibir o castigo pelo fato de outrem. No mesmo sentido, não há que se falar no direito penal em responsabilidade coletiva, de acordo com tal princípio.

O princípio da individualização da pena é decorrência desse princípio. A pena deve ser individualizada para cada um dos coautores do delito.

Obs. Nos delitos societários é difícil individualizar as condutas, mas é necessário.

3.2. Princípio da Responsabilidade Subjetiva

De acordo com o princípio da responsabilidade subjetiva, a responsabilidade penal depende de dolo ou culpa. Não basta que o fato seja materialmente causado pelo agente, ele somente será responsabilizado se o fato foi querido, aceito ou previsível. Não sendo assim, estar-se-ia admitindo responsabilidade penal objetiva, o que é inadmissível.

É possível, todavia, responsabilidade objetiva em 2 casos (não reconhecidos pela doutrina moderna):

- Rixa qualificada pela morte ou lesão grave (ex. a própria vítima da lesão responde pela qualificadora), e

- Infrações penais praticadas em estado de embriaguez voluntária ou culposa, isto é, que não seja acidental (*actio libera in causa*).

3.3. Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade é formada pela imputabilidade, pelo potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Trata-se, portanto, de postulado limitador do direito de punir, de forma que o Estado só pode punir o agente imputável, com potencial consciência da ilicitude, quando dele for exigível conduta diversa.

3.4. Princípio da Isonomia

Tal princípio propugna que se deve “tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades”.

A isonomia material ou substancial está prevista no art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Todas as pessoas são iguais”.

As diferenças conferidas por lei, por exemplo, às mulheres (lei Maria da Penha - Lei 11.340/2006), aos negros (Estatuto Racial

- Lei 12.288/2010), são para garantir a igualdade legal. Portanto, essas leis têm status de ação afirmativa.

3.5. Princípio da Presunção de Inocência

O art. 5º, LVII, CF dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Parte da doutrina, com amparo em julgados do STF, leciona que o referido artigo da CF prevê, na verdade, o princípio da presunção de não-culpa, mas coerente com o sistema de prisões provisórias.

O art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos diz que “(...) tem direito de que se presuma sua inocência...”. Esse dispositivo prevê, efetivamente, o Princípio da Presunção de Inocência e aponta as consequências (alíneas “a” até “h” do art. 8º - garantias decorrentes desse princípio).

O STF trata o Princípio da Presunção de Inocência e o da Não-Culpa como sinônimos.

Esses princípios possuem os seguintes desdobramentos:

- prisão provisória pressupõe imprescindibilidade.
- ônus da prova compete à acusação.
- condenação pressupõe prova, não bastando indícios.

4. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PENA

4.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é a somatória do princípio da reserva legal ao princípio da anterioridade legal.

4.2. Princípio da Personalidade ou Pessoalidade ou Intransmissibilidade da Pena

A pena não pode passar da pessoa do condenado. Tem previsão no art. 5º, XLV, CF;

Art. 5, XLV - Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Discute-se, todavia, se esse princípio é relativo ou absoluto, e se admite exceção.

1ª corrente: Para essa corrente, o princípio da personalidade seria relativo, admitindo uma exceção prevista na própria CF, qual seja, a pena de confisco. Essa corrente é minoritária, defendida por Flávio Monteiro de Barros. O equívoco dessa corrente se dá ao afirmar que confisco é pena.

2ª corrente: Trata-se de um princípio absoluto, não se admitindo exceções, pois confisco (decretação de perdimento de bens) não é pena e sim efeito da condenação, atingindo os instrumentos e produtos do crime. Como efeito, ele passa para os sucessores da mesma forma como passa a obrigação de reparar o dano. Esta é a corrente que prevalece (Mirabete, LFG).

Questiona-se ainda em relação à multa, se esta é pena e se é transmissível aos sucessores.

A pena de multa, apesar de ser executada com dívida ativa, não perdeu o seu caráter de pena e, por isso, não pode ser transmitida aos herdeiros (Rogério Greco).

Por conta desse princípio, parte da doutrina também nega a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para eles seria passar a pena de um a todos os sócios, mas tal posicionamento não prevalece.

4.3. Princípio da Individualização da Pena

Esse princípio está previsto no art. 5º, XLVI, CF:

Art. 5^o, XLVI. A lei regular  a individualiza o da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...).

A pena deve ser individualizada levando em conta os aspectos objetivos e subjetivos do crime, considerando o fato e o agente em 3 momentos:

- Junto ao Legislador, ao criar a lei (comina o da pena em abstrato);

O STF usa a expressão “dimensão democrática do direito penal”, que   a participa o do povo, por meio dos representantes eleitos, na elabora o das leis penais.

- Junto ao Juiz, ao aplicar a pena ao caso concreto;

- Junto ao Juiz da Execu o, durante a execu o/cumprimento da pena.

O ordenamento jurídico penal brasileiro respeita esse princípio, permitindo ao juiz a individualiza o da pena, pois o CP adotou o sistema conhecido como Sistema das Penas Relativamente Indeterminadas.

Há dois sistemas de aplica o de pena:

Sistema de penas relativamente indeterminadas: trabalha com pena que varia do mínimo ao máximo em abstrato, permitindo ao juiz individualizar a pena no caso concreto (há uma margem para considera o judicial). Sistema adotado pelo Brasil. Ex: art. 121, CP - pena de 6 a 20.

Sistema de penas fixas: não admite quantifica o, as penas são predeterminadas, não havendo balizas. Nesse caso não   possível a individualiza o da pena, violando o princípio ora estudado.

Assim, esse princípio foi um dos fundamentos utilizados pelo STF para declarar a inconstitucionalidade do regime

integralmente fechado, por entender que o juiz não poderia individualizar a pena. Rogério Sanches discorda de tal posicionamento por entender que viola outros princípios, mas não este.

4.4. Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é princípio constitucional implícito extraído da individualização da pena.

Significa que a pena deve ser proporcional à gravidade da infração penal, meio proporcional ao fim perseguido com a aplicação da pena, meio proporcional à prevenção especial e à retribuição.

A pena, para cumprir adequadamente a sua função (prevenção, retribuição e ressocialização), deve ajustar-se de acordo com a relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente. Deve haver proporcionalidade na criação de tipos penais e também na aplicação da dosimetria da pena-base.

Nasce com esse princípio, o Princípio da Suficiência das Penas Alternativas.

O Princípio da Suficiência da Pena Alternativa leciona que, se para atingir as finalidades da prevenção, retribuição e ressocialização, bastar apenas a aplicação de pena alternativa, deve-se evitar a pena privativa de liberdade.

Com vistas neste novo postulado, o STF vem admitindo penas restritivas de direitos a crimes hediondos (HC 84928 STF).

EMENTA: SENTENÇA PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para

restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nos 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos. (HC 84928, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 27/09/2005, DJ 11-11-2005 PP-00029 EMENT VOL-02213-2 PP-00381 RB v. 18, n. 506, 2006, p. 32-34 LEXSTF v. 28, n. 326, 2006, p. 430-437).

Assim, não se pode mais pensar no Princípio da Proporcionalidade apenas evitando os excessos. Ele deve ser visto sob 2 enfoques:

1º) Hipertrofia da Punição: o princípio da proporcionalidade serve para evitar excessos.

2º) Evitar Impunidade: o princípio da proporcionalidade serve para evitar a intervenção insuficiente do estado.

Esse 2º enfoque também é chamado de “imperativos de tutela”. Nesse sentido, o STF, na ADI 3112, decidiu:

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição de excesso, mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente, ou imperativos de tutela”.

Ex.1. Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4898/65). No Brasil, o crime de abuso de autoridade é uma infração de menor potencial ofensivo. É uma clara insuficiência da intervenção estatal, enaltecendo a impunidade.

Art.6, § 3º. A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

- a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;
- b) detenção por dez dias a seis meses;
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

Ex.2. Art. 319-A, CP. A prevaricação cometida por Diretor de Penitenciária ao permitir a entrada de celular no estabelecimento é punida com uma pena mínima (crime de menor potencial ofensivo), enaltecendo a impunidade.

Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo:

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

4.5. Princípio da Inderrogabilidade ou da Inevitabilidade da Pena

Pelo princípio da inevitabilidade da pena entende-se que, desde que presentes os seus pressupostos, a pena deve ser aplicada e fielmente cumprida.

No entanto, esse princípio comporta exceções. Há casos em que, mesmo que os pressupostos estejam presentes, a pena não é aplicada e cumprida. Ex. Perdão judicial (art. 107, IX, CP).

A essas exceções a doutrina chamou de Princípio da Bagatela Imprópria.

Pelo princípio da bagatela imprópria, apesar do fato ser típico, ilícito e culpável, exclui-se o direito de punir (não há punibilidade), pois a pena é desnecessária mesmo que diante de relevante lesão ao bem jurídico. Ex. Pai que em um acidente culposo de trânsito mata o filho (perdão judicial).

A Bagatela Imprópria não se confunde com a Bagatela Própria, também denominada de Princípio da Insignificância, pois nesta exclui-se o fato t pico, diante da irrelevância da lesão ao bem jurídico.

Princípio da Bagatela Própria	Princípio da Bagatela Imprópria
<p>O fato é insignificante.</p> <p>O fato � atípico (exclui tipicidade material).</p> <p>O fato não gera relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.</p>	<p>O fato é significativo.</p> <p>O fato � t�pico, ilícito e culpável.</p> <p>O fato gera relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.</p> <p>Apesar disso, não há interesse de punir. A pena � desnecessária.</p>

  possível visualizar o princípio da bagatela imprópria no caput do art. 59, CP:

Art. 59 - O juiz, atendendo   culpabilidade, aos antecedentes,   conduta social,   personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecer , **conforme seja necessário e suficiente** para reprova o e preven o do crime (...).

4.6. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Este princípio subdivide-se em dois subprincípios:

a) Princípio da Humanidade das Penas

São proibidas penas cruéis, desumanas e degradantes.

b) Princípio da Proibi o da Pena Indigna

A ninguém pode ser imposta pena ofensiva à dignidade da pessoa humana.

Ex. Não é possível a aplicação de penas que ridicularizem ou humilhem a pessoa.

Se, por um lado, o crime jamais deixará de existir no atual estágio da Humanidade, por outro, há formas humanizadas de garantir a eficiência do Estado para punir o infrator, corrigindo-o, sem humilhação, com perspectiva de pacificação social.

5. OUTROS PRINCÍPIOS PREVISTOS NA OBRA DE CLEBER MASSON

5.1. Princípio da Alteridade

Segundo o princípio da alteridade, não há crime na conduta que prejudica somente quem a praticou, que não transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro (altero).

5.2. Princípio da Confiança

Todos devem esperar por parte das demais pessoas comportamentos responsáveis e em consonância com o ordenamento jurídico. Agindo assim, e ocorrendo fatos além do dever concreto que lhe é exposto, há a exclusão da responsabilidade.

5.3. Princípio da Responsabilidade pelo Fato

Os tipos penais devem definir fatos (direito penal do fato) e não estereotipar autores (direito penal do autor). Obs. A reincidência como agravante genérica não manifesta resquício de direito penal do autor, pois se constitui em elemento que representa maior reprovação da conduta.

6. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

6.1. Conceito

O art. 1º, CP dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

A doutrina passou a questionar qual princípio estaria previsto nesse dispositivo.

1ª corrente: adota o princípio da legalidade como sinônimo do princípio da reserva legal.

2ª corrente: entende que o art. 1º adotou o princípio da reserva legal, que toma a expressão “lei” no seu sentido estrito, abrangendo somente lei ordinária e lei complementar. Para eles, princípio da legalidade não se confundiria com princípio da reserva legal, pois o primeiro toma a expressão “lei” em sentido amplo, abrangendo todas as espécies normativas do art. 59, CF.

3ª corrente: defende ter o art. 1º, CP, adotado o princípio da legalidade, porque esse princípio constitui-se na junção da reserva legal com a anterioridade. Essa é a corrente que prevalece.

O princípio da legalidade constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais. Ele está previsto no art. 5º, XXXIX, CF, art. 1º, CP, art. 9º, Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) e art. 22, Estatuto de Roma.

Pelo princípio da reserva legal ou da estrita legalidade entende-se que delitos (crimes e contravenções) e penas devem ser criados exclusivamente por lei (entendida lei no sentido formal e material).

Obs. Mandados de criminalização são matérias que a CF obrigou ao legislador penal que legislasse.

O princípio da anterioridade ensina que o crime e a pena devem estar definidos em lei prévia ao fato cuja punição se

pretende. A lei penal só produz efeitos com sua entrada em vigor, isto é, depois de publicada e cumprida a *vacatio legis*.

6.2. Fundamentos do Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade possui 3 fundamentos:

a) Fundamento Político

É a exigência de vinculação do Poder Executivo e do Poder Judiciário a leis formuladas de forma abstrata. Esse fundamento impede o poder punitivo com base no livre-arbítrio.

b) Fundamento Democrático

É o respeito ao princípio da divisão de poderes. O Parlamento, representante do povo, deve ser o responsável pela criação de crimes.

Ex. Admitir criação de crime por medida provisória fere o princípio democrático.

c) Fundamento Jurídico

Está baseado no fato de que uma lei prévia e clara produz importante efeito intimidativo.

6.3. Abrangência do Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é o somatório do princípio da reserva legal com o princípio da anterioridade.

No sentido desse somatório, o art. 3º do CP Militar foi recepcionado apenas em parte pela Constituição Federal, pois trata da necessidade de lei, porém omite a necessidade de ser essa lei anterior aos fatos (respeita a reserva legal, mas ignora a anterioridade).

O princípio da legalidade é uma garantia do cidadão, que deve ser efetiva e não apenas simbólica, de forma que sete pontos devem ser observados:

a) Não há crime sem lei

O art. 5º, XXXIX, CF, e o art. 1º, CP, se valeram da expressão “crime” e a lei de contravenções penais nada dispôs quanto ao princípio da legalidade.

Apesar disso, a criação de uma contravenção penal não pode ocorrer por outro meio que não seja lei, pois pelo princípio da reserva legal, qualquer delito deve ser criado por lei e delito engloba crime e contravenção penal.

“Lei” deve ser entendida em sentido estrito, abrangendo lei ordinária e lei complementar (em regra, lei ordinária, a complementar somente é possível nos casos de delegação de competência pela União aos estados).

Isso significa que medida provisória não pode criar crime ou cominar pena, pois não é lei, é ato do Executivo com força normativa.

Questiona-se, todavia, a possibilidade de medida provisória criar direito penal não incriminador, isso é, se pode, por exemplo, abolir crime, criar uma causa extintiva da punibilidade, beneficiar alguém. Nesse sentido, há duas correntes:

1ª Corrente: Existe vedação legal disposta no art. 62, §1º, I, “b”, CF. Esse dispositivo proíbe medida provisória versando sobre direito penal, incriminador ou não. Essa corrente é defendida por Marcelo Novelino e Cleber Masson.

2ª Corrente: Não existe vedação legal. A CF somente vedou medida provisória em matéria relativa a direito penal incriminador, admitindo em direito penal não incriminador. Ex. MP que extingue punibilidade.

Há que se observar que a atual redação do art. 62, §1º, I, “b”, CF, foi dada pela EC nº 32/01. Antes dessa alteração, o STF, no RE 254.818/PR, discutindo os efeitos benéficos trazidos pela

medida provisória 1571/97, que permitiu o parcelamento dos débitos tributários e previdenciários, com efeitos extintivos da punibilidade, proclamou sua admissibilidade em favor do réu. Após a alteração, o STF manteve seu posicionamento ao analisar a medida provisória que obistou de 2003 a 2009 a incidência do crime previsto no art. 12 do Estatuto do Desarmamento (crime de posse irregular de arma de fogo), concedendo prazo para regularização. Assim, o STF entende que a expressão “direito penal” é apenas o incriminador, que não abrange o direito penal não incriminador.

Lei Delegada não pode versar sobre direito penal por haver dois obstáculos: (i) por ser direito penal matéria exclusiva do Congresso Nacional e (ii) por se tratar de direitos individuais (art. 68, §1º, CF).

Resolução do TSE também não pode criar crime nem culminar pena.

b) Não há crime sem lei anterior

Não basta a existência de lei, ela deve ser anterior aos fatos que se busca incriminar. Essa expressão assegura o princípio da anterioridade, bem como veda a retroatividade maléfica.

Admite-se, todavia, a retroatividade benéfica, que é, inclusive, fomentada pela CF.

c) Não há crime sem lei escrita

Por essa premissa veda-se o costume incriminador, mas é possível o costume interpretativo.

d) Não há crime sem lei estrita

Veda-se a analogia incriminadora. É possível, contudo, analogia em benefício do réu (analogia *in bonam partem*).

e) Não há crime sem lei certa

Está-se diante do princípio da taxatividade ou princípio da determinação ou mandado de certeza, que exige clareza nos tipos penais. O tipo penal tem que ser de fácil compreensão, pois sendo ambíguo, poroso, genérico, abre-se margem à arbitrariedade.

Ex. 1: Art. 41-B, lei 10.671 (Estatuto do Torcedor), alterado pela lei 12.299/10 – pune promover tumulto em eventos esportivos. Esse artigo não é claro. A doutrina tem defendido que esse dispositivo fere o princípio da taxatividade.

Ex. 2: Parte da doutrina e STF entende ser o art. 20 da lei 7.170/83 o dispositivo que prevê o tipo penal do terrorismo. Outra parte afirma não haver tipo penal específico incriminador do terrorismo, pois não é possível saber o significado da expressão “ato de terrorismo” prevista no art. 20. Além disso, a pena prevista para esse artigo é de 3 a 10 anos. Razões pelas quais fere o princípio da taxatividade.

f) Não há crime sem lei necessária

Essa disposição é desdobramento lógico do princípio da intervenção mínima.

g) Não há pena sem prévia cominação legal

A lei usou a expressão “pena”, por isso, a doutrina passou a questionar quanto se abrangeria ou não a medida de segurança.

Duas correntes surgiram:

1ª corrente: A palavra “pena” tem sentido amplo, abrangendo todos os tipos de sanção penal, inclusive as medidas de segurança. É a corrente que prevalece na doutrina e jurisprudência.

2ª corrente: Considerando a função meramente terapêutica das medidas de segurança (diferentemente da sanção, que tem caráter punitivo), não estão abrangidas pelo princípio da legalidade.

6.4. Garantismo Penal

Como visto, o princípio da legalidade é uma garantia do cidadão, por isso, ao tratar da legalidade é importante que se estude o garantismo penal.

O princípio da legalidade é o pilar do garantismo penal. Garantismo penal, defendido dentre outros por Rogério Grego, compara poder punitivo com as garantias do cidadão. Garantismo é o menor poder punitivo frente ao maior número de garantias. Isso é, a legalidade e seus subprincípios achatam o poder punitivo e dão garantias aos cidadãos. Garantismo é o mínimo de mal estar para o mau cidadão e o máximo de bem estar para o bom cidadão.

3. CONCLUSÃO

Nesse artigo tentou-se abordar, da forma quantitativamente mais ampla possível, os princípios do direito penal. Procurou-se abordá-los sob diferentes prismas e trazer à tona as posições doutrinárias e jurisprudenciais, ora divergentes entre si.

As diferentes possibilidades de agrupar os princípios e as divergentes posições da doutrina e jurisprudência, continuamente mutáveis, apontam para a necessidade de sempre visitar o tema princípios do direito penal, basilar deste ramo do direito.

Assim sendo, observa-se que os princípios estão em constante movimento, ou seja, em constante desconstrução e reconstrução pelos atores que dão vida ao direito penal. Nesse diapasão, encontra-se também em movimento o próprio direito penal, porquanto, quando os princípios (a base do direito penal) são reconstruídos, reconstrói-se conseqüente e necessariamente o direito penal.

REFERÊNCIAS

- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - parte geral. Rio de Janeiro. IMPETUS – 2006

- MASSON, Cleber. Direito Penal - Parte Geral. Vol. 1. 7ª ed. Método – 2013

- MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. “Direito Penal – Parte Geral”. São Paulo. Saraiva – 2011

- SANCHES Cunha, Rogério. “Manual de Direito Penal - Parte Geral”. Volume único - 3a ed.: Rev. amp. e atualizada. JusPodivm – 2015

NOTA:

[1] Maiores informações sobre tal debate vide <http://marchadamaconha.org/> .

A INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA AO DIREITO DO TRABALHO

CAMILLA HOLANDA MENDES DA ROCHA: Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina - CEUT; Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci; Advogada.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. 3 DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO DIREITO DO TRABALHO. 4. DA JURISPRUDÊNCIA. 5 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

A teoria da responsabilidade civil da perda de uma chance é aplicada sobretudo no âmbito do Direito Civil. Porém, a doutrina mais recente tem estendido sua aplicação também ao Direito do Trabalho. O objetivo deste trabalho é esclarecer se há a possibilidade da aplicação desta teoria às relações havidas entre empregado e empregador, e qual a posição da doutrina e dos tribunais pátrios sobre o tema.

2 DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

O dano, segundo Pablo Stolze e Pamplona (2003, p. 40), é uma lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. O dano é pressuposto fundamental para a obrigação de indenizar, pois, sem dano, não haverá prejuízo e, conseqüentemente, não haverá indenização.

Quando ocorre redução patrimonial, o dano é facilmente visível. Em outros casos, porém, a materialização do dano já não é tão simples, como ocorre com os danos morais, e com o dano pela

perda de uma chance. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance surgiu para assegurar à perda de uma chance a configuração como dano efetivo e, assim, garantir a indenização respectiva.

Mas o que é a perda de uma chance? Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 74),

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante.

Ou seja, quando, por fatores alheios à sua vontade, ocorridos por conta de uma ação ou omissão de outrem, alguém é impedido de realizar algo que, talvez, lhe possibilitaria um ganho futuro. É o caso de quem, por conta de um voo cancelado, perde a chance de realizar uma prova de concurso. Não é possível prever se a pessoa galgaria ou não aprovação, mas somente o fato de perder esta chance já merece ser indenizado.

Há uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da perda de uma chance. Enquanto parte da doutrina entende que se trata de uma categoria diferenciada de dano, outro segmento tenta encaixá-la como lucro cessante ou dano emergente. Esta discussão não faz parte do objeto teste artigo, apenas interessa ressaltar que, independentemente da natureza da indenização pela perda de uma chance, esta tem sido inequivocamente concedida pelas tribunais pátrios.

3 DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO DIREITO DO TRABALHO

Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 114, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. Portanto, sempre que um empregado se sentir lesado por conta de uma atitude de seu empregador, deverá recorrer à Justiça do Trabalho.

Percebe-se que a lei apenas trata de dano moral e dano material. Porém, isto não é impedimento para que um trabalhador seja indenizado pela perda de uma chance ocasionada por ação ou omissão do empregador, decorrente do vínculo de empregado. É dessa forma que tem entendido a doutrina mais recente sobre o tema, e já existem decisões nesse sentido nos tribunais pátrios, como será adiante demonstrado.

Apesar da omissão da legislação trabalhista quanto à indenização pela perda de uma chance, não há óbice para a sua aplicação, posto que a CLT, em seu artigo 8º, permite a utilização subsidiária do direito comum, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho. A indenização pela perda de uma chance se coaduna com os princípios da proteção ao trabalhador e da boa-fé, e não encontra embargos em nenhum outro princípio fundamental do direito do trabalho.

Como ocorre a perda de uma chance no Direito do Trabalho? Um bom exemplo seria o do trabalhador que perde a vaga em um bom emprego por conta da demora do antigo empregador em dar baixa na CTPS. Ou ainda o caso de um trabalhador que pede demissão no seu corrente emprego por ter sido aprovado em processo seletivo de outra empresa com a promessa da contratação, que, porém, nunca se efetivou.

Em ambos os casos é merecida a indenização, posto que, por conta de omissões do empregador, os trabalhadores deixaram de usufruir de reais possibilidades de ganhos patrimoniais. Estes danos não podem deixar de ser compensados, já que decorrentes de ato ilícito.

No Direito do Trabalho, denomina-se “fase pré-contratual” aquela que antecede a formação do contrato de trabalho, sendo o momento das negociações e da análise das propostas. Como se trata de um estudo de viabilidade, esta fase pré-contratual não vincula. Ainda que não haja vinculação, se qualquer das partes romper injustificadamente o processo de negociação que se encontra em andamento, agindo com deslealdade, em havendo dano, haverá também a obrigação de indenizar.

A grande discussão acerca da responsabilidade na fase contratual é se há, ou não, relação trabalhista, condição para que a ação seja julgada na Justiça do Trabalho. Parte da doutrina entende que, como ainda não foi firmado contrato algum, trata-se de responsabilidade civil, de competência da Justiça Comum. A jurisprudência, porém, tem entendido que há o direito à indenização tanto na fase pré-contratual, como na fase pós-contratual.

Segundo Irene Klein (2010, p. 60),

A responsabilidade pré-contratual surge como uma garantia à formação do contrato, pois a relação humana que acontece nos pré-contratos gera uma relação jurídica e, com isso, uma obrigação a ser cumprida. Assim se tem determinada natureza contratual, ou seja, a responsabilidade pré-contratual decorrente de pré-contratações confirmadas por manifestações de vontades juridicamente relevantes que, na verdade, constituem a essência dos contratos.

Portanto, cada contratante defenderá seus interesses buscando um acordo que melhor faça convergir às vontades em questão e que não representem qualquer prejuízo.

Assim sendo, a responsabilidade pré-contratual se enquadra na responsabilidade contratual, pois decorre do ilícito rompimento injustificado praticado por uma das partes envolvidas nas negociações antes da celebração do contrato.

Quanto à mensuração do valor da indenização pela perda de uma chance, Simão de Melo^[1], assim discorre:

O que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada, como equivocadamente tem se visto na maioria dos pedidos. O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado; o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado esperado. Assim como não deve exigir a prova cabal e inequívoca do dano, mas apenas a demonstração provável da sua ocorrência, a indenização coerentemente, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção da oportunidade almejada.

Portanto, quanto maior a probabilidade de obtenção da chance, mais se aproximará a indenização do valor total do resultado esperando, e vice-versa.

4. DA JURISPRUDÊNCIA

Para comprovar todo exposto acima, colaciona alguns importantes julgados dos tribunais pátrios:

PERDA DE CHANCE. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. No campo da responsabilidade civil existe uma construção doutrinária segundo a qual a lesão ao patrimônio jurídico de alguém pode consistir na perda de uma oportunidade, de uma chance de se beneficiar de uma situação favorável ou de evitar um acontecimento desfavorável. Há, aí, um prejuízo específico, desvinculado do resultado final. Como se trata de uma chance, existe, ao lado do prognóstico negativo, também a previsão da ocorrência de um resultado positivo, embora a conduta do agente obste que se conheça o desfecho do caso. Não se podendo garantir o resultado favorável, tampouco se pode vaticinar a obtenção do resultado desfavorável. O dano se evidencia pela perda da chance, sendo tanto mais grave quanto maiores forem as possibilidades em relação a um certo resultado. Exemplos típicos são o do estudante que não consegue fazer uma prova; o da pessoa de carreira promissora, que vem a ser vítima de um acidente; o do cliente cujo advogado não ajuíza determinada ação etc. Nesse caso, não há propriamente dano material, pois se trata de uma hipótese. Se, porém, a conduta do agente lesa os direitos da parte, privando-a da oportunidade de obter os benefícios de uma dada situação, ou de evitar os malefícios de uma outra, essa perda da chance dá lugar a uma compensação, proporcional ao valor da chance perdida." (TRT

3ª Região, Proc. n. 01518-2003-029-03-00-7-RO, Rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira. Public. em 06/12/2003).

Esta decisão em destaque, proferida pelo TRT da 3ª Região, em dezembro de 2002, coaduna com tudo o que foi aqui exposto. A indenização pela perda de uma chance tem sido bastante aplicada pelos tribunais.

A seguinte jurisprudência é bastante importante pois trata de um caso em que houve a condenação ao pagamento de indenização pela perda de uma chance à um relação de estágio:

EMENTA: INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PERDA DE CHANCE.CONTRATO DE ESTÁGIO. Em que pese não se tratar, o caso, de promessa de emprego, mas sim, de estágio, entende-se que houve ofensa ao princípio da boa-fé. Tal princípio traz ínsito um modelo de atitude, exigindo que as partes ajam de acordo com um padrão moral. (Processo: RO 814003520075040008 RS 0081400-35.2007.5.04.0008; Relator(a): MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO; Julgamento: 07/04/2010; Órgão Julgador: 8ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

Neste caso concreto, o Reclamante alegou que trabalhava como estágio em uma empresa, através do CIEE – Centro de Integração Empresa Escola, ganhado o valor de R\$500,00 mensais. Ocorre que, ao participar de processo seletivo em outra empresa, foi selecionado na última etapa, e informado que deveria encaminhar-se ao CIEE para rescindir o termo de compromisso com

a primeira empresa, o que foi logo feito. Entretanto, no dia seguinte a rescisão, o gerente distrital desta segunda empresa informou, mediante contato telefônico, que as contratações de estagiários estavam canceladas. Assim sendo, o Reclamante, sem a bolsa do estágio, não conseguiu arcar com as despesas da faculdade e permaneceu todo o ano de 2004 sem frequentar o curso, por conta das dívidas. A decisão, nos termos do voto do relator, entendeu que

[...] houve ofensa ao princípio da boa-fé que remonta à idéia de confiança, levando a uma conduta correta. Tal princípio traz ínsito um modelo de atitude, exigindo que as partes ajam de acordo com um padrão moral. Consoante a boa-fé, devem as partes se comportar de forma leal durante toda a relação mantida, gerando deveres e direitos anexos aos principais. Prescinde-se, desse modo, da consciência do agente a respeito de sua conduta. A boa-fé como fundamento da responsabilidade pré-contratual é a objetiva, definida como um padrão de conduta a ser seguido. Devem as partes se comportar com **clareza e honestidade** durante todo o “iter” contratual. Desse modo, o princípio da boa-fé incide sobre as relações contratuais fazendo surgir um vínculo obrigacional entre as partes, ainda que o contrato sequer se perfectibilize. (Processo: RO 814003520075040008 RS 0081400-35.2007.5.04.0008; Relator(a): MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO; Julgamento: 07/04/2010; Órgão Julgador: 8ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

Ainda que se trate de estágio, esta decisão é bastante emblemática, pois entende que, ainda que não tenha havido a efetiva formação do contrato de trabalho, ocorrendo dano, este deverá ser indenizado, sendo a competência da Justiça do Trabalho.

Outras decisões importantes sobre o tema:

JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 08, TST. De acordo com o teor da Súmula nº 08 do Tribunal Superior do Trabalho, não se admite a juntada de documentos na fase recursal, ressalvado os casos de justo impedimento ou se referir a fato posterior à sentença. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DA CHANCE. DANO PATRIMONIAL INDENIZÁVEL. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance torna indenizável a probabilidade de obtenção de um resultado legitimamente esperado e que é obstado pela dispensa. Se o reclamante tinha como justa e real a probabilidade de um ganho salarial decorrente de sua promoção ao cargo de vendedor, porque aprovado em processo seletivo interno da empresa, mas viu perdida a chance de conquistar esse resultado em razão de ato ilícito praticado pelo empregador, quando da sua dispensa, manifestamente abusiva e ilícita, faz jus à reparação patrimonial decorrente deste ilícito. Independentemente dos ganhos perdidos, o que se indeniza é o prejuízo

consistente na perda dessa oportunidade, a perda da chance real de alcançar a promoção legitimamente esperada.(Processo: RO 1315 RO 0001315; Relator(a): DESEMBARGADORA ELANA CARDOSO LOPES; Julgamento: 06/04/2010; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Publicação: DETRT14 n.064, de 07/04/2011) [grifo nosso]

DANOS CONFIGURADOS. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. PERDA DE UMA CHANCE.

Diante das provas trazidas à apreciação, conclui-se que, de fato, houve diversas tratativas entre as partes que apontavam no sentido de uma contratação segura e próxima do recorrente para os quadros de funcionários da recorrida. O que somente aconteceu após 2 (dois) meses, suportando o recorrente, com isso, os dissabores e intempéries advindos de uma situação de desemprego neste período. **Provada a conduta, configurados os danos e presente o nexo de causalidade ensejador de responsabilidade civil, outro caminho não há senão a condenação da recorrida a pagar indenização ao recorrente por todos os danos provocados, que deve ser proporcional ao valor da chance perdida.** (Processo: RO 3358620115070010 CE 0000335-8620115070010; Relator(a): JOSÉ ANTONIO PARENTE DA SILVA; Julgamento: 27/02/2012; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: 06/03/2012 DEJT; Parte(s): ELIZIARIO DA CUNHA LIMA JUNIOR; SEARA ALIMENTOS S.A)

5 CONCLUSÃO

A Teoria da Perda de uma Chance, proveniente do Direito Civil, possui aplicação também no Direito do Trabalho, para assegurar a reparação de danos sofridos pelo empregador pela perda de uma chance, ainda que na fase pré-contratual.

Por todo o exposto, conclui-se que, havendo dano em decorrência de ato comissivo ou omissivo do empregador, que cause ao empregado a perda de uma chance de realizar determinado evento que poderia trazer um benefício concreto, deverá haver, conseqüentemente, a condenação ao pagamento de indenização pela perda de uma chance. O valor dessa indenização será proporcional ao valor da chance perdida e à probabilidade da chance se concretizar. Este é o entendimento dos tribunais pátrios.

BIBLIOGRAFIA

CAVALIERI FILHO, S. (2008). Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas.

GAGLIANO, P. S., & PAMPLONA FILHO, R. (2003). Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas.

KLEIN, I. (2010). Indenização pela perda de uma chance no direito do trabalho. Novo Hamburgo.

Oliveira, C. D. (2010). O Direito do Trabalho Contemporâneo - Efetividade dos Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana no Mundo do Trabalho. São Paulo.

Notas:

[1] *Indenização pela perda de uma chance*. <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>. Acesso em 23 de setembro de 2015.

PARTICIPAÇÃO DA MULHER NOS MOVIMENTOS SOCIAIS DA BAHIA

BARBARA SILVA DOS SANTOS: Bacharelanda em direito na Faculdade Ages.

Resumo: O presente trabalho visa realizar um estudo acerca das lutas enfrentadas pelas mulheres, que ainda ocorrem nos dias atuais, e sua atuação nos movimentos sociais. Destaca-se a importância da mulher e suas dificuldades, assim como a busca de seus direitos e alcance ao longo do tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher. Direitos. Movimentos populares. Lutas. Manifestações.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Luta da mulher por seus direitos; 2. Movimentos Sociais e Sua Contribuição Para Construção da Cidadania; 3. Participação da Mulher nos Movimentos Sociais na Bahia; Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

A luta por direitos existe por muitos anos, inclusive os direitos hoje dispostos são frutos de grandes manifestações de movimentos sociais. Mesmo diante de grandes conquistas, ainda há longo caminho a ser percorrido para se alcançar a efetividade de muitas normas.

Nessa perspectiva, enquadram-se as lutas enfrentadas pelas as mulheres, que da mesma forma, tiveram seus direitos conquistados por diversas lutas e manifestações, assim, a participação das mulheres nos movimentos sociais consiste em um importante instrumento na construção da cidadania.

Dessa forma, o presente trabalho tem o escopo de discorrer acerca da participação da mulher nos movimentos sociais e as lutas enfrentadas para alcançar seus direitos, haja vista que, nos dias atuais, ainda se encontra o pensamento arcaico acerca do seu papel, restringindo-a as limitações do seu lar.

A análise deste artigo foi desenvolvida com base nos relatórios desenvolvidos pelos acadêmicos, os quais adotaram como método de pesquisa a entrevista, assim como pelas constatações obtidas nas entrevistas realizadas in loco em que as mulheres desenvolvem suas atividades.

O embasamento teórico se dá em três capítulos, desenvolvidos a partir da leitura de obras bibliográficas e dos estudos de campo realizados pelos acadêmicos.

No primeiro capítulo será tratado acerca da busca pelos direitos das mulheres, no segundo capítulo discorrer-se-á acerca dos movimentos sociais e sua atuação para construção da cidadania e no terceiro capítulo a participação das mulheres nos movimentos sociais no nordeste especificamente Bahia.

1. **LUTA DAS MULHERES POR SEUS DIREITOS**

A história do alcance dos direitos é marcada por diversas lutas traçadas ao longo do tempo, sendo que a grande parte se deu por movimentos sociais, dessa forma, não foi diferente quando aos direitos alcançados pelas mulheres.

A mulher durante muito tempo esteve entre as parcelas dos excluídos do direito, ou seja, não detinha direitos, nem participava da tomada de decisões no país, logo não detinha uma cidadania plena, haja vista os empecilhos oriundos dos costumes sociais cultura patriarcal e até mesmo pela lei.

Sempre estavam deixadas em segundo plano quanto a participação da vida política, determinados direitos, como exercício da profissão, liberdade de locomoção sem intervenção do marido, direito de votar e ser votado.

O direito de votar foi um dos primeiros direitos exigidos pelas mulheres, assim com o código Eleitoral de 1932 permitiu-se a mulher votar e ser votada, porém não mudou muito o quadro social da mulher. Ademais, com a industrialização foi possível a inserção da mulher no mercado de trabalho, mulheres operárias, que embora trabalhasse muito recebiam em valor menor, a discriminação era evidente.

No entanto tais possibilidades permitiram que mulheres ingressassem na luta pela redemocratização, e disso por diante a mulher começou a ganhar seu espaço e pensar em um futuro diferente daquele que lhe fora reservado, de submissão e inferiorização. Nesse interim, calha salientar que ainda é possível encontrar pensamentos tradicionais de submissão da mulher, como constatado na entrevista realizada na Congregação Cristã do Brasil, na cidade de Cipó-BA:

Nota-se o modelo patriarcal de lidar com a mulher, ainda considerada um complemento do homem. Assim, assumem papel diferenciado na Igreja, a ponto de cobrarem dos integrantes uma forma específica de se vestir e, caso seja do sexo feminino, a mesma deverá sentar a esquerda com o véu cobrindo a cabeça e, não pode cortar os cabelos.

Ante ao exposto, salta aos olhos o tamanho espaço que a mulher tem conquistado na sociedade, porém observa-se que ainda hoje, existem raízes com sociedade tradicional, não se pode afirmar a superação total das tradições, haja vista que em determinados trabalhos o salário da

mulher é menor que do homem, ainda existe discriminação quanto a sua condição feminina, mesmo que de forma minoritária.

1. **MOVIMENTOS SOCIAIS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA**

Movimentos sociais possuem o objetivo de alcançar mudanças sociopolíticas tanto por algum ideal quanto por questionamento de uma determinada realidade que se caracterize como algo impeditivo da realização dos anseios do movimento.

Como movimento social pode-se entender o MST- Movimento Sem Terra, Sindicatos, Cooperativas, grupos comunitários ou outras organizações coletivas que trabalhem com o escopo de defesa dos direitos daqueles que participam, assim como alcançar outros que necessitam.

Os movimentos sociais sempre existiram e continuarão a existir, tendo em vista que representam forças sociais para alcance de direitos e defesa dos mesmos, desse modo

Os movimentos realizam diagnósticos sobre a realidade social, constroem propostas. Atuando em redes, constroem ações coletivas que agem como resistência à exclusão e lutam pela inclusão social. Constituem e desenvolvem o chamado empowerment de atores da sociedade civil organizada à medida que criam sujeitos sociais para essa atuação em rede.

Desse modo, os movimentos sociais visam manter ou mudar uma situação, necessitam de condições específicas, contrárias ou positivas, capaz de movimentá-la, pois possuem confronto político, além de possuir objetivos traçados, trabalham sem fins lucrativos.

Diferenciar partido político e movimento social é tarefa complicada, haja vista que também consistem em grupos organizados, legalmente formados, porém com formação orientada para influenciar ou ocupar poder político, ligados a uma ideologia. Diferenciá-los, no entanto, na visão de Munck “os movimentos sociais promovem mudanças porque participam da arena político-institucional e desenvolvem uma estratégia política” (MUNCK, 1997, p. 105), já os partidos políticos “fazem parte tanto do espaço institucional como da organização da sociedade civil, são atores essenciais para se entender as relações de movimentos sociais com o Estado”, o que torna evidente a dificuldade de diferenciação, senão pelos seus objetivos, mas é possível a criação de partido político através do movimento social, como ocorreu com o PT., como demonstra Elias em seu artigo:

No estudo da relação entre movimentos sociais e partidos políticos, o caso do PT é especialmente interessante. O Partido dos Trabalhadores foi idealizado por seus fundadores principalmente como um canal para dar vazão, no espaço institucional, às demandas dos movimentos sociais, dada a percepção de que os movimentos tinham que buscar uma atuação institucional e a avaliação de que os partidos da época não representariam seus interesses adequadamente.

ONG's são organizações da sociedade, criadas sem fins lucrativos, visando defesa de causas coletivas, principalmente relacionadas aos setores carentes financeiramente, nesse sentido, não são instituições idênticas, mas que se completam, cada um com sua autonomia e voltada para uma forma do direito público. “Na contemporaneidade ONG's e Movimentos Sociais vêm assumindo função relevante no processo de construção de alternativas na sociedade; em particular, destacam-se as lutas no enfrentamento ao neoliberalismo; e isso é um fato comum” (Froz

e Lopes, 2005), o que não significa estes são substituídos por aquelas, como aduz Oliveira (2012):

As **ONGs** não nascem para substituir movimentos sociais; nascem para fortalecê-los. E por fazer parte do tecido social, elas não disputam espaços com movimentos, mas somam-se com eles. Por isso entendemos que é equivocado dizer que **ONG** substitui movimento, pois a própria **ONG** é movimento, a não ser que o chamado movimento tradicional tenha se acomodado nas suas bandeiras e outras forças políticas a tenham assumido ou levantado. Nesse caso, cabe a cada situação.

De mais a mais, Critóvão Buarque, em seu livro “Reaja” demonstra claramente as inquietações que dão sentido aos movimentos sociais, a todo momento da leitura instiga o leitor a reagir contra determinadas coisas que ocorrem na sociedade e esse é um dos papéis de determinados movimentos sociais, que buscam reforma sociopolítica e aplicação de direitos que duramente foram conquistados como retrata o autor “Reaja ao ufanismo de que a história é uma marcha heroica do bem. Lembre o sangue derramado em holocaustos para chegarmos até aqui” (2011, p.16), da mesma forma estimula: “Reaja ao descaso dos serviços públicos, escolas parcialmente ativadas, hospitais que parecem de guerra, não importa em que país isto aconteça. Reaja contra as filas que o povo enfrenta para ter atendidos seus direitos mais essencial” (2011, p.45) e “Reaja às ordem vindas de uniformes de todos os tipos, batinas, ternos, togas, macacões. Olhe nos olhos de quem as ditas. Só aceite as mensagens pelo conteúdo, nunca pela ordem nem pela embalagem de quem as diz” (2011, p.49).

Portanto, constatam-se claramente quanto os movimentos sociais têm contribuído, de forma positiva, para progresso social e a construção da cidadania. Ao longo do tempo travaram diversas batalhas, que atualmente ainda são travadas, a fim de conquistar direitos e garanti-los,

determinadas vezes para determinado grupo outras em prol de toda sociedade, da mesma forma, a mulher tem em tudo contribuído para esse avanço, pois, com certeza, teve seu papel para esse êxito.

1. **PARTICIPAÇÃO DA MULHER NOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA BAHIA**

A luta pela igualdade da mulher sempre foi marcante na história brasileira, tendo em vista que desde os primórdios teve sua condição de dona do lar, isolada da participação das decisões políticas e sociais, completamente submissa ao esposo.

Com o ingresso das mulheres aos movimentos sociais as mulheres rompem com os limites da vida cotidiana e passa à busca de espaços relacionados ao trabalho, custo de vida, educação, gênero e demais situações que estavam destinadas.

Quanto às questões de gênero, diz respeito, principalmente a hierarquização no lar, tendo em vista que a sociedade estava sujeita ao pátrio poder e por ele quem tomava todas as decisões era o pai ou homem responsável, sendo a mulher mera submissa.

Constata-se, nos dias atuais, o tamanho espaço que a mulher conquistou, tanto social quanto legislativo, vê-se a criação de normas de proteção a mulher, a grande possibilidade de ingresso no mercado de trabalho, de estudo, de participação política, em qualquer circunstância lhe é garantido o direito de participação, entendimento que pode ser detectado na entrevista realizada no sindicato dos trabalhadores rurais de Heliópolis-BA:

No Sindicato a mulher tem o objetivo de construir políticas públicas no meio rural para as supracitadas, a exemplo o Projeto do PRONAF junto ao Banco do Nordeste, assim como, a criação de associações rurais para fortalecer os movimentos das

mulheres tendo como exemplo a Associação das Beijuzeiras do Pov. Tijuco e a Associação das Artesãs da Faz. Viuveira.

Assim como na associação dos moradores do povoado Creguenhem, no qual reconhecem que “As mulheres são de suma importância. Elas compõem a maioria dos associados e participam das decisões. São muito ativas aqui na Associação” e no sindicato dos servidores públicos de Cipó:

É muito importante, quando falamos que a mulher tem aquela parte mais organizada, o homem tem a parte política. Inclusive costumam dizer que a presidente é muito burocrática pela questão da organização, fazendo tudo correto, não que os homens também não façam, mas parece que a mulher tem mais essa preocupação. Quanto a conquista da mulher na sociedade, ainda não está concretizada, estamos lutando contra o preconceito, esta crescendo muito o número de mulheres como presidentes de sindicatos, mas existem muita coisa ainda que se deixa a desejar, como a questão de salários desiguais, de tratamento, questão até de respeito mesmo, pois poucos respeitam por que é uma mulher que está à frente.

Portanto, isto significa que as lutas travadas surtiram efeito em determinadas áreas, o que não significa que o trabalho acabou ainda existe um longo caminho a ser trilhado a fim de alcançar a verdadeira igualdade prevista constitucionalmente, porém, mesmo assim, já é visível a importância da mulher nos movimentos sociais, que cuida, principalmente, das questões políticas públicas e secretarias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação da mulher nos movimentos sociais teve papel fundamental tanto para os movimentos quanto para as próprias mulheres que adquirem a oportunidade de publicizar os problemas existentes.

Ademais, o papel exercido por elas durante anos, no movimento, teve o condão de proporcionar discussões acerca de ações positivas relacionados aos problemas existentes, como questões de trabalho, de gênero, violência e demais áreas já expostas no desenvolver do trabalho, além de se tornar canal de reivindicações de seus direitos.

Não há dúvidas que toda luta gerou redemocratização do país, pondo fim a diversas questões com cunho tradicional que influenciava uma sociedade patriarcal.

Porém, há de se registrar que a mulher ainda se depara com diversas dificuldades quanto à aplicação de seus direitos, no que concerne a aplicação do Princípio da Isonomia em diversas áreas sociais, sendo que ainda sofre com abusos e violência doméstica.

No mais, a luta ainda não acabou, mas o trabalho da mulher nos movimentos sociais continua e seu papel é de grande importância, para si e para o movimento.

REFERÊNCIAS

BUARQUE, Cristovam. **Reaja**. – Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2012

http://www.academia.edu/6686064/A_rela%C3%A7%C3%A3o_dos_partidos_pol%C3%ADticos_com_movimentos_sociais_O_caso_do_PT_e_o_F%C3%B3rum_Social_Mundial> Acesso em 02/06/2015.

<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/506676-as-ongs-nao-nascem-para-substituir-movimentos-sociais-nascem-para-fortalece-los-entrevista-especial-com-raimundo-augusto-de-oliveira>> Acesso em 02/06/2015.

http://www.sbpcnet.org.br/livro/57ra/programas/senior/RESUMOS/resumo_343.html> Acesso em 02/06/2015.

MUNCK, Gerardo. Formação de atores, coordenação social e estratégia política: problemas conceituais do estudo dos movimentos sociais. 1997.

OS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

STEEL RODRIGUES VASCONCELLOS: Advogado. Especialista em direito civil e empresarial pela UFPE e especialista em Filosofia e teoria do direito pela PUC-MINAS.

Resumo: O presente artigo acadêmico faz uma abordagem acerca dos defeitos do negócio jurídico consolidando o método de pesquisa em levantamentos de diversos autores da doutrina do Direito Civil.

INTRODUÇÃO

Ao tratar os vícios do negócio jurídico, recai uma importantíssima abordagem para os conceitos dos vícios da vontade; logo, bastante pertinente sobretudo para a seara contratual. Pois os vícios que maculam o negócio jurídico celebrado, atingem tanto a vontade das partes, como também pode haver uma repercussão social.

Frisa-se na diferenciação entre vícios de vontade, com vícios redibitórios ou ocultos. Pois, estes nestes não há deformidade de vontade, e sim o próprio objeto de contrato não estando satisfatório para uma das partes, patrimonialmente.

ERRO

O erro é considerado uma falsa percepção da realidade, tanto para uma pessoa, pelo objeto ou a um direito que compromete de preencher a vontade de uma das partes.

Para ser considerado erro, um vício de vontade que compromete a validade do negócio jurídico. O erro deve ser substancial, o que significa que qualquer pessoa, através de uma simples diligência, possa notá-lo.

O exemplo clássico do erro. Quando um pedestre ao notar que há uma enorme outdoor inseridas nele, num terreno baldio, as palavras: VENDE-SE. Após o contato com o vendedor, e finalmente a venda do negócio jurídico, no momento da tradição, o pseudo-comprador, descobre que na verdade a placa se referia ao “ponto comercial” do outdoor, e não ao terreno vazio.

Típico caso de erro, tendo o negócio jurídico, especificamente passível de ação anulatória, ou declaratória de nulidade. Lembrando que no caso apontado é caso para nulidade relativa.

Quando se trata de erro de cálculo, basta uma simples correção para ratificar, não comprometendo totalmente o negócio jurídico em questão.

DOLO

O dolo é a arma dos estelionatários, como dizia a antiga doutrina civilista. Dolo é o artifício ardiloso para enganar alguém, viciando assim a vontade da outra parte no negócio jurídico.

Não pode ser confundido o dolo essencial com o dolo da responsabilidade civil, pois este não está relacionado ao negócio jurídico, não comprometendo sua anulabilidade, ademais, se afetar o negócio jurídico; gera somente o dever em indenizar em perdas e danos. Enquanto que naquele, está relacionada ao negócio jurídico, especificamente a sua causa de celebração, e é passível de anulação.

Tartuce divide o dolo em:

Dolus Bônus: Quando inicialmente é o dolo tolerável, a medida que se passa a pessoa enganadora exagera nos seus efeitos; típico caso de um vendedor ao se empolgar com a

propaganda, acaba prometendo mais atributos do que os que existem de fato.

Dolus malus: Ação maliciosa, visando o prejuízo de outrem no negócio jurídico. O clássico exemplo do vendedor que não repassa a mercadoria prometida.

COAÇÃO

A coação segundo Tartuce é uma pressão moral ou física exercida pelo negociante, visando obrigar a assumir uma obrigação que não lhe interessa.

Através da ameaça, a coação, pode ser relevante em fundado temor de dano iminente, tanto na pessoa envolvida, quanto na família ou nos bens.

Para VENOSA(2010. p, 418). É necessário elencar os requisitos da coação:

1. essencialidade da coação
2. intenção de coagir
3. gravidade do mal cominado
4. injustiça ou ilicitude da cominação
5. dano atual
6. justo receio de prejuízo igual, pelo menos ao decorrente do dano extorquido
7. tal prejuízo deve recair sobre pessoa ou bens do paciente, ou pessoas ou sua família.

Deve existir um critério acerca da aferição, ou avaliação da gravidade da ameaça. Pois se leva em consideração a idade, condição, saúde, temperamento do paciente e as demais circunstâncias que possam influenciar no caso específico.

A coação exercida por terceiro também gera a anulabilidade do negócio, se o negociante beneficiado dela tiver ou devesse ter conhecimento, ambos respondendo solidariamente face ao prejudicada pela perdas e danos.

Por outro lado, segundo o art. 154 do Código Civil pátrio vigente; não constituem coação quando: A ameaça relacionada com o exercício regular de um direito reconhecido, como no caso de ameaça de protesto de um título em cartório, sendo existente e devido a dívida. Ou o mero temor reverencial ou o receio de desgostar de pessoa querida ou a quem se deve obediência. Exemplo: casar com outrem para agradar ou por receio da reação dos familiares.

Entre a coação e o dolo, existe perfeito paralelismo: ambos tendem a diminuir ou subtrair a liberdade de resolução que os homens de boa fé devem assegurar-se nas suas relações: a coação turba diretamente a liberdade de querer, o dolo falseia o intelecto que deve ser guia de vontade.

LESÃO

Ocorre lesão, segundo os termos do art. 157 da atual codificação: “quando uma pessoa, sob premente necessidade ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

Para Maria Helena Diniz: “o instituto da lesão visa proteger o contratante que se encontra em posição de inferioridade, ante o prejuízo por ele sofrido na conclusão de contrato devido à

desproporção existente entre as prestações das duas partes” (2010. p, 399)

Para a caracterização da lesão é necessária a presença de um elemento objetivo (TARTUCE, 2006. p, 388), formado pela desproporção das prestações a gerar uma onerosidade excessiva, um prejuízo a uma das partes: bem como um elemento subjetivo: a premente necessidade ou inexperiência,

Há até jurisprudência no sentido de vulnerabilidade contratual, em que o aderente não possui outra escolha senão aderir forçadamente o conteúdo do negócio não acordado, mas imposto. Nesse caso, pode-se entender que a premente necessidade é presumida (n.290 do CJK/STJ), da *IV Jornada de Direito Civil*.

Ao fazer uma análise histórica; no Direito Romano, ocorria um vício quando já havia desproporção entre as prestações recíprocas, uma das partes recebia menos da metade do valor que se comprometia em entregar. Denota-se então uma grande objetividade por parte dos romanos ao encontro do conceito de lesão.

O conceito da inexperiência, já foi caso de uma grande polêmica doutrinária e jurisprudencial (TARTUCE, 2006. p, 389). Devido ao conceito amplo de *hipossuficiência*, pois no Direito do consumidor pode ser econômica, financeira, política, social ou técnica e que se favorece pela inversão do ônus da prova. Assim, o mesmo conceito de *hipossuficiência* pode ser utilizada tanto no campo da lei consumerista, como na lei civil, no tocante a lesão; afinal, utiliza-se por analogia.

Quando o agente perde a noção do justo e do real, a sua vontade é conduzida a praticar atos que constituem verdadeiros disparates, desequilibrando uma relação jurídica, ao

afetar a vontade de uma das partes. No final, uma vez a parte lesada, gerará uma vantagem manifestamente desproporcional ao proveito resultante da prestação, ou exageradamente exorbitante dentro da sua normalidade.

Nos contratos aleatórios, (VENOSA, 2010. p, 435) – apenas excepcionalmente pode ser tipificada a lesão quando a vantagem obtida é frontalmente superior à Alea do contrato. A lesão tem seu campo de atuação de fato, como modalidade de aplicação de decantada boa-fé objetiva nos contratos sinalagmáticos ou comutativos.

Ao diferir do dolo, basta o agente demonstrar não vontade de prejudicar, mas apenas de se aproveitar da inferioridade da situação em que é colocada a vítima; lucrando desproporcionalmente; desequilibrando uma relação justa.

Ainda que não estudado o estado de perigo; próximo tópico do presente estudo, já vale diferenciá-los, devido ao objeto do dano. No estado de perigo, o dano diz respeito a alguém de sua família, ou a própria pessoa correr perigo de vida. Já o dano na lesão é meramente patrimonial.

ESTADO DE PERIGO

Para Venosa, é possível utilizar os requisitos supramencionados da coação, para caracterizar o estado de perigo. É importante para o julgador ter como critérios a boa-fé objetiva, equidade, lealdade contratual além da função social do contrato para apontar o acontecimento do Estado de Perigo.

Há o clássico exemplo do plano médico; de quando um sujeito de direito se vê na necessidade em internar algum dos seus familiares, entretanto, não está em dia com suas obrigações pecuniárias perante o plano de saúde. No iminente momento, o que

o hospital oferecer de prestação manifestamente desproporcional, para que o sujeito necessitado se comprometa, ele o fará. Pois, diante de um grave, iminente dano, há o perigo da morte do familiar, face a coisificação do ser humano. No estado de perigo, o negociante temeroso de grave dano ou prejuízo acaba celebrando o negócio, mediante uma prestação exorbitante, presente onerosidade excessiva (*elemento objetivo*). Para tal vício esteja presente, é necessário que a outra parte tenha conhecimento da situação de risco que atinge o primeiro *elemento subjetivo* que diferencia o estado de perigo da coação propriamente dita e da lesão.

Para VENOSA, Silvio. É possível utilizar os requisitos supramencionados da coação, para caracterizar o estado de perigo. É importante para o julgador ter como critérios a boa-fé objetiva, equidade, lealdade contratual além da função social do contrato para apontar o acontecimento do Estado de Perigo.

Então, pode-se concluir numa análise fática: o indivíduo está tão refém das circunstâncias, que não possui outra saída ou alternativa viável. Enquanto que na coação o elemento subjetivo é essencial. No estado de perigo, o que importa é o elemento objetivo, isto é, as condições por demais onerosas,

Portanto, desfragmentando o art. 156: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido de necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra, assume obrigação excessivamente onerosa.”, assim encontra-se a seguinte fórmula: situação de necessidade, iminência de dano atual e grave, nexos de causalidade entre manifestação e o perigo do dano, ameaça de dano à pessoa do próprio declarante ou de sua família, conhecimento de perigo pela outra parte e assunção de obrigação excessivamente onerosa. (VENOSA, 2010. p,429)

FRAUDE CONTRA CREDITORES

Não só uma questão privada, mas uma garantia de ordem pública, de segurança jurídica, a certeza de que o credor receberá sua devida e justa prestação do devedor. Trata-se especificamente da garantia patrimonial do credor.

Segundo (VENOSA, 2010. p, 443), houve uma evolução lenta de acordo com a teoria dos atos e negócio jurídico acerca do que se trata dos atos ilícitos. A preocupação em proibir, coibir, desestimular o abuso, considerando a fraude um grande abuso de ordem social; tanto a jurisprudência, como a própria doutrina a fraude é a mais grave ato ilícito, destruidor das relações sociais responsável por danos de vulto e de difícil reparação.

Houve um tempo em que o devedor pagava seu débito com o próprio corpo, de acordo com a evolução histórica da sociedade ocidental; deixou-se de punir o devedor, mas o seu patrimônio.

Na fraude, há o intuito de prejudicar terceiros ou burlar a lei. Sendo assim, encontra-se a má-fé guardada na fraude..Uma vez que, ao menos, inicialmente, a fraude decorre da prática de atos legais, entretanto, tem por finalidade prejudicar terceiros.

Há um notável instrumento processual, chamado de *ação pauliana*, tendo a natureza declaratória de ineficácia do negócio jurídico face dos credores, e não necessariamente desconstitutiva. Caso o devedor, depois de proferida a sentença, conseguir levantar numerário suficiente e pagar todos eles, o ato de alienação subsistirá, visto não existirem mais credores.

Das soluções da *ação pauliana* são:

Ou restituição do objeto invalidando o negócio jurídico, comprometendo o patrimônio do devedor aproveitando

indistintamente a invalidação de todos os atos. Ou restituição do objeto do ato invalidado ao patrimônio do devedor, aproveitando somente aos credores do ato. Ou aproveitar a invalidação aos que apenas provocaram.

Apesar do instrumento da ação pauliana. Não se ignora a ação anulatória, com a finalidade em anular o ato jurídico, nas hipóteses do art. 158 do CC; remissão ou perdão de dívida, caso caracterizado o ato fraudulento toda vez que o devedor estiver insolvente ou beirando a insolvência.

Portanto, qualquer ato praticado pelo devedor, já insolvente ou por esse ato levado à insolvência com prejuízo de seus credores.

Tendo a fraude contra credores três requisitos: tipificação da fraude como anterioridade do crédito, o *consilium fraudilis* e o *eventus dammi*.(VENOSA. 2010. p, 450)

Na fraude contra credores (TARTUCE. 2006. p, 392) em regra, o elemento objetivo é formado pela atuação prejudicial do devedor e de terceiro, bem como no elemento subjetivo, volitivo, a intenção de prejudicar os credores do primeiro.

É interessante a seguinte advertência: é necessária o julgador ter um sensível critério ao julgar se deparar com determinado caso, pois o caso concreto e suas circunstâncias vão determinar a conclusão da fraude. Sempre visando a notoriedade da insolvência do devedor.

Não é possível confundir a fraude contra credores com a fraude na execução; enquanto que na fraude contra credores é genuinamente um instituto do Direito Civil, ademais, o devedor possui várias obrigações com seus credores, assim como há os requisitos da vontade de fraudar e o prejuízo ao credor, nessa fase,

há necessidade da ação pauliana, ou revocatória, tendo a sentença da fraude contra credores natureza de constitutiva negativa.

Já na fraude na execução é instituída pelo código de processo civil originalmente, sendo assim, o executado já foi devidamente citado, já situado no processo e nas circunstâncias da execução. Atualmente, o reconhecimento da fraude à execução depende do registro do nome da penhora ao bem alienado. Não há, de antemão, necessidade da ação pauliana, o reconhecimento da fraude perante o judiciário pode se dar tão somente com um simples requerimento, e finalmente a sentença tem natureza declaratória, diferente da fraude contra credores.

SIMULAÇÃO

É interessante a seguinte advertência: é necessária o julgador ter um sensível critério ao julgar se deparar com determinado caso, pois o caso concreto e suas circunstâncias vão determinar a conclusão da fraude. Sempre visando a notoriedade da insolvência do devedor.

É vital que na simulação há uma discrepância entre a vontade declarada ou manifestada da vontade interna. Pois na simulação as duas partes estão combinadas e objetivam iludir terceiros. Sem dúvida, há um vício de repercussão social, não tanto equiparável à fraude contra credores, mas gera uma nulidade absoluta. Isso significa que o juiz deve reconhecer de ofício, e tal ato jurídico já nasceu inválido.

Tarturce classifica duas espécies de simulação: *absoluta* – na aparência é apenas um negócio, mas na essência a parte não deseja negócio algum. *Erelativa* – quando há uma celebração de um negócio por aparência, almejando outro a finalidade benéfica de outro negócio jurídico.

Enquanto que VENOSA, (2010. p, 524) classifica a simulação como maliciosa ou inocente. Naquela, existe intenção de prejudicar por meio de processo simulatório. Nesta, é uma simulação que pode ser tolerada por não trazer prejuízos a priori.

É importante considerar a reserva mental, pois não se confunde declaração de vontade, com a vontade propriamente dita; assim, a reserva mental é a vontade propriamente dita, operando da seguinte forma; se a outra parte dela não tem conhecimento, o negócio é válido. Se a outra parte conhece a reserva mental, o negócio é nulo, pois o instituto é similar da simulação (VENOSA, 2006. p, 405):

Diz que há uma simulação, quando o ato existe apenas aparentemente sob a forma em que o agente faz entrar nas relações da vida. É um ato fictício, que encobre e disfarça uma declaração real da vontade, ou que simula a existência de uma declaração que se não fez. É uma declaração enganosa de vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado.

Os requisitos para a simulação podem ser encontrados entre a declaração de vontade e a intenção da vontade. Ou seja, é através desse limiar que é possível encontrar o vício social da simulação.

José Calor Moreira Alves (2003, p. 118) ao comentar a guinada de posição e analisando o código civil anterior ao atual:

Ao disciplinar a simulação, apartou-se o projeto inteiramente do sistema observado pelo Código Vigente. A simulação, seja relativa, seja

absoluta, acarreta a nulidade do negócio simulado. Se relativa, subsistirá o negócio dissimulado, se válido for na sua substância e na forma. Não mais se distingue a simulação inocente da fraudulenta; ambas conduzem ao mesmo resultado: nulidade do negócio simulado, e subsistência do dissimulado se for o caso. Essa, aliás a consequência – segundo a melhor doutrina – que resulta do art. 103 do Código em vigor (Código de 1916), que não se considera defeito a simulação inocente.”

Uma importante ressalva: a prova da simulação são limitados a todos os meios legais são hábeis para provar a verdade dos fatos que se funda a ação ou a defesa. Então, há uma ampla possibilidade de o juiz valer-se dos indícios para pesquisar a simulação. A presunção também outro meio de prova útil no caso, presunção no sentido de ilação que o julgador absolve de um fato conhecido para chegar a um desconhecido (VENOSA. 2010, p. 535)

Ademais; o julgador não pode se valer dos autos, mas considerar a relação que os possíveis simuladores possuem com o meio social: os antecedentes, a personalidade, os atos praticados pela falta de possibilidade financeira do adquirente; preço vil na transferência, entre outras coisas.

Referências:

ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro). São Paulo: Saraiva, 2003.
TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2006.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

O PROJETO DE LEI Nº 4.148/2008 E O FIM DA ROTULAGEM IDENTIFICATÓRIA EM ALIMENTOS TRANSGÊNICOS: A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL¹

Resumo: O objetivo do presente está assentado em analisar o Projeto de Lei nº 4.148/2008 que coloca fim na obrigatoriedade da rotulagem em alimentos transgênicos e a violação ao princípio da informação. É indiscutível o relevo que reveste o Direito do Consumidor, sendo considerada, inclusive, como irrecusável importância jurídica, econômica e política, sendo dotado de caráter absolutamente inovador, eis que elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental, atribuindo-lhe a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica. A metodologia empregada consiste na utilização do método hipotético-dedutivo, valendo-se de revisão bibliográfica e análise de situações concretas.

Palavras-Chave: Direito do Consumidor; Alimentos Transgênicos; Princípio da Informação

1 COMENTÁRIOS INTRODUTÓRIOS

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a

¹ Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”* (VERDAN, 2009, s.p.). Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades

que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”(BRASIL, 2009, s.p.). Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán (2009, s.p.) “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”. Destarte, a partir de uma análise, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 A VALORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS: A INFLUÊNCIA DO PÓS-POSITIVISMO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Tendo como pilares de apoio as lições apresentadas por Marquesi (2004, s.p.) que, com substancial pertinência, dicciona que os postulados e dogmas se afiguram como a gênese, o ponto de partida ou mesmo o primeiro momento da

existência de algo. Nesta trilha, há que se gizar, com bastante ênfase, que os princípios se apresentam como verdades fundamentais, que suportam ou asseguram a certeza de uma gama de juízos e valores que norteiam as aplicações das normas diante da situação concreta, adequando o texto frio, abstrato e genérico às nuances e particularidades apresentadas pela interação do ser humano. Objetiva, por conseguinte, com a valoração dos princípios vedar a exacerbação errônea do texto da lei, conferindo-lhe dinamicidade ao apreciar as questões colocadas em análise.

Com supedâneo em tais ideários, salientar se faz patente que os dogmas, valorados pelas linhas do pós-positivismo, são responsáveis por fundar o Ordenamento Jurídico e atuar como normas vinculantes, verdadeiras flâmulas desfraldadas na interpretação do Ordenamento Jurídico. Desta sorte, insta obtemperar que *“conhecê-los é penetrar o âmago da realidade jurídica. Toda sociedade politicamente organizada baseia-se numa tábua principiológica, que varia segundo se altera e evolui a cultura e modo de pensar”* (MARQUESI, 2004, s.p.). Ao lado disso, em razão do aspecto essencial que apresentam, os preceitos podem variar, de maneira robusta, adequando-se a realidade vigente em cada Estado, ou seja, os corolários são resultantes dos anseios sagrados em cada população. Entrementes, o que assegura a característica fundante dos axiomas é o fato serem *“galgados à condição de cânone escrito pelos representantes da nação ou de regra costumeira à qual democraticamente aderiu o povo”* (MARQUESI, 2004, s.p.).

Nesta linha de exposição, os dogmas que são salvaguardados pela Ciência Jurídica passam a ser erigidos à condição de elementos que compreendem em seu bojo oferta de uma abrangência mais versátil, contemplando, de maneira singular, as múltiplas espécies normativas que integram o ordenamento pátrio. Ao lado do apresentado, há que se evidenciar que tais mandamentos passam a figurar como

super-normas, isto é, *“preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo”* (VERDAN, 2009, s.p.). Os corolários passam a figurar como verdadeiros pilares sobre os quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar (2005, s.p.). Com efeito, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que integram o ramo Consumerista da Ciência Jurídica, em especial devido à proteção dispensada pelo Ordenamento Pátrio aos consumidores, em razão da vulnerabilidade desses.

Salta aos olhos, desta sorte, o relevo indiscutível que reveste o Direito do Consumidor, sendo considerada, inclusive, como irrecusável importância jurídica, econômica e política, sendo dotado de caráter absolutamente inovador, eis que elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental, atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica. Verifica-se, portanto, que com as inovações apresentadas no Texto Constitucional erigiram os consumidores como detentores de direitos constitucionais fundamentais, conjugado, de maneira robusta, com o relevante propósito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias e a salvaguardar as disposições entalhadas na Carta de 1988.

Em decorrência de tais lições, destacar é crucial que o Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado a partir de uma luz emanada pelos valores de maciça relevância para a Constituição Federal de 1988. Isto é, cabe ao Arquiteto do Direito observar, de forma imperiosa, a tábua principiológica, considerada como essencial e exaltada como fundamental dentro da Carta Magna do Estado Brasileiro, ao aplicar a legislação abstrata ao caso concreto. A exemplo de tal afirmativa é possível citar tábua principiológica que orienta a interpretação das normas atinentes à Legislação Consumerista. Com o alicerce no pontuado, salta aos olhos a necessidade de desnudar tal assunto, com o intento de afastar qualquer

possível desmistificação, com o fito primordial de substancializar um entendimento mais robusto acerca do tema.

3 OS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR: O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE COMO CARACTERIZADOR DO CONSUMIDOR

In primo locu, os denominados princípios informativos são considerados como o manancial das proposições diretoras as quais todo o desenvolvimento posterior é subordinado. Afiguram-se, com destaque, como verdadeiras fontes robustas que dão corpo ao próprio fundamento das normas jurídicas ou, ainda, como um vetor que informa o conteúdo da norma jurídica, hasteando pavilhão que orienta o legislador na confecção dos diplomas legais e o julgador na sua aplicação. Com efeito, a proteção estatal ao consumidor, quer seja enquanto figura dotada de direito fundamental que foi positivada no próprio texto da Lei Maior, quer seja como mola propulsora da formulação e execução de políticas públicas, como também do exercício das atividades econômicas em geral. Ao lado disso, cuida anotar que a Carta Política conferiu ao direito do consumidor essência de meio instrumental direcionado como princípio constitucional impositivo a neutralizar o abuso do poder econômico perpetrado em detrimento das pessoas e de seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa.

Ademais, deve-se salientar que os princípios informativos têm o fito de dar concreção e significado a tais proclamações contidas no Texto Constitucional, pode- evidenciar que a Constituição Cidadã instaurou um estado de comunhão solidária entre as diversas esferas políticas, que integram a estrutura institucional da Federação brasileira, agrupando-as em torno de um fito comum,

banhado do mais elevado sentido social. Além disso, os direitos do consumidor, conquanto despidos de caráter absoluto, qualificam-se, porém, como valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório, manifestando-se, por vezes, através dos princípios informativos, visando compor situações de antagonismos oriundos das relações de consumo que se processam, na esfera da vida social, de modo tão desigual, caracterizado corriqueiramente pela conflituosidade, opondo, por extensão, fornecedores e produtores, de um lado, a consumidores, do outro. No mais, o reconhecimento dos princípios informativos, em matéria consumerista, traduz em verdadeira prerrogativa fundamental do cidadão, estando inerente à própria acepção do Estado Democrático e Social de Direito, motivo pelo qual cabe a toda coletividade extrair, dos direitos assegurados ao consumidor, a sua máxima eficácia.

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 determinou, de maneira expressa, a proteção do consumidor e a elevou a categoria de direito fundamental e princípio a ser obedecido no referente à estabilidade da ordem econômica, conforme se depreende da redação dos artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V. O artigo 5º do Texto Constitucional, ao estabelecer que o Estado deve promover a defesa do consumidor, com clareza solar, assegura ao cidadão essa proteção como um direito fundamental, implicitamente, reconheceu a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo. Foi, justamente, no princípio da vulnerabilidade do consumidor que o movimento consumerista se baseou para chegar a atual legislação protetora, tendo sido, inclusive, expressamente burilado no inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor. Como bem acentua Almeida (2009, p. 17), o reconhecimento da vulnerabilidade *“é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o qual se assenta toda a linha filosófica do movimento”*.

O dogma em comento considera o consumidor a parte mais fraca da relação de consumo, uma vez que o consumidor se submete ao poder de quem dispõe o controle sobre bens de produção para satisfazer suas necessidades de consumo. Em outras palavras, o consumidor se submete às condições que lhes são impostas no mercado de consumo. A figura da vulnerabilidade, outrossim, para fins de aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, tanto pode ser a econômica, a jurídica, a social, a técnica e outras mais. Neste sentido, oportunamente, colaciona-se o entendimento jurisprudencial construído pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai:

Ementa: Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. - Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. - Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica. - Nesta hipótese esta justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/REsp 1080719/MG/ Relatora Ministra Nancy Andrighi/Julgado em 10.02.2009/ Publicado no DJe em 17.08.2009)

Nessa esteira, Cláudia Lima Marques (2002, p. 370-373) obtempera acerca da existência de três espécies de vulnerabilidade, a saber: técnica, na qual o consumidor não é detentor do conhecimento específicos a respeito do objeto que

está adquirindo, sendo, em decorrência disso, suscetível de ser enganado mais facilmente, no que tange às características ou, ainda, quanto à unidade do bem ou do serviço prestado. A segunda espécie de vulnerabilidade é a jurídica ou científica, cujo aspecto característico está arrimado na ausência de conhecimento jurídica específicos, de contabilidade ou mesmo de economia. Ademais, a terceira espécie de vulnerabilidade é denominada de fática ou socioeconômica, atrelada à posição de monopólio, fático ou jurídico, por meio do qual o fornecedor, que em razão de sua posição de monopólio, fático ou jurídico, abalizado em seu grande poder econômico ou mesmo em decorrência da essencialidade do serviço, impõe a sua superioridade a todos que contratam com ele.

Nessa senda, ainda, cuida salientar que a concepção estruturante da vulnerabilidade técnica é presumida para o consumidor não-profissional, como também pode ser estendido, de forma excepcional, ao profissional, destinatário fático do bem ou do serviço. Ao lado do expandido, a vulnerabilidade jurídica, conquanto seja presumida para o consumidor não-profissional e para o consumidor pessoa natural, *“para os profissionais e para as pessoas jurídicas, vale a presunção em sentido contrário, presume-se que possuem conhecimentos jurídicos e econômicos mínimos, ou que possam consultar advogados e profissionais”* (CARVALHO, 2008, p. 08), antes de firmarem a obrigação. No que concerne à vulnerabilidade fática, há que se frisar, com cores quentes, que subsiste uma presunção em favor do consumidor não-profissional, entretanto, tal conjectura não prospera em relação ao consumidor profissional e para o consumidor pessoa jurídica.

Importante ressaltar ainda que a doutrina tem convergido no sentido de que há a possibilidade de a pessoa jurídica, mesmo não sendo a destinatária final do produto ou serviço adquirido, receber a proteção das normas inseridas no Código de Defesa do Consumidor quando provar, na concretude do caso, a sua

situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor. Com efeito, é possível elencar a vulnerabilidade técnica, isto é, ausência de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço adquirido, podendo, em função disso, ser mais facilmente iludido. Já a vulnerabilidade jurídica é materializada em decorrência da ausência de conhecimentos jurídicos que o auxiliariam a melhor portar-se na relação negocial. No mais, a vulnerabilidade fática está alicerçada na situação de desvantagem real, seja pelo grande poderio do fornecedor, sua situação econômica, seja pela essencialidade do bem, do qual necessita, impreterivelmente, o consumidor. Por derradeiro, a vulnerabilidade informacional é aquela que decorre da especial importância das informações recíprocas prestadas no bojo das relações negociais, que, em regra, revelam-se deficitárias quanto ao consumidor. Colhe-se o seguinte precedente jurisprudencial, proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, o qual acena no seguinte sentido:

Ementa: Agravo Interno na Apelação Cível – Preliminar de não conhecimento do recurso em razão da ausência de dialeticidade - Rejeitada – Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade – Critério do Consumidor Final – Recurso a que se nega provimento. [...] 2- A priori, não somente as pessoas físicas, como também as jurídicas, podem figurar como consumidoras em uma relação comercial e, portanto, desfrutar da proteção regulamentada pela lei 8078/90, devendo o intérprete, ao proceder a tal identificação, atentar-se à dicção do artigo 2º do mencionado diploma, que nos mostra como aspecto caracterizador de consumidor a sua posição como destinatário final do objeto negocial. 3- Deste modo, tem-se que para que o consumidor seja considerado destinatário econômico final, o produto ou o serviço não pode guardar qualquer relação, direta ou indireta, com a atividade econômica por ele exercida, devendo, assim, ser utilizado para o atendimento de uma necessidade própria, pessoal do consumidor, o que não fora demonstrado no caso em comento. 5- Importante ressaltar ainda que a doutrina tem convergido no sentido de que há

a possibilidade de a pessoa jurídica, mesmo não sendo a destinatária final do produto ou serviço adquirido, receber a proteção das normas inseridas no CDC quando provar, no concretude do caso, a sua situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor. 5- Assim, percebe-se que a agravante não demonstrou a existência do estado de vulnerabilidade que pudesse ensejar à aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 6- Recurso a que se rejeita a preliminar e no mérito, nega-se provimento. (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – Quarta Câmara Cível/ Agravo Interno - (Arts. 557/527, II CPC) em Apelação Cível Nº. 24070327713/ Relator: Desembargador Maurílio de Almeida de Abreu/ Julgado em 17 ago. 2010/ Publicado em 05 out. 2010)

Mister faz-se aduzir que não há que confundir a vulnerabilidade, enquanto princípio orientador para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com a denominada hipossuficiência econômica ou técnica da parte autora, eis que, em razão do corolários emanados pelo aludido dogma, nem todo consumidor deverá ser coberto pelo véu da hipossuficiência, mesmo sendo sempre vulnerável. *Plus ultra*, dado ao aspecto geral da vulnerabilidade, verifica-se que as flâmulas por ela hasteadas defluiu da simples situação de consumidor, ao passo que a hipossuficiência, ao reverso, reclama a presença de condições pessoais e relativas a cada consumidor, devendo-se, por extensão, confrontá-las com as condições pessoais do respectivo fornecedor.

Com efeito, a vulnerabilidade se reveste de presunção, quando o consumidor for pessoa natural, enquanto a vulnerabilidade da pessoa deve ser demonstrada e será aferida, quando o magistrado analisar a situação concreta trazida a Juízo. Ao lado disso, acinzele-se que a hipossuficiência reclama um exame acurado, analisando cada caso, já a vulnerabilidade do consumidor é inerente à sua própria condição. No mais, o princípio em estudo é traço universal de todos os consumidores, independente de sua condição econômica ou grau de instrução, motivo pelo qual seu ponto de escora está alicerçada na ausência de conhecimento técnico para a elaboração do produto ou para a prestação do serviço.

4 OS PRINCÍPIOS DA INFORMAÇÃO E DA TRANSPARÊNCIA COMO PROEMINENTES BASTIÕES ORIENTADORES DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Calha rememorar que o direito à informação se apresenta como o mais básico dos direitos do consumidor, configurando-se como verdadeiro dever-direito. Ao lado disso, cuida salientar que informação consiste no ato de comunicar, compartilhar o que se tem conhecimento de boa-fé, cooperando, assim com o outro. Como dever, a informação é motivada, em juízo ético-político-jurídico, de um lado pela própria competência técnica ou profissional do fornecedor, de outro pela inexperiência ou incapacidade do consumidor de se informar. Ao lado do exposto, a proeminência do dever-direito de informação é decorrente dos diversos atribuições e funções que desempenha, tanto no que tange à sustentação do modelo capitalista do livre mercado, substancializado notadamente na proteção da concorrência, assim como na viabilização de vários outros direitos relativos ao consumidor, como, por exemplo, o acesso à justiça.

Ao lado disso, insta aduzir que a informação, como integrante da extensa rubrica de princípios orientadores do Direito do Consumidor, apresente como axioma maciço a educação e a harmonia de fornecedor e consumidores, no que se referencia aos seus direitos e deveres, com o escopo de promover a melhoria do mercado de consumo. Neste sentido, com clara dicção, o artigo 4º, inciso IV, da Legislação Consumerista, ao dispor sobre os preceitos contidos na Política Nacional de Defesa do Consumidor, espanca, dentre o rol de princípios inspiradores, a *“educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”* (BRASIL, 1990, s.p.). Destarte, salta aos olhos que a informação, neste sedimento, se apresenta como postulado da liberdade, eis que inexiste plena liberdade sem acesso à informação.

Afora isso, impõe o reconhecimento que a informação é a pedra de sustento que viabiliza a utilização, por parte dos consumidores, dos produtos comercializados com ampla segurança e de modo satisfatório aos interesses acalentados. Neste almiré, tão somente os consumidores bem informados conseguem, de fato, usufruir, de maneira integral dos benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, assim como proteger-se de maneira adequada dos riscos apresentados. A proteção contra riscos materializa a obrigação de informar decorre dos ideários fundantes da obrigação de segurança que, contemporaneamente, por força das imposições legais, são colocados como premissas para o exercício de qualquer atividade profissional no mercado de consumo, assumindo verdadeira natureza autônoma. Ademais, há que se anotar que a informação é elemento preponderante ao fomento da concorrência, porquanto, em sendo os consumidores bem informados, poderão adquirir produtos e serviços, de maneira mais consciente, ou mesmo evitando a sua aquisição.

No que tange ao cânon da transparência, de modo geral, impende salientar que tal dogma tem como fértil sedimento a clareza qualitativa e quantitativa da informação que incumbe, de maneira recíproca, às partes conceder, nas relações jurídicas. Tal escopo, acresça-se, só será alcançado a partir da adoção de medidas que impliquem no fornecimento de informações verdadeiros, objetivas e precisas ao consumidor, assim como ao fornecedor, por parte do destinatário final do produto e serviço. *“Visa, também, proteger o consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços”* (CARVALHO, 2008, p. 10). Trata-se de instrumento apto a robustecer a concepção de reequilíbrio das forças na relação de consumo, maiormente na conclusão de contratos de consumo, estabelecidos na Legislação Consumerista, como modo de alcançar a ambicionada justiça contratual. No mais, como já se decidiu no Superior

Tribunal de Justiça, a inobservância do axioma em destaque acarreta em sanção, pois configura como verdadeiro ilícito administrativo, devendo, portanto, o Ente Estatal, no uso de seu poder de polícia, coibir tais práticas atentatórias. Ao lado disso, colhe-se o seguinte aresto:

Ementa: Administrativo – Regulação – Poder de Polícia Administrativa – Fiscalização de Relação de Consumo – INMETRO – Competência relacionada a aspectos de conformidade e metrologia – Deveres de Informação e de Transparência Quantitativa – Violação – Autuação – Ilícito Administrativo de Consumo – Responsabilidade Solidária dos Fornecedores – Possibilidade. 1. A Constituição Federal/88 elegeu a defesa do consumidor como fundamento da ordem econômica pátria, inciso V do art. 170, possibilitando, assim, a criação de autarquias regulatórias como o INMETRO, com competência fiscalizatória das relações de consumo sob aspectos de conformidade e metrologia. 2. As violações a deveres de informação e de transparência quantitativa representam também ilícitos administrativos de consumo que podem ser sancionados pela autarquia em tela. 3. A responsabilidade civil nos ilícitos administrativos de consumo tem a mesma natureza ontológica da responsabilidade civil na relação jurídica base de consumo. Logo, é, por disposição legal, solidária. 4. O argumento do comerciante de que não fabricou o produto e de que o fabricante foi identificado não afasta a sua responsabilidade administrativa, pois não incide, in casu, o § 5º do art. 18 do CDC. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/REsp 1118302/SC/ Relator Ministro Humberto Martins/ Julgado em 01.10.2009/ Publicado no DJe em 14.10.2009)

Averbe-se, por necessário, que o princípio da transparência desfralda como pavilhão a obrigação do fornecedor de informar, de maneira prévia, o consumidor, assentando-se em conteúdo claro e correto, como, por exemplo, a

respeito das qualidades do produto, da quantidade, aspectos característicos, composição e preço. Com espeque no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que em sendo o contrato redigido de maneira a acarretar dificuldade a compreensão de seu sentido e alcance, a avença será tida como inexistente, demonstrando, via de consequência, a atenção dispensada pelo legislador ao preceito em comento.

5 ALIMENTOS TRANSGÊNICOS: UMA TEMA DE INCERTEZAS NO FUTURO

Nas últimas décadas, o desenvolver-se e o emprego dos organismos geneticamente modificados, ou simplesmente transgênicos, em larga escala na agricultura têm se amparado sob três principais argumentos: a preservação do meio ambiente, o aumento da produção para combater a fome e a redução dos custos de produção. Organizações governamentais e intergovernamentais têm planejado estratégias e protocolos para o estudo da segurança de alimentos derivados de cultivos geneticamente modificados. É nessa linha que verificasse a necessidade de alertar os cidadãos sobre as “verdades científicas” veiculadas nas mídias ou nos discursos políticos sociais. Ribeiro e Marin discutem que:

Ainda hoje, pesquisas e estudos que envolvem os potenciais riscos ao consumo humano de AGM ainda são muito restritos. No entanto, existem estudos sobre o efeito da ingestão de soja Roundup Ready em ratos, que demonstraram em análises ultraestruturais e imunocitoquímica, alterações em células acinares do pâncreas (redução de fatores de "splicing" do núcleo e do nucléolo e acúmulo de grânulos de pericromatina); em testículos (aumento do número de grânulos de

pericromatina, diminuição da densidade de poros nucleares e alargamento do retículo endoplasmático liso das células de Sertoli), havendo a possibilidade de tais efeitos estarem relacionados ao acúmulo de herbicida presente na soja resistente, além de alterações em hepatócitos (modificações na forma do núcleo, aumento do número de poros na membrana nuclear, alterações na forma arredondada do nucléolo, indicando aumento do metabolismo) sendo potencialmente reversíveis neste último grupo de células (RIBEIRO; MARIN, 2012, p.362).

De maneira feliz, a posse das discussões sobre a ciências, ética e meio ambiente não pertence mais unicamente aos adeptos do desenvolvimento científico e tecnológico. Não obstante, as controvérsias científicas sempre fizeram parte da cultura da ciência. Já na década de 1950, Jacques Ellul, filósofo francês, abordava essa discussão (Le système technicien, Paris: Calman-Levy, 1977):

Mais o progresso técnico cresce, mais aumenta a soma de efeitos imprevisíveis. Certos progressos técnicos criam incertezas permanentes e em longo prazo [...] Processos irreversíveis foram já implementados, particularmente no campo do meio ambiente e da saúde. Os problemas ambientais são exemplares. Criados pelo desenvolvimento tecnológico desenfreado e irrefletido, necessitam sempre de novos instrumentos e técnicas para resolvê-los. Os problemas de saúde pública ou de segurança alimentar são sistematicamente reformulados de modo que possam receber soluções técnicas ao invés de soluções políticas (ZANONI; FERMENT. 2011, p. 14).

A temática dos transgênicos cobre um conjunto de domínios e aspectos sociais, econômicos culturais e ambientais. A grande questão que vem sendo

levantada é o quão seguras são essas tecnologias, se elas estão de acordo com o Guia Internacional para Segurança em Biotecnologia(IGSB) aceito pelo Programa Ambiental das Nações Unidas (MOSS, 2008, s.p.). Ultimamente, os assuntos dos adeptos do princípio da precaução forçam os governos de muitos países incluindo o Brasil, a modificar suas políticas e desistir da produção de variedades geneticamente modificadas. Assegura Rubens Onofre Nodari (2003) sobre o assunto, que os testes de segurança são conduzidos caso a caso e modelados para as características específicas das culturas modificadas e as mudanças introduzidas através da modificação genética. Todavia o mesmo autor salienta que o maior problema na análise de risco de organismos geneticamente modificados, é que seus efeitos não podem ser previstos na sua totalidade. Os riscos à saúde humana incluem aqueles inesperados, alergias, toxicidade intolerância. No ambiente, as consequências são a transferência lateral (horizontal) de genes, a poluição genética e os efeitos prejudiciais aos organismos não alvos.

Estudos elaborados por Costa (2007) apontam que, todos os fenômenos e eventos indesejáveis resultantes do crescimento e consumo dos organismos geneticamente modificados podem ser classificados em três grupos de risco: alimentares, ecológicos e agrotecnológicos. Os riscos alimentares compreendem: a) efeitos imediatos de proteínas tóxicas ou alergênicas do OGM; b) riscos causados por efeitos pleiotrópicos das proteínas transgênicas no metabolismo da planta; c) riscos mediados pela acumulação de herbicidas e seus metabólitos nas variedades e espécies resistentes; d) risco de transferência horizontal das construções transgênicas, para o genoma de bactérias simbióticas tanto de humanos quanto de animais. Os riscos ecológicos abarcam: a) erosão da diversidade das variedades de culturas em razão da ampla introdução de plantas GM derivadas de um grupo limitado de variedades parentais; b) transferência não controlada de construções, especialmente daquelas que conferem resistência a pesticidas e pragas e doenças, em razão da polinização cruzada com plantas selvagens de ancestrais e espécies

relacionadas. Os possíveis resultados são o declínio na biodiversidade das formas selvagens do ancestral; c) risco de transferência horizontal não controlada das construções para a microbiota da rizosfera; d) efeitos adversos na biodiversidade em razão de proteínas transgênicas tóxicas, afetando insetos não alvos, assim como a microbiota do solo, rompendo desta forma a cadeia trófica; e) risco de rápido desenvolvimento de resistência às toxinas implantadas no transgênico por insetos fitófagos, bactérias, fungos e outras pragas devido à pesada pressão seletiva; f) riscos de cepas altamente patogênicas de fitovírus emergirem em razão da interação do vírus com a construção transgênica que é instável no genoma dos organismos receptores e, portanto, são alvos mais prováveis para recombinação com DNA viral.



Figura 01. Alimentos transgênicos. Disponível em: <<http://www.minhaescolaweb.com.br>>. Acesso em 10 ago. 2015.

No que compete aos riscos agrotecnológicos, é possível explicitar: a) riscos de mudanças imprevisíveis em propriedades e características não alvo das variedades GM e em razão dos efeitos pleiotrópicos de um gene introduzido; b) riscos de mudanças transferidas nas propriedades de variedade GM que deveriam emergir depois de muitas gerações em razão da adaptação do novo gene ao genoma, com manifestação da nova propriedade pleiotrópica e as mudanças já citadas; c) Perda da eficiência do transgênico resistente a pragas em razão do cultivo extensivo das variedades GM por muitos anos; d) possível manipulação da produção de sementes pelos donos da tecnologia “terminator”. Entretanto, observa-se que a preocupação com a produção e utilização dos OGM por sua vez, e a combinação de riscos complexos e incertos com a existência de vulnerabilidades sociais e ambientais, torna ainda mais explosiva a necessidade da dialética entre produção-destruição inerente aos atuais modelos de desenvolvimento econômico e tecnológicos.

6 O PROJETO DE LEI Nº 4.148/2008 E O FIM DA ROTULAGEM IDENTIFICATÓRIA EM ALIMENTOS TRANSGÊNICOS: A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Inicialmente, cuida reconhecer que o nascimento de um forte direito à informação é corolário de todas essas normas relacionadas à função social e à boa-fé, por intermédio das quais a liberdade de contratar assume novel feição, uma vez que a lei, detentora de preponderante papel nessa nova realidade, impõe a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: desde o momento pré-contratual, passando pela formação e execução do contrato, e até mesmo o momento pós-contratual. Ao lado disso, insta aduzir que a informação, como integrante da extensa rubrica de princípios orientadores do Direito do Consumidor,

apresente como axioma maciço a educação e a harmonia de fornecedor e consumidores, no que se referencia aos seus direitos e deveres, com o escopo de promover a melhoria do mercado de consumo. Neste sentido, com clara dicção, o artigo 4º, inciso IV, da Legislação Consumerista, ao dispor sobre os preceitos contidos na Política Nacional de Defesa do Consumidor, espanca, dentre o rol de princípios inspiradores, a *“educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”* (CARVALHO, 2008, p. 10).

Destarte, salta aos olhos que a informação, neste sedimento, se apresenta como postulado da liberdade, eis que inexiste plena liberdade sem acesso à informação. O direito à informação, enquanto integrante da robusta coluna principiológica de sustentação do Direito do Consumidor, visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Afora isso, impõe o reconhecimento que a informação é a pedra de sustento que viabiliza a utilização, por parte dos consumidores, dos produtos comercializados com ampla segurança e de modo satisfatório aos interesses acalentados.

Conquanto seja um direito básico do consumidor, e uma decorrência do princípio da transparência, a informação ao consumidor assume posição relevante para instrumentalizar sua defesa. É obrigação do fornecedor informar ao consumidor todos os dados acerca dos produtos e serviços, como quantidade, riscos, características, composição, data de validade, qualidade e preço, para que o consumidor possa exercer livre e conscientemente sua escolha (CDC, art. 6º, III, c/c os arts. 8º, 9º e 10). Entre o direito do consumidor e a obrigação do fornecedor intercala-se o dever do Estado de exigir e

fiscalizar que essa informação seja efetivamente procedida e da forma adequada. Só assim estará implementado o direito e assegurado o cumprimento da obrigação. (ALMEIDA, 2009, p. 62).

Neste almiré, tão somente os consumidores bem informados conseguem, de fato, usufruir, de maneira integral dos benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, assim como proteger-se de maneira adequada dos riscos apresentados. A proteção contra riscos decorre dos ideários fundantes da obrigação de segurança que, contemporaneamente, por força das imposições legais, são colocados como premissas para o exercício de qualquer atividade profissional no mercado de consumo, assumindo verdadeira natureza autônoma. Ademais, há que se anotar que a informação é elemento preponderante ao fomento da concorrência, porquanto, em sendo os consumidores bem informados, poderão adquirir produtos e serviços, de maneira mais consciente ou mesmo evitando a sua aquisição, sendo que o corolário em comento se apresenta como axioma que fomenta a conscientização do consumidor. À sombra do expandido, o direito à informação, consagrado na Legislação Consumerista, está indissociavelmente atrelado aos elementos essenciais para que o consumidor manifeste seu consentimento, de maneira esclarecida e ciente.

Dessa sorte, a informação deve guardar relevância para o uso do produto, para a sua aquisição, para a segurança. No mais, a informação tem como fito: (i) a conscientização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito; (ii) possibilidade de averiguação, em consonância com os critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço; (iii) diversificação de oportunidades para comparar os múltiplos produtos; (iv) conhecimento dos entendimentos jurídicos

subjetivos próprios e alheios que se manifestam na contextualidade das séries infindáveis de situações de consumo; (v) celeridade e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora ou decisória, de conflitos de mercado de consumo.

Neste cenário, o Projeto de Lei nº 4.148, de 16 de outubro de 2008, já aprovado na Câmara dos Deputados Federais e pendente de votação no Senado Federal, representa verdadeiro retrocesso aos direitos contidos na legislação consumerista, eis que ofende o princípio da informação, suprimindo a imprescindibilidade do ícone identificador dos alimentos transgênicos na rotulagem dos produtos. O texto disciplina as informações que devem constar nas embalagens para informar sobre a presença de ingredientes transgênicos nos alimentos. Na prática, o projeto em análise revoga o Decreto 4.680/03, que já regulamenta a temática. Em consonância com o texto aprovado pela Câmara dos Deputados, nos rótulos de embalagens para consumo final de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal deverá ser informada ao consumidor a presença de elementos transgênicos em índice superior a 1% de sua composição final, se detectada em análise específica. Com destaque, a alteração pretendida pelo projeto de lei em comento possui como redação final, quando da aprovação na Câmara dos Deputados, o seguinte conteúdo:

Art. 40. Os rótulos dos alimentos e dos ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, oferecidos em embalagem de consumo final, que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados com presença superior a 1% (um por cento) de sua composição final, detectada em análise específica, conforme regulamento, deverão informar ao consumidor a natureza transgênica do alimento.

§1º A informação estabelecida neste artigo deve constar nos rótulos dos alimentos embalados na ausência do

consumidor, bem como nos recipientes de alimentos vendidos a granel ou in natura diretamente ao consumidor, devendo ser grafada, em destaque, de forma legível, utilizando-se uma das seguintes expressões, conforme o caso, “(nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do ingrediente) transgênico”.

§ 2º Aos alimentos que não contenham organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem “livre de transgênicos”, comprovada a total ausência no alimento de organismos geneticamente modificados, por meio de análise específica.

§ 3º A informação de que trata o § 1º deverá atender ao tamanho mínimo de letra definida no Regulamento Técnico de Rotulagem Geral de Alimentos Embalados. (destaque nosso).

Verifica-se, portanto, que a redação do projeto retira a imprescindibilidade da identificação, imposta pelo decreto, de o consumidor ser informado sobre a espécie doadora do gene no local reservado para a identificação dos ingredientes. Além do fim do símbolo que identifica os produtos com transgênicos, no caso dos alimentos que não contenham OGM, o projeto mantém regra do atual decreto que permite o uso da rotulagem “livre de transgênicos”. Ora, há que reconhecer que o projeto de lei em comento, caso aprovado pelo Senado Federal e sancionado pela Presidente da República, materializará ofensa patente ao princípio da informação, porquanto omitirá dado imprescindível para o conhecimento do consumidor, no que toca à composição do alimento adquirido. Mais que isso, quadra esclarecer que, independente da porcentagem de elementos transgênicos constantes no produto, é fato que o consumidor possui direito à tal informação.

7 CONCLUSÃO

Por se tratar de uma nova tecnologia e considerando o reduzido conhecimento científico a respeito dos riscos de OGMs, torna-se indispensável que a liberação de plantas transgênicas para plantio e consumo, em larga escala, seja precedida de uma análise criteriosa de risco à saúde humana e do efeito desses produtos e serviços ao meio ambiente, respaldadas em estudos científicos, conforme prevê a legislação vigente. Assim, normas adequadas de biossegurança, licenciamento ambiental, e mecanismos e instrumentos de monitoramento e rastreabilidade são necessários para assegurar que não haverá danos à saúde humana, animal e ao meio ambiente. Também são imprescindíveis estudos de impacto socioeconômicos e culturais, daí a relevância da análise da oportunidade e conveniência que uma nação deve fazer antes da adoção de qualquer produto ou serviço decorrente da transgenia.

Ora, há que se reconhecer que a supressão do símbolo identificador de elementos transgênicos em produtos a serem adquiridos pelo consumidor, ainda que em quantidade inferior a 1% (um por cento), materializa clara afronta ao direito à informação e ao escopo sustentador do Direito do Consumidor, porquanto retira importante conquista na tábua de direitos inerentes àquele. Mais que isso, o Projeto de Lei nº 4.148/2008 materializa, de maneira ofuscante, o interesse dos fornecedores e grandes conglomerados empresariais em detrimento dos direitos do consumidor. Desta feita, há que se reconhecer que sobredito projeto ofende, diretamente, a tábua principiológica do Direito do Consumidor, notadamente o aspecto de vulnerabilidade e o direito à informação.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/486822-APROVADO-PROJETO-QUE-DISPENSA-SIMBOLO-DA-TRANSGENIA-EM-ROTULOS-DE-PRODUTOS.html>>. Acesso em 04 jul. 2015.

_____. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 ago. 2015.

_____. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 ago. 2015.

_____. **Projeto de Lei nº 4.148, de 16 de Outubro de 2008**. Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412728>>. Acesso em 10 ago. 2015

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não-Characterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 ago. 2015.

CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. **Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COSTA, Thadeu Estevam Moreira Maramaldo *et all*. Avaliação de Risco dos Organismos Geneticamente Modificados. **Ciências e Saúde Coletiva**, n. 16, v. 1,

2007; p. 327-336. Disponível em:

<<http://www.scielo.org/pdf/csc/v16n1/v16n1a35.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2015.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. 1 ed. Campinas: Russel, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 2 ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MOSS, Bob. **Genetically Modified Organisms (GMOs): Transgenic Crops and Recombinant DNA Technology**, 2008. Disponível em:

<<http://www.nature.com/scitable/nated/topicpage/genetically-modified-organisms-gmos-transgenic-crops-and-732>>. Acesso em 10 ago.2015.

NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar. **Revista Nutrição**, n. 16, v. 1, 2003, p. 105-116. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-52732003000100011> Acesso em 10 ago.2015.

POLITO, André Guilherme. **Dicionário de Sinônimos e Antônimos**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2005.

RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, n. 17, v. 2, 2012, p. 359-368. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n2/a10v17n2.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 10 ago. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 10 ago. 2015.

ZANONI, Magda; FERMENT Gilles. Transgênicos alimentos para quem?. **Agricultura, Ciências e Sociedade**, 2011. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CDgQFjAE&url=http%3A%2F%2Faspta.org.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2011%2F08%2FTransgenicos_para_quem.pdf&ei=TShbVbrxCYuxggSTr4GwDA&usg=AFQjCNHiqGsdqFnkm-L2dCBLCVB4q5irOg&sig2=Pc_DWA0BCGr6jiAErsyHkw&bvm=bv.93564037,d.cWc>. Acesso em 10 ago.2015.