

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 641

(Ano VIII)

(23/6/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

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

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **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/Argentina): 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



23/06/2016 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Constituição brasileira não admite pena perpétua e de banimento do esporte](#)

ARTIGOS

23/06/2016 Roberto Henrique Calú Ataíde Barboza

» [A validade da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho no Brasil](#)

23/06/2016 Edicarlos da Silva Dias

» [O movimento feminista e suas conquistas](#)

23/06/2016 Rayane Ferreira Guedes

» [\(In\)conveniência da manutenção do Tribunal do Júri no Brasil](#)

23/06/2016 Mariana Leonor Bomfim Ruiz Chagas

» [As modificações do sistema recursal no novo Código de Processo Civil](#)

23/06/2016 Daise Cristina Feltrin

» [Os alimentos transgênicos e o direito à informação assegurada ao consumidor](#)

23/06/2016 Rodolpho Henrique da Costa

» [O Perdão Judicial](#)

23/06/2016 Junia Katlen da Silva

» [A transferência de direitos possessórios: como fonte de arrecadação de Imposto de Transmissão Inter Vivos \(ITBI\)](#)

MONOGRAFIA

23/06/2016 Guilherme Rigo Berndsen

» [As inovações trazidas pelo artigo 28 da nova Lei de Drogas: descriminalização ou despenalização?](#)

CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA NÃO ADMITE PENA PERPÉTUA E DE BANIMENTO DO ESPORTE

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo

Volta e meia os noticiários dão conta de que determinado atleta teria sido banido ou eliminado perpetuamente do esporte. Para alguns esportistas essas penas certamente representariam a perda da vontade de viver, algo talvez mais cruel que a cadeira elétrica ou o pelotão de fuzilamento. É que para muitos o esporte representa a entrega e dedicação de uma vida inteira, um sonho transformado em realidade.

Pois bem. A Constituição Federal de 1988 com muita sabedoria e sensibilidade, no rol dos direitos e garantias fundamentais, proclama:

“Art. 5º (...)

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis”.

Ao leitor mais apressado, importante por em destaque que o texto da Constituição é genérico e amplo ao empregar a expressão “penas”, desacompanhada de qualquer adjetivação ou subclassificação.

Assim, seja na seara da educação, da cultura, do ensino, do desporto, da ciência e da tecnologia, da pesquisa e em todas as demais, a Constituição não admite qualquer tipo de condenação que possua contornos perpétuos ou ares de banimento.

E a razão de ser da possibilidade (e necessidade) da aplicação do Art. 5º, Inciso XLVII, da Constituição, a todos os habitats e momentos da vida dá-se justamente em razão da República brasileira fundar-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

Todas as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis colidem frontal e diretamente com princípio da dignidade da pessoa humana. Desnecessária qualquer outra consideração aqui. Senão, essa foi a conclusão final do constituinte originário positivada na Lei Maior.

Não seria possível, muito menos razoável, sugerir que a dignidade da pessoa humana possuísse apenas um viés penal, que as garantias fundamentais do cidadão insculpidas no Art. 5º, Inciso XLVII, da Constituição, ignorasse a tutela da pessoa humana noutras categorias de direitos.

Por evidente, as penas e castigos vedados pelo texto constitucional aplicam-se inteiramente aos casos de atletas em seus julgamentos perante suas respectivas justiças desportivas. A Constituição, naturalmente, não retira do atleta por ficção jurídica sua condição de pessoa humana.

Outrossim, comitês e entidades internacionais do esporte não podem submeter suas decisões à República Federativa do Brasil que violem o comando imperativo do Art. 5º, Inciso XLVII, da Constituição. Nem mesmo a eventual alegação da celebração de

tratados ou convênios internacionais pelo Brasil poderiam conferir efetividade a essas penas inadmissíveis em nosso território.

Bom frisar, só os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Art. 5º, §3º).

Matéria esportiva não é matéria de direitos humanos. Noutras palavras, tratados e convenções internacionais sobre direito e entidades desportivas jamais terão status de emenda constitucional. Assim, classificados como lei ordinária, uma vez colidentes com o texto constitucional, serão expurgadas de nosso ordenamento pátrio.

Nem se alegue que o Art. 217, §1º, da Constituição teria criado um hiato no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Ao contrário, esse dispositivo apenas confirma o postulado da inafastabilidade do controle jurisdicional, condicionado ao esgotamento das instâncias da justiça desportiva.

Esgotada a jurisdição desportiva, o atleta poderá se valer do Poder Judiciário, em todas as suas Instâncias, para fazer valer a supremacia da Constituição, acaso ferido o contido em seu Art. 5º, Inciso XLVII.

Por derradeiro, consigne-se que é imprescritível a ação tendente a reparar violação dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais da pessoa humana. Pelo que o atleta condenado a qualquer das penas expressamente vedadas pelo Art. 5º, Inciso XLVII, poderá a todo momento pleitear sua invalidade.

A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO NO BRASIL

ROBERTO HENRIQUE CALÚ ATAIDE BARBOZA:
Advogado. Pós-graduando em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário, Estácio de Sá, Maceió, 2015. Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014.

Resumo: Para garantir o desenvolvimento, torna-se indiscutível o papel do ordenamento jurídico na proteção dos bens que proporcionam a empresa posição concorrência diferenciada no mercado contra os atos caracterizadores de concorrência desleal, mormente os perpetrados em decorrência da relação de emprego, tendo em vista que desta proteção decorre o estímulo à criatividade humana para o desenvolvimento tecnológico. Assim, ao adquirir informações privilegiadas durante o curso do contrato de trabalho, o empregado não poderá fazer uso de sigilos empresariais para auferir ganhos diretamente ou por intermédio do concorrente de seu ex-empregador, durante ou após a extinção do pacto laboral. As proteções desses aspectos diferenciadores da empresa podem ser levadas a efeito por intermédio de uma cláusula de não-concorrência, para vigor após o término do contrato de trabalho. Embora inexista regra específica no direito pátrio, essa cláusula possui amparo constitucional. Ela está lastreada nos princípios da livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência e direito de propriedade, além do princípio geral da boa-fé objetiva. Ponderando-os com o também princípio constitucional da liberdade de trabalho estatuído no art. 5, inciso XIII, da CF, erigem-se uma série de pressupostos de validade do pacto de não-concorrência para o ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a proteção do interesse legítimo do empregador; a delimitação do objeto pactuado; a delimitação espacial; a limitação temporal e a compensação pela não-concorrência. O que faz corroborar ainda mais com a preocupação do direito com a prática de atos

caracterizadores de concorrência desleal sem perder de vista à defesa do empregado na relação de emprego.

Palavras Chave: Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Relação de Emprego, Cláusula de não concorrência.

Abstract: To ensure the development, it is undeniable the role of law in protecting the assets on which the company differentiated competitive position in the market against characterizing acts of unfair competition, especially those perpetrated as a result of the employment relationship, given that this protection stems from the encouragement of human creativity to technological development. So, to get inside information during the course of employment, the employee may not make use of business secrets to earn gains directly or through the competitor of his former employer, during or after the termination of the labor agreement. The protections of these differentiating aspects of the company can be carried out through a non-competition clause, to be in force after the termination of the employment contract. Although inexista specific rule on parental rights, this clause has constitutional protection. It is backed by the principles of free enterprise, private property, free competition and property rights, in addition to the general principle of objective good faith. Pondering them also with the constitutional principle of freedom of work requirements established in art. 5, item XIII of the Constitution, a number of assumptions validity of the non-competition agreement for the Brazilian legal system to erect-, namely: the protection of the legitimate interest of the employer; the delimitation of the agreed purpose; the spatial boundary; the limitation and compensation for non-competition. What does corroborate further the concern right with the practice of characterizing acts of unfair competition without losing sight of the protection of the employee in the employment relationship.

KeyWords: Corporate Law, Labor Law, Employment Relationship, Clause no competition.

SUMÁRIO: 1. INTRODU O. 2. DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. 2.1. DO CABIMENTO DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.2. DOS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO. 2.2.1. Da prote o do interesse legítimo do empregador. 2.2.2. Da delimita o do objeto pactuado. 2.2.3. Da delimita o espacial. 2.2.4. Da limita o temporal. 2.2.5. Da compensa o pela não-concorrência. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODU O

O presente estudo tem por objetivo o aprofundamento da matéria em torno do exame de mais um instrumento de prote o da empresa que   a cláusula de não-concorrência. Pois, não obstante a importância que esse pacto vem tomando na prática, na doutrina e na jurisprudência, ainda não há dispositivo acerca do tema, o que vem gerando, ao longo das últimas décadas, instigantes controvérsias a respeito de seu objeto.

Todavia, o problema se torna ainda mais excitante quando se percebe a importância que os bens imateriais vêm tomando hodiernamente, quanto aos investimentos realizados no desenvolvimento de novas tecnologias, aparelhamento e treinamento de pessoal.

A gestão do sigilo na empresa depende da colabora o e controle dos funcionários da organiza o.   quase impossível mantê-los distantes dos segredos que envolvem a rotina administrativa e tecnológica de seus empregadores, já que a produ o de bens e serviços prov m do trabalho desses agentes.

A clausula o do contrato de trabalho, como forma de inibir o trabalho do obreiro p s-contrato de trabalho, se caracteriza indubitavelmente por regulamentar comportamentos após o término daquele pacto laboral, passando a vigor justamente a partir de seu termo.

Ela não deixa de ser mais um mecanismo de guarnição do empregador contra a concorrência qualificada como sendo desleal, mas que, repise-se, apenas deverá ser a ferramenta hábil para inibir a concorrência impetrada pelo empregado após o encerramento do contato de emprego.

Sendo assim, constata-se evidente colisão de interesses de ambos os lados da relação de emprego, igualmente assegurados na Constituição Federal, porque a cláusula de não concorrência, de um modo ou de outro, limita o direito de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que o trabalhador estará sendo tolhido do direito de exercer a mesma atividade que exercia para seu ex-empregador, junto ao concorrente desse, durante certo tempo e em determina região, ferindo ainda, para alguns, o princípio da ordem econômica da busca do pleno emprego.

Acontece que nenhum direito fundamental é absoluto, podendo esse sofrer determinadas limitações em prol de outros que se apresentem mais importantes no caso concreto, haja vista a ponderação entre eles, fazendo-se uso do princípio da proporcionalidade.

Assim, a despeito de não haver regulamentação, o pacto de não-concorrência é assegurado constitucionalmente em decorrência, outrossim, de princípios que também possuem abrigo na Carta Magna como a livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada, a autonomia privada, e até mesmo a defesa do consumidor e a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Nesse trabalho, perscrutar-se-á sobre a licitude e validade da cláusula de não-concorrência. Ademais, versar-se-á sobre os pressupostos de validade do referenciado pacto de não-concorrência para seu completo acolhimento no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a proteção do interesse legítimo do empregador; a delimitação do objeto pactuado; a delimitação espacial; a limitação temporal e a compensação pela não-concorrência.

2. DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

2.1. DO CABIMENTO DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na legislação brasileira não falta previsão quanto às proteções a propriedade intelectual incorporada à empresa, que lhe garante posição concorrencial favorável no mercado, mormente a propriedade industrial. Outrossim, não há omissão legislativa quanto a restrições à concorrência desleal, antevendo o ordenamento jurídico tipos de condutas perpetradas não só pelo empregado na constância do emprego, mas também em face de outros atores econômicos frente a atos que o legislador achou por bem caracteriza-los como crimes, conforme a Lei da Propriedade Industrial. Apresentando-se a disposição da empresa garantias não só à propriedade industrial, mas a todo conhecimento, patenteável ou não, que sejam mantidos em sigilo pela empresa, por sua própria conveniência.

Constata-se ainda, que o próprio diploma da Consolidação das Lei do Trabalho estatuiu vedações ao empregado para cometimento de certos atos de concorrência na constância do contrato de trabalho. O que, dependendo da situação, dá margem ao empregador punir seu empregado até mesmo com a aplicação da justa causa, de acordo com o art. 482, alíneas “c” e “g” da CLT[1].

Entretanto, apesar desses dispositivos legais, é difícil inibir os trabalhadores de, ao se desligarem da ex-empresa, prestarem serviços aos concorrentes e, sendo assediados pelos mesmos, divulgarem os segredos de indústria, de comércio, de inventos, da estrutura organizacional ou de métodos específicos para a captação de clientela do ex-empregador.

Esses conhecimentos especiais nada mais são do que o *know how* do empreendimento, essencial para sua sobrevivência e angariação de novos mercados, devendo-se, por isso, permanecer em sigilo, como a alma do negócio.[2]

Com efeito, essa nova relação empregatícia, dependendo do interstício entre o término da primeira relação e a sua concretização, e ainda do espaço geográfico que exerça seu ex-patrão suas atividades, poderá causar a este grandes prejuízos, quando o empregado põe à disposição de seu concorrente, informações e segredos que adquiriu enquanto a serviço de seu ex-empregador.

Dessa forma, a concorrência desleal extracontratual, a qual sua proteção é estabelecida pela lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), pode se dá de duas maneiras: como concorrência desleal específica e como concorrência desleal genérica.

Na concorrência desleal específica os atos devem ser obrigatoriamente os descritos nos próprios tipos penais previstos na lei, mais especificamente, no art. 195 e incisos. Já na genérica, considerada mais difícil de ser identificada e sancionada, visto que não existe legislação especial que trata da mesma, deve-se procurar a caracterização da conduta como ilícita conforme os art. 186 e art. 187, do Código Civil.

Nota-se, assim, a dificuldade em subsumir nestes dois casos o ato de concorrência praticado pelo empregado a norma. Ou mesmo, enquadrar todos os atos que porventura possam ser caracterizados como de concorrência desleal à empresa no rol taxativo contido na Lei da Propriedade Industrial, já que, deslealdade na concorrência é resultado da não conformação do comportamento do eventual competidor ao padrão esperado.

Por isso, diante de um mundo cada vez mais globalizado e mercados cada vez mais competitivos, a proteção à informação vem ganhando cada vez mais relevo no ambiente empresarial. Nesse diapasão, a gestão do sigilo na empresa sem o controle dos funcionários da organização se torna quase impossível, já que não há como mantê-los distantes dos segredos que envolvem a rotina administrativa e tecnológica de seus empregadores, tendo em vista que a produção de bens e serviços provém do trabalho desses agentes.^[3]

Ademais, apesar de se perceber a preocupação com as informações amealhadas pelo empregado adquiridas em decorrência do contrato de trabalho, a proteção levada a efeito pela CLT apenas fornece meios de punir o empregado que viola seu dever de lealdade enquanto perdura o contrato de trabalho, ou seja, enquanto conservar suas responsabilidades contratualmente estabelecidas, e assim viger o contrato de trabalho. Concluindo-se que, após o término do contrato de trabalho, o empregador não tem mais como puni-lo diante do cometimento de faltas trabalhistas como a negociação habitual especificada como concorrência desleal e a violação do segredo da empresa.

Diante deste cenário, segundo Estêvão Mallet^[4], regular o uso do conhecimento adquire relevância. Sua proteção passa a ter importância quando transformado em ativo cobiçado, até mesmo, para estimular novas pesquisas e a favorecer a continuidade do desenvolvimento.

E leciona o autor que, a pretensão de limitar o uso desse conhecimento envolve o exame da licitude da chamada cláusula de não-concorrência no contrato individual de trabalho, já que o problema surge, em uma de suas facetas, no campo trabalhista, com a possibilidade de o conhecimento auferido pelo empregado, durante a execução do contrato de trabalho e por conta disso, ser usado, após a extinção do vínculo de emprego, em proveito do novo empregador.^[5]

Igualmente, o problema envolve o exame da validade da denominada cláusula de não-concorrência, porquanto, apesar da importância do tema, não há na legislação brasileira norma expressamente prevista que trate da hipótese de clausulação do contrato de trabalho de modo a impor restrição a concorrência para viger após a extinção do pacto laboral. Por isso, a doutrina e a jurisprudência são vacilantes a respeito do assunto, não apenas quanto a sua validade, mas também, para aqueles que a consideram válida no ordenamento jurídico brasileiro, mormente

quanto à delimitação e identificação de quais são seus pressupostos ou requisitos de validade.

A doutrina relutante em aceitar a possibilidade de sua utilização, ou seja, que advogam a tese de sua impossibilidade de aplicação no direito pátrio defendem que tal cláusula esbarraria no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, que assegura a todos o exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas às qualificações profissionais que a lei exigir.^[6] Contudo, além de ofender ao princípio constitucional da liberdade de trabalho, a quem entenda que haveria obstáculos também nos princípios do art. 170 caput, e inciso VIII, da Constituição, que incluem, entre os princípios da ordem econômica nacional, a livre iniciativa e a busca do pleno emprego.^[7]

Para ratificar ainda mais tal entendimento, José Geraldo da Fonseca^[8] pensa que não é válida, no contrato individual de trabalho regido pela CLT, cláusula que proíba o empregado de trabalhar numa empresa concorrente, após a extinção do vínculo de emprego, tendo em vista que o direito ao trabalho é um dos direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana no título II da Constituição Federal, e no art. 1º, V, do Título I da Constituição está o valor social do trabalho como um dos valores fundantes da república, tratando-se de cláusula pétrea, inderrogável por lei infraconstitucional e oponível a todos.

Com efeito, para Celio Pereira Oliveira Neto, entre a cláusula de não concorrência e a liberdade ao trabalho há nítido confronto. A primeira, com amparo constitucional no arts. 5º, inciso XXIX e 170, caput e incisos IV, II, que tratam, respectivamente da propriedade industrial, livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada, protegendo necessários e legítimos interesses da empresa. E a segunda, também com arrimo na Constituição Federal, art. 5º inciso XIII, que garante o direito de liberdade de trabalho, e pelo art. 170, inciso VIII, que corresponde à política da busca do pleno emprego, resguardando assim o direito de exercer qualquer ofício ou profissão, preservando o valor social do trabalho. Sendo a

resolução desse conflito enfrentada à luz do princípio da proporcionalidade, que para ele justifica e limita a aplicação da cláusula de não concorrência.[\[9\]](#)

De um modo geral a doutrina e jurisprudências atuais defendem a licitude da estipulação da cláusula de não concorrência para vigor após o término dos contratos individuais de trabalho, impondo a liberdade de trabalho restrições proporcionais e razoáveis, desde que atendido o interesse público, em concordância com o seguinte julgado:

CLÁUSULA DE SIGILO E NÃO CONCORRÊNCIA. LIBERDADE DE TRABALHO. A condição imposta através de um pacto de sigilo e não concorrência para não se revelar as informações confidenciais, mesmo após o término da relação empregatícia, deve ser estabelecida dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. Isto porque a regulação de tais pactos não pode ser considerada como restritiva, de forma inconstitucional, a ponto de afetar o princípio fundamental do valor social do trabalho.[\[10\]](#)

São argumentos doutrinários[\[11\]](#) a respeito, para aceitarem o seu cabimento:

1º) O de que nenhum direito reveste-se de caráter absoluto. Não ocorrendo de maneira diversa com o direito de exercício de trabalho, tutelado pelo art. 5º, inciso XIII da Constituição, justificando a possibilidade de prevalência, em princípio, de um direito, quando em conflito com outro;

2º) De que existe a possibilidade de restrição negociada da liberdade de trabalho, por meio de cláusula ajustada entre empregado e empregador, com fundamento no art. 444 da CLT[\[12\]](#), que prevê que as relações contratuais de trabalho podem ser de livre estipulação em tudo quanto não contravenha às disposições

de proteção ao trabalho, os contratos coletivos e as decisões das autoridades em matéria de trabalho. Além disso, o Código Civil enuncia em seu art. 122 que são lícitas as condições não contrárias à lei, à ordem ou aos bons costumes;^[13]

3º) A cláusula geral da boa-fé objetiva, que recai sobre os contratantes e exige, mesmo no campo das relações de trabalho, observância de obrigações na fase pré-negocial, durante sua execução, no momento da conclusão do contrato e na fase pós-contratual, permanecendo o dever de proteção das informações, de modo a não se divulgar segredos em função da relação de emprego pretérita;

4º) O art. 8º caput e seu parágrafo único^[14] também do texto consolidado que autoriza que:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Pela norma estatuída no citado artigo, o direito comum é fonte subsidiária do direito do trabalho na falta de disposições legais ou contratuais e no que não for incompatível com seus princípios fundamentais. Argumento já exposto acima para o cabimento da cláusula de não concorrência.

Acontece que os doutrinadores também se apegam ao direito comparado, conforme também concebe o art. 8º da CLT. E não é para menos.

De acordo com Cássio de Mesquita Barros^[15], o direito espanhol, português e francês, de maneira geral admitem a cláusula de não concorrência em seus ordenamentos jurídicos desde que atendidos algumas condições de certa forma comuns, sejam previstas em convenções coletivas e inseridas no contrato de trabalho, sejam expressas em suas próprias legislações, como: necessidade de se proteger os interesses legítimos da empresa; limitação de tempo; limitação geográfica; especificidade da atividade profissional do empregado e compensação financeira.

Em assim sendo, tendo em vista as considerações aqui aduzidas, tem-se como certa a licitude da cláusula de não concorrência para viger após o término do contrato individual de trabalho. Pois, a partir daquelas, pôde-se observar as principais justificativas arroladas pela doutrina e jurisprudência para fundamentar a validade da mencionada cláusula, consoante decisão que fundamentou a validade da cláusula de não concorrência no art. 444 da CLT:

CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA.
INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA.
VALIDADE. Embora a legislação trabalhista seja omissa quanto ao tema ventilado. O artigo 444 da CLT prevê, como regra, pactuação livre das cláusulas contratuais, desde que não haja violação às disposições legais, coletivas, e, às decisões das autoridades competentes. A cláusula de não-concorrência é a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o (a) empregador (a). Trata-se de uma obrigação de natureza moral e de lealdade. Não há de se falar em ofensa ao Princípio da Liberdade de Trabalho, quando o

pacto de não-concorrência foi livremente pactuado e há previsão do limite temporal da restrição, mediante justa retribuição, como é o caso vertente.[\[16\]](#)

E tanto isso é certo, que os poucos doutrinadores que ainda resistem em afirmar a inconstitucionalidade de uma cláusula que proíba o reemprego do trabalhador, no caso, em algum dos concorrentes de seu ex-patrão, chegam a admitir sua estipulação no ordenamento jurídico brasileiro, desde que observados determinados parâmetros ditos obrigatórios.[\[17\]](#) Parâmetros que os próprios autores que defendem a validade da citada cláusula, já anteviam como seus pressupostos ou requisitos. Semelhantes às condições adotadas pelos países acima mencionados, para a realização da analogia com o direito comparado, que admitem tal acordo entre as partes da relação de trabalho.

Tratar-se-á no próximo subtítulo dos mais recorrentes requisitos, pressupostos e limites para que seja aceita a validade da cláusula de não-concorrência no direito brasileiro.

2.2. DOS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Neste momento do trabalho, torna-se conveniente conceituar a cláusula de não concorrência, que, com o que já se foi abordado, pode-se assentar que ela “consiste na pactuação da abstenção do empregado de ativar-se por conta própria ou para outro empregador, em atividade igual ou semelhante, após o término do contrato de trabalho”.[\[18\]](#)

Compreende-se assim no acordo entre empregado e empregador, para viger a partir do término da relação de trabalho, com o intuito de que o trabalhador não passe a concorrer com a empresa, por conta própria ou por via de outro empregador. De modo a não se tornar ou beneficiar, desta forma, o competidor de seu ex-empregador no predomínio no mesmo mercado dos produtos ou serviços substituíveis ao consumidor em um espaço

temporal e geográfico determinado. Incontestavelmente, à custa de uma compensação monetária, e também por meio de limitação de tempo, do espaço geográfico e da atividade que possa desempenhar.

Por isso, apesar de se defender o cabimento da cláusula de não concorrência, não se refere aqui a qualquer tipo de pactuação, e nem poderia ser de outra forma, já que, o que se limita com tal clausulação, como se pôde observar, é um direito fundamental guarnecido pela Constituição Federal, a liberdade de trabalho, que pela própria Carta Magna, apenas o legislador infraconstitucional possui permissão para restringir, de modo a atender as qualificações profissionais que forem estabelecidas. Contudo, tendo em vista a teoria dos direitos fundamentais, tais valores apenas devem sofrer limitações quando assim o exigir o caso concreto e na medida do estritamente necessário a proteção de outros direitos fundamentais como os arrolados no capítulo anterior, a saber - propriedade industrial, livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada – verificando-se as situações concretas onde essas restrições mútuas ocorram.

Diz Denis Borges Barbosa:

As restrições devem ser limitadas no tempo, espaço e objeto, para subsistirem tão somente na proporção em que forem úteis, necessárias, para proteger um interesse legítimo do beneficiário. Assim sendo, tais cláusulas e pontos teriam uma função acessória, de garantir o ajuste principal, cujo propósito não é afetar diretamente a concorrência.

Porém depreende-se naturalmente mais um requisito: a limitação à concorrência não pode ser, por outra razão, contrária à lei, ou lesiva ao direito de terceiros. Neste último passo, já se está na fronteira entre as disposições do direito comum e os imperativos do direito antitruste.[\[19\]](#)

Desse modo, mesmo tratando-se de restrições circunscritas por critérios temporais, espaciais, materiais e fornecendo-se retribuição para tanto, não podemos olvidar da base histórica das relações de trabalho, apontada como justificativa das restrições que a legislação trabalhista impõe à autonomia da vontade. Uma vez que como hipossuficiente, o empregado não goza de plena liberdade para exercer a sua própria autonomia da vontade, manifestação da dignidade da pessoa humana.

Por tanto, mesmo não havendo legislação expressa no ordenamento jurídico da cláusula de não concorrência em contrato de trabalho, admite-se seu cabimento de acordo com determinados parâmetros para que o acertado entre empregado e empregador não se apresente de forma desproporcional. De modo a não violar o núcleo do direito fundamental do trabalhador, que consiste no direito ao trabalho.

Justifica-se, assim, plenamente a utilização do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, já que, como dito, não a norma específica sobre o tal estipulação, além do mais, repise-se que inexistente direito absoluto, não se confundindo o estabelecimento da cláusula de não concorrência com o impedimento do acesso ao trabalho. Quer dizer, o empregador não poderá impossibilitar o empregado de trabalhar, o que garante que o trabalhador desenvolva outra atividade ou ponha suas habilidades à disposição de outrem, mas poderá restringir sua atividade em uma determinada área, durante determinado espaço de tempo.^[20] Desde que, do mesmo modo, exista legítimo interesse do empregador a estas limitações e haja compensação financeira ao empregado a ser paga pelo empregador, como forma de garantir a sua sobrevivência pelo tempo em que esteja obrigado a não praticar a concorrência ao seu ex-patrão, garantindo assim o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dentre outros pressupostos apontados pela doutrina e jurisprudência para o uso da cláusula de não-concorrência, que serão abordados a seguir.

2.2.1. Da proteção do interesse legítimo do empregador

O sistema de tutela contra a concorrência desleal é levado a efeito quando se protege o posicionamento da empresa no plano competitivo do mercado, com direitos de exclusividade (patentes, marcas, desenhos industriais, modelo de utilidade), ou sem exclusividade jurídica direta, de fatos, de bens, informações, ou quaisquer outros itens de interesse concorrencial. Assim, para esse último, não se exige que essa utilização seja salvaguardada pelos procedimentos disponibilizados pelo direito a proteção da concorrência leal, qualquer formalidade quanto à novidade, originalidade e a atividade inventiva, requisitos, por exemplo, para a concessão de patentes e modelos de utilidade. “O que importa é a posição concorrencial de fato, que permita uma expectativa razoável de receita. [...] O valor protegido na concorrência desleal é simplesmente o comportamento leal dos concorrentes.”[\[21\]](#)

Para a validade da cláusula de não concorrência quanto ao pressuposto da proteção do interesse legítimo da empresa não seria diferente. Pois, a referida pactuação não deixa de ser mais um dos instrumentos a disposição do empregador para resguardar seus interesses frente aos assédios de seus concorrentes em face de seus empregados, ou ainda, de uma possível concorrência impetrada por seu próprio empregado, e que lhe possa causar possíveis prejuízos advindos daquelas atividades perpetradas por conta dos conhecimentos auferidos durante a constância do contrato de trabalho.

Assim também corrobora Elaine Ribeiro do Prado[\[22\]](#), os interesses legítimos do empregador são forçosamente justificados enquanto estejam representados pelo que caracterize um valor econômico e de vantagem competitiva e desde que não seja de conhecimento público ou evidente para o concorrente. E prossegue a autora:

Os interesses legítimos são conferidos, portanto, pelo que a empresa procura proteger e tratar como valor concorrencial e estratégico, e, por conseguinte, justificados quando sejam para impedir o empregado de fazer uso desautorizado

do segredo e /ou informações privilegiadas para favorecer o concorrente ou mesmo passar a concorrer com seu ex-empregador.[23]

Temos, portanto dois fundamentos para a justificativa do pressuposto da proteção do interesse legítimo do empregador:

1º) O primeiro tem como parâmetro a abstenção do empregado para não fazer uso desautorizado das informações e conhecimentos privilegiados advindos do contrato de trabalho, para favorecer o concorrente ou mesmo passar a concorrer com seu ex-patrão, haja vista, a efetiva possibilidade de prejuízo do empregador, na hipótese da inexistência da cláusula.

2º) E o segundo leva em consideração que a restrição à liberdade de trabalho requisitada pela cláusula de não concorrência deve satisfazer legítimo interesse do empregador e não se impor ao empregado de forma desarrazoada. Por conseguinte, a pretensão de se apresentar como uma limitação à liberdade pressupõe que a utilização da cláusula de não concorrência deva ser fundamentada.[24]

Outrossim, para uma conclusão razoável entre a garantia do direito à liberdade e a autonomia da vontade, em uma análise perfunctória, deve-se exigir do interprete a aplicação do princípio da proporcionalidade, e de seus subprincípios da adequação e necessidade, tendo em vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, corolário da eficácia irradiante dos direitos fundamentais adquirida a partir da interpretação neoconstitucionalista da Constituição Federal. Quer dizer, é imprescindível a demonstração da real necessidade do empregador para a limitação do direito fundamental de liberdade de trabalho.[25]

Em assim sendo, a doutrina é praticamente unânime ao afirmar que “a interferência na liberdade de trabalho do empregado somente é válida quando destinada a satisfazer relevante e legítimo interesse do empregador”. [26] O qual se materializa, pela ponderação entre: a) a efetiva atividade desempenhada pelo

empregado, quando vigente o contrato de trabalho; b) os conhecimentos de fato adquiridos durante este período e as informações que obteve em face de seu acesso por conta do contrato de trabalho; c) bem como os potenciais prejuízos que poderá ser causado ao ex-patrão no uso inadequado de tal conhecimento após o término do pacto laboral.[\[27\]](#)

Sendo, portanto, por meio da análise destes parâmetros (atividade, conhecimentos adquiridos e potencialidade de prejuízo) de observação indispensável, que se legitimará a limitação ao direito à liberdade de trabalho, pelo necessário interesse do empregador, determinado pela real potencialidade de risco.[\[28\]](#)

Depreende-se, assim, que o pressuposto do interesse legítimo do empregador não corrobora a celebração indiscriminada da cláusula de não concorrência indistintamente para todo e qualquer trabalhador, independentemente do cargo que ocupe. Muito pelo contrário, tal instrumento jurídico deve guardar relação com os contratos de profissionais efetivamente capazes de causar prejuízos a seus empregadores pela efetiva possibilidade de concorrer por meio do indevido usufruto de segredos e informações confidenciais da empresa.

Frisando-se ainda que “o compromisso não se presta a evitar concorrência futura pelo trabalhador, mas sim a concorrência desleal, baseada em informações sigilosas e que devem ser preservadas”[\[29\]](#)

2.2.2. Da delimitação do objeto pactuado

Percebe-se pelo exposto que a cláusula de não-concorrência tem de pormenorizar as atividades restringidas, apontando os limites objetivos da obrigação oponível ao empregado, tratando-se de requisito substancial de validade da pactuação, cuja não observação torna-a nula, porque não se admite restrição indeterminada que abarque toda e qualquer trabalho. Apenas a estritamente necessária pode ser mantida.[\[30\]](#)

No mesmo sentido, Elaine Ribeiro do Prado^[31] afirma que a cláusula de não concorrência não será nula enquanto não impedir o empregado de exercer sua profissão. Sendo que “o que se deve analisar em relação à especificidade profissional do empregado é quanto ao pacto de não concorrência não impedir ao ex-empregado o livre exercício de sua profissão, como ampara nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XIII”. Igualmente, também, para a referenciada autora, este pressuposto deverá atender a critérios de razoabilidade e, além disso, de fundamento de legitimidade do empregador, para que o pacto de não concorrência não seja nulo.

Também para Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves^[32], “Tal requisito é de suma importância, pois não se pode vedar o exercício de qualquer atividade, sob pena de estar sendo violado o princípio da liberdade de trabalho”. Ademais, o autor destaca os benefícios de especificar ao máximo a limitação imposta na cláusula, pois quanto mais restrita sua proibição ao trabalho menor deverá ser a indenização a ser paga pelo empregador ao empregado, e igualmente mais baixo o risco de se gerar discussão a respeito de seus limites e sobre a validade do pacto, tendo em vista que menor será a restrição ao trabalho.

Contempla-se, portanto o pressuposto da limitação material ou do objeto, que corresponde à limitação da área profissional de atuação a ser restringida pelo pacto de não concorrência firmado entre as partes do contrato de trabalho. Representa a especificação das atividades que terão seu exercício tolhido.

Por fim, apesar de concluir ser importante a delimitação das atividades, que não poderão ser exercidas no mesmo ramo de atividade, Cátia Guimarães Raposo Novo^[33] entende que a delimitação do objeto pactuado não se erige a “requisito de validade”, mas sim a um requisito de credibilidade. Opinião com a qual não se apoia, haja vista a inteligência dos argumentos dos doutrinadores acima citados e do conjunto deste trabalho, dos quais se apreende que a não limitação material do pactuado causaria

intolerável óbice à liberdade de trabalho, o que acabaria por invalidar o pacto elaborado nesses termos.

Além do mais, não se trata de mero requisito de credibilidade, porquanto de acordo com o art. 104, inciso II do Código Civil, para a validade do negócio jurídico o objeto precisa ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Sendo assim, se o objeto da cláusula fosse indeterminado ou indeterminável seria ao mesmo tempo ilícita no campo do direito do trabalho, pois iria contra seus princípios laborais específicos, não se subsistindo dessa forma, quer dizer caracterizando-se como inválida. E mesmo que determinado ou determinável seu objeto, tal pacto não poderia ter uma abrangência para além do limite aferido ao caso concreto pelo princípio da proporcionalidade, porque seria igualmente ilícita, ou seja, mais uma vez inválida.

Por isso, com o devido respeito, não há como concordar com a referenciada autora, a ponto de acreditar que tal imposição, não sendo elaborada de acordo com os parâmetros legais acima estabelecidos, apenas atingisse a esfera da credibilidade da cláusula e não seu plano de validade.

2.2.3. Da delimitação espacial

Trata-se da limitação da área geográfica em que o empregado não poderá atuar exercendo sua atividade, mantendo-se sempre a relação com a atividade que o empregado exercia durante o contrato.[\[34\]](#)

Para Estêvão Mallet[\[35\]](#), ressalvado circunstâncias especiais, as quais tal limitação não se revela viável, deve-se existir a delimitação espacialmente considerada, segundo as reais exigências do caso. Contudo, a imposição de limitação espacial à restrição ao trabalho não significa a impossibilidade de utilização de cláusula com âmbito de validade superior ao território nacional.

Assim, assevera o referido autor:

Restringir, em tal contexto, a eficácia de cláusula de não-concorrência ao âmbito do território nacional não se justifica, e faria com que se tornasse muito fácil burlar a limitação, comprometendo a legítima tutela da informação, o que não se admite. Deve-se, pois, aceitar, ao menos em tese, restrição territorialmente mais ampla, caso, diante das circunstâncias, seja ela realmente necessária.[\[36\]](#)

Ademais, ainda para Estêvão Mallet[\[37\]](#), em se tratando de informação, tais restrições territoriais fazem pouco ou nenhum sentido, porque a produção é realizada hoje com enorme facilidade em diferentes partes do mundo e desloca-se com grande rapidez.

Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves[\[38\]](#) se contradiz ao afirmar em um primeiro momento ser imprescindível a estipulação do território em que a cláusula terá validade, levando-se em conta a proteção do mercado abrangido pelo pacto em relação ao território que o empregador exerça sua atividade comercial. Tendo em vista que só subsiste concorrência quando atores econômicos atuantes no mercado competem à inserção, manutenção ou predomínio num mesmo mercado com produtos ou serviços iguais ou substituíveis entre si do ponto de vista do consumidor, definido pela disputa em um espaço temporal e geográfico determinado.[\[39\]](#)

Sergio Pinto Martins[\[40\]](#) também afirma que “Não terá valor a cláusula em locais em que a empresa não venha a competir com outras no mesmo mercado. Assim, ela deve ser estabelecida para certa área geográfica.”

Entretanto, como se havia afirmado, em um segundo momento, Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves[\[41\]](#) também defende o oposto, ou seja, não é imprescindível a limitação territorial da cláusula de não-concorrência diante do mundo globalizado, onde os negócios se realizam em locais diversos dos da sede da empresa, sendo dessa forma prescindível a estipulação e limitação espacial

para a validade da cláusula de não concorrência. “Assim, pode ser que uma empresa situada em qualquer lugar do planeta faça concorrência a uma empresa brasileira. [...], no entanto, uma vez prevista há que ser observada pelos contratantes”.

Ora, uma realidade não exclui a outra. Os dois fatos argumentativos expostos por Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves estão condizentes com a realidade atual e um não expurga o outro para a avaliação da necessidade ou não da limitação espacial na cláusula e não-concorrência.

Ademais, deve-se levar em conta os outros pressupostos de validade. Tanto a proteção do interesse legítimo do empregador, a delimitação do objeto pactuado e o limite temporal (que se irá falar a seguir) não deixam de ser parâmetros relevantes para saber a real necessidade da limitação espacial, e se necessário qual a sua abrangência. Repise-se, assim como afirma Estêvão Mallet^[42]: “a restrição à atividade do empregado, em harmonia com o requisito da necessidade, antes indicado, há de ser limitada espacialmente, segundo as reais exigências do caso, salvo em circunstâncias excepcionais, nas quais tal limitação revela-se inviável”.

Sendo assim, estatuída a cláusula de não-concorrência, fundamentada no legítimo interesse da empresa, na limitação do objeto pactuado e observado um limite temporal proporcional, independentemente do espaço geográfico o empregado estaria impedido de exercer aquela atividade.

2.2.4. Da limitação temporal

O pacto de não-concorrência deve limitar o tempo em que o empregado não poderá exercer a atividade, conforme a limitação do objeto pactuado e o tempo de duração da obrigação de não-concorrência.

Ainda na esteira dos ensinamentos de Estêvão Mallet^[43], chega-se à conclusão que a restrição a determinado trabalho permanente ou mesmo indefinida afigura-se ilícita, pois cerceia de

modo desmedido a liberdade de trabalho, além de comprometer o próprio desenvolvimento econômico e “o livre progresso”.

Denotando, além do mais, que as informações e o conhecimento adquiridos pelo obreiro, quando da execução do desfeito contrato de trabalho, com o passar do tempo, se desatualizam, perdem importância e, em consequência, deixam de justificar a limitação à sua posterior atividade profissional. Tendo como exemplo o custo de produção, que para o referido autor se trata de dado estratégico, e que se utilizado de modo impróprio, poderá dar margem a concorrência desleal entre empresas.[\[44\]](#)

Outrossim, segundo Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves,

[...] a determinação do período deve levar em conta o tempo razoável para anular ou minimizar o potencial risco de dano em razão das informações que o empregado possui, tal como o tempo necessário para que o ex-patrão possa se fixar no mercado, para que aquele segredo de empresa se torne obsoleto em face das inovações tecnológicas ou para que determinada informação se torne de domínio público.[\[45\]](#)

Apreende-se, portanto, que se deve fixar a duração da obrigação da cláusula de não-concorrência por um determinado tempo.

Todavia, não há consenso na doutrina e na jurisprudência a respeito de qual o período de tempo de quarentena o empregado deve ser submetido, havendo verdadeira celeuma.

Há doutrina que aponta como solução a aplicação analógica do art. 445, caput, da CLT decorrente do prazo máximo dos contratos por prazo determinado, que é de 2 anos[\[46\]](#). A crítica a esse entendimento é que o art. 445 da CLT não serve de base para a fixação do período de quarentena, ou mesmo porque não guarda nenhuma relação com o caso.[\[47\]](#)

Existe também entendimento no sentido de que o prazo de restrição imposta ao empregado deve ser de 5 anos, de acordo com o art. 1.147 do Código Civil, que é utilizado pelo direito empresarial, e proíbe o alienante do estabelecimento de fazer concorrência ao adquirente nos 5 anos subsequentes[48]. Critica-se tal entendimento porquanto o período de 5 anos é muito extenso[49], inviabilizando sua utilização pois se apresenta como incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho (art. 8º, parágrafo único, da CLT) [50]

Não obstante o entendimento de Celio Pereira Oliveira Neto, que admiti que deve ser tomado o tempo de 2 anos, em regra, como limite de tempo a ser fixado para a quarentena. Acredita-se que a melhor concepção é a trazida por Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves[51] e Estêvão Mallet[52], no sentido de que a validade dos limites temporais deve ficar sujeita a revisão judicial segundo parâmetros fluidos, não sendo estabelecidos previamente pelo legislador, verificando-se no caso concreto, por critérios razoáveis, uma conclusão acerca de um prazo ideal.

Por fim, não se deve confundir a limitação temporal de validade do pacto que compele a interdição do ex-empregado ao trabalho, imposto pela cláusula de não-concorrência, com o dever pactuado de não revelação do segredo de empresa.

O segundo não impede o ex-empregado ao seu livre exercício de trabalhar e deve ser cumprido mesmo após o término do período da cláusula de não-concorrência, corolário dos deveres de fidelidade e lealdade, resultantes do princípio geral da boa-fé que deve nortear os contratantes, não se configurando como ético a revelação dos segredos ou informações sigilosas que obteve no seu antigo emprego.[53] Além disso, a violação de segredo da empresa pode caracterizar-se como crime, e gerar indenização por responsabilidade aquiliana, por se tratar de ato ilícito.

Elaine Ribeiro do Prado traz elucidativo julgado do TST sobre o dever de não revelação do segredo de empresa

SEGREDO INDUSTRIAL. COMPROMISSO DE NÃO DIVULGAR. LEGALIDADE 1. É vedado ao empregado divulgar o segredo da empresa (a lei não estabelece prazo para essa vedação); se o empregado divulgar comete falta grave. A proibição alcança o ex-empregado, visto que a rescisão do contrato de trabalho não transfere a este o direito de divulgar, explorar ou comercializar a fórmula industrial de que teve conhecimento, ainda que passe a trabalhar para empresa concorrente. 2. O ajuste consistente no compromisso firmado pelo reclamante de não divulgar, não explorar e não utilizar o segredo da fórmula do produto industrial de que tem conhecimento guarda perfeita sintonia com o disposto no art. 195, inc. XI, da Lei nº 9.279/1996. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST-RR-1.533/2001-093-15-00.0)[54]

Assentado que a limitação temporal da interdição do ex-empregado ao trabalho não se confunde com a do dever pactuado de não revelação do segredo. A autora, com arrimo de outros doutrinadores, ainda reconhece, mesmo depois dos pressupostos de validade já argumentados que, indubitavelmente, a cláusula de não-concorrência só deve ser aceita juridicamente se condicionada a uma compensação razoável e desde que aceita sem vícios de consentimento.

2.2.5. Da compensação pela não-concorrência

Por fim, para a validade da cláusula de não-concorrência no ordenamento jurídico brasileiro, há a necessidade de uma contraprestação do empregador disponibilizada ao empregado, tendo em vista a limitação imposta em proveito do ex-empregador.

Portanto, no Brasil, a escassa doutrina[55] que fala sobre o tema estabelece por volta de três motivos para a exigência desse último pressuposto, a seguir expostos:

1 ) No Brasil, como já se teve oportunidade de mencionar, não há na legisla o regra que trate sobre a cláusula de não concorrência, contudo a exigência de contrapresta o constitui a regra no direito comparado, e assim assevera Cátia Guimarães Raposo Novo[56], o Código de Trabalho de Portugal, a legisla o Belga, o Estatuto de *los Trabajadores* da Espanha e o *C dice Civile* Italiano estabelecem como requisito essencial para cláusula e não-concorrência o pagamento de contrapresta o.

E como, igualmente se observou neste trabalho, o art. 8 , caput, da CLT, erige o direito comparado em fonte de integra o de lacunas da legisla o, autorizando o preenchimento das lacunas legislativas por meio da utiliza o do direito comparado.

2 ) O ordenamento jurídico brasileiro impõe a necessidade de observar, quando da estipula o dos negócios jurídicos em geral, de acordo com o art. 157[57], do Código Civil, como desdobramento da proibi o de lesão, o equilíbrio entre a obriga o imposta ao empregado e a contrapartida que se lhe oferece.

3 ) Por fim, “pode a exigência, ainda, ser inferida da limita o imposta   liberdade de contratar pela regra do art. 421, do Código Civil. Logo a onerosidade caracteriza condi o de validade do ajuste, como assinalado pela doutrina italiana, de modo a repelir-se pacto gratuito”. [58]

Conquanto esses três argumentos sejam de suma importância para a fundamenta o dessa exigência de equilibrar as obriga es assumidas entre as partes no pacto de não-concorrência, e conseqentemente contribuir para o sustentáculo da validade da cláusula de não-concorrência no direito brasileiro. As discursões mais acaloradas sobre este último pressuposto, sem d vida nenhuma, estão exatamente nos critérios para o

estabelecimento do famigerado equilíbrio entre a imposição imposta e a contraprestação concedida ao empregado.

Sergio Pinto Martins^[59] e Celio Pereira Oliveira Neto^[60] defendem que a compensação deve ser estabelecida tendo como parâmetro o último salário multiplicado pelo tempo de quarentena, ou seja, o número de meses que deixará de executar outra atividade. E argumenta o primeiro autor, afirmando que pode ocorrer de o empregado não possuir outras habilidades, não tendo condições outras de exercer outra atividade, sendo, portanto impedido de exercer seu mister, diminuindo assim seu padrão de vida.

Não obstante tais considerações, na esteira dos ensinamentos de Estêvão Mallet^[61], os quais também se filiam Cátia Guimarães Raposo Novo e Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves, considera-se que:

A compensação há de ser proporcional à restrição imposta. Quanto mais ampla a limitação – quer o ponto de vista do objeto, quer do ponto de vista temporal, quer, ainda, do ponto de vista espacial maior deve ser a compensação e vice-versa. O valor da compensação não está vinculado, portanto, ao montante da remuneração recebida pelo empregado durante a vigência do contrato, ao contrário do que já se pretendeu. Se a restrição ao trabalho é pouco abrangente, não se justifica imposição de pagamento correspondente ao salário antes recebido. O importante é que não exista desequilíbrio entre as obrigações das partes.^[62]

Opinião a qual também se adota neste trabalho, tendo em vista resgatar a tendência de se utilizar, não fórmulas prontas, mas sim extrair o necessário e mais adequado a partir da utilização do princípio da proporcionalidade, buscando o equilíbrio entre as prestações dos contratantes, podendo a compensação pactuada

ser maior ou menor do que a remuneração do empregado, a depender abrangência dos demais pressupostos de validade, quer dizer, quanto a amplitude de seu objeto, a sua dilatação temporal e demarcação geográfica.

3. CONCLUSÃO

Foi consagrado ao longo dos séculos XIX e XX, como direito individual, a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, além dos direitos sociais a proteção do trabalhador, representados pelo princípio do valor social do trabalho, haja vista sua hipossuficiência quando imerso nessa relação empregatícia, a qual obsta sua plena liberdade para exercer sua própria autonomia da vontade.

Como o direito se trata de uma ciência social e sofre influências desse meio ao longo do tempo, a segurança das informações e dos conhecimentos aplicáveis à indústria, ao comércio e à prestação de serviços tornou-se ponto crucial para a sobrevivência das organizações mercantis, tendo em vista o valor que as sociedades contemporâneas emprestam aos bens imateriais que compõem os segredos do negócio, *ouknow how* da atividade empresarial.

Daí surge a importância da cláusula de não-concorrência no contrato individual de trabalho, pois ela funciona como o instrumento pelo qual passa a se utilizar o empregador, após o término daquele contrato, para se salvaguardar das possíveis concorrências impetradas pessoalmente pelo próprio empregado, ou por meio de trabalho disponibilizado a concorrente de seu ex-patrão, ao qual o obreiro poderá passar a ser assediado a lhe prestar seus serviços e informações privilegiadas, haja vista os conhecimentos adquiridos quando da execução de seu antigo contrato de trabalho e por conta desse.

Não obstante tal importância, não haver norma expressa sobre tal cláusula problematiza ainda mais o tema. Pois um dos efeitos da cláusula de não-concorrência é justamente a

impossibilidade de o empregado exercer determinada atividade e conseqüentemente prestar serviços a determinados agentes econômicos, infringindo, assim, para alguns, o dispositivo constitucional contido no art. 5º, inciso XIII, da liberdade de trabalho.

Por isso, para sua validade no direito pátrio, sua estipulação deve prever determinados requisitos, como: a proteção do interesse legítimo do empregador; a delimitação do objeto pactuado; a delimitação espacial; a limitação temporal e a compensação pela não-concorrência. De maneira a se ponderar tal princípio da liberdade de trabalho com princípios outros, também previstos na Constituição Federal, como livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada e a autonomia privada. Fazendo-se uso do postulado/ princípio de interpretação constitucional da proporcionalidade, de acordo com o caso concreto.

4. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 242-295

BARBOSA, Denis Borges. **A concorrência desleal, e sua vertente parasitária**. Disponível em: <<http://grotius.net/paginas/200/concorrenca.html>>. Acesso em: Jan. 2014.

BARROS, Cássio de Mesquita. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, 2012, nº 2, São Paulo, p. 103 - 112, Set. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: jan. 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm >. Acesso em: jan. 2014.

BRASIL. TRT-3. RO n.º 01184201209703000 0001184-65.2012.5.03.0097/MG, 4ª Turma, Rel. Convocada Maria Cecilia Alves Pinto. Disponível em: <http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124106175/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1184201209703000-0001184-6520125030097>; Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. TRT - 2. RO n.º 16201820125020 SP 00016201820125020011 A28/ SP, 4ª Turma, Rel. Patrícia Therezinha De Toledo. Disponível em: <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24865777/recurso-ordinario-ro-16201820125020-sp-00016201820125020011-a28-trt-2>; Acesso em: 15 ago. 2014.

FONSECA, José Geraldo da. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3521, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23764>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

FONSECA, José Geraldo da. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. **diritto&diritti**, 13 set. 2012. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/33902-cl-usula-de-n-o-concorr-ncia-no-contrato-de-trabalho>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez, 2012, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23210>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOURENÇO, Shandor Portella. **Aspectos jurídicos da segurança da informação na empresa**. Dissertação (Mestrado)– Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2009.

MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005, p. 1159 a 1169.

NOVO, Cátia Guimarães Raposo. **Da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho**. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5131>. Acesso em: Jan. 2014.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Liberdade de trabalho e a cláusula de não-concorrência**. Disponível em: <http://www.celioneto.adv.br/news/08.2012/liberdade_de_trabalho_e_a_clausula_de_nao_concorrenca.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2014.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade**. 2013. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

PRADO, Elaine Ribeiro. Aplicação do pacto de não concorrência ao trabalhador inovador. **Revista da ABPI**, 2009, nº101, Jul/Ago. 2009, p. 19 a 27.

[1] BRASIL. decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm>. Acesso em: jan. 2014.

[2] BARROS, Cássio de Mesquita. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, 2012, nº 2, São Paulo, p. 103 - 112, Set. 2012.

[3] LOURENÇO, Shandor Portella. **Aspectos jurídicos da segurança da informação na empresa**. Dissertação (Mestrado)– Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2009, p. 38

[4] MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005. p. 1159 a 1169.

[5] *ibidem*

[6] FONSECA, José Geraldo da. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3521, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23764>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

[7] MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005. p. 1159 a 1169 e GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23210>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

[8] FONSECA, José Geraldo da. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. **diritto&diritti**, 13 set. 2012. Disponível em: < <http://www.diritto.it/docs/33902-cl-usula-de-n-o-concorr-ncia-no-contrato-de-trabalho>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

[9] OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade**. 2013. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 4

[10] BRASIL. TRT-3. RO n.º 01184201209703000 0001184-65.2012.5.03.0097/MG, 4ª Turma, Rel. Convocada Maria Cecilia Alves Pinto. Disponível em: <http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124106175/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1184201209703000-0001184-6520125030097>; Acesso em: 13 ago. 2014.

[11] Por todos MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005. p. 1159 a 1169 e OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Liberdade de trabalho e a cláusula de não-concorrência**. Disponível em: <http://www.celioneto.adv.br/news/08.2012/liberdade_de_trabalho_e_a_clausula_de_nao_concorrencia.pdf >. Acesso em: 28 jul. 2014.

[12] BRASIL. decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm >. Acesso em: jan. 2014.

[13] BRASIL, lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em: jan. 2014.

[14] BRASIL. decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm >. Acesso em: jan. 2014.

[15] BARROS, Cássio de Mesquita. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, 2012, n.º 2, São Paulo, p. 103 - 112, Set. 2012.

[16] BRASIL, TRT - 2. RO n.º 16201820125020 SP 00016201820125020011 A28/ SP, 4ª Turma, Rel. Patrícia Therezinha De Toledo. Disponível em: <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24865777/recurso-ordinario-ro-16201820125020-sp-00016201820125020011-a28-trt-2>; Acesso em: 15 ago. 2014.

[17] FONSECA, José Geraldo da. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. **diritto&diritti**, 13 set. 2012. Disponível em: < <http://www.diritto.it/docs/33902-cl-usula-de-n-o-concorr-ncia-no-contrato-de-trabalho>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

[18] JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

[19] BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 314.

[20] OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Liberdade de trabalho e a cláusula de não-concorrência**. Disponível em: <http://www.celioneto.adv.br/news/08.2012/liberdade_de_trabalho_e_a_clausula_de_nao_concorrencia.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2014.

[21] BARBOSA, Denis Borges. **A concorrência desleal, e sua vertente parasitária**. Disponível em: <<http://grotius.net/paginas/200/concorrencia.html>>. Acesso em: Jan. 2014.

[22] PRADO, Elaine Ribeiro. Aplicação do pacto de não concorrência ao trabalhador inovador. **Revista da ABPI**, 2009, nº101, Jul/Ago. 2009, p. 19 – 27.

[23] PRADO, Elaine Ribeiro. Aplicação do pacto de não concorrência ao trabalhador inovador. **Revista da ABPI**, 2009, nº101, Jul/Ago. 2009, p. 19 – 27.

[24] MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[25] NOVO, Cátia Guimarães Raposo. **Da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho**. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5131>. Acesso em: Jan. 2014. p. 162

[26] MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[27] *ibidem*

[28] NOVO, Cátia Guimarães Raposo. **Da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho**. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5131>. Acesso em: Jan. 2014. p. 162

[29] NOVO, Cátia Guimarães Raposo. **Da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho**. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5131>. Acesso em: Jan. 2014. p. 164

[30] MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[31] PRADO, Elaine Ribeiro. Aplicação do pacto de não concorrência ao trabalhador inovador. **Revista da ABPI**, 2009, nº101, Jul/Ago. 2009, p. 19 – 27.

[32] GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23210>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

[33] NOVO, Cátia Guimarães Raposo. **Da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho**. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5131>. Acesso em: Jan. 2014. p. 164 e 165.

[34] OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Liberdade de trabalho e a cláusula de não-concorrência**. Disponível em: <http://www.celioneto.adv.br/news/08.2012/liberdade_de_trabalho_e_a_clausula_de_ao_concorrencia.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2014.

[35] MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[36] MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[37] *ibidem*

[38] GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23210>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

[39] BARBOSA, Denis Borges. **A concorrência desleal, e sua vertente parasitária**. Disponível em: <<http://grotius.net/paginas/200/concorrenca.html>>. Acesso em: Jan. 2014

[40] MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 135

[41] GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23210>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

[42] MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[43] *ibidem*

[44] MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[45] GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23210>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

[46] MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 135

[47] MALLETT, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005 e OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Liberdade de trabalho e a cláusula de não-concorrência**. Disponível em: <http://www.celioneto.adv.br/news/08.2012/liberdade_de_trabalho_e_a_clausula_de_nao_concorrencia.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2014.

[48] MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 135

[49] OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Liberdade de trabalho e a cláusula de não-concorrência**. Disponível em: <http://www.celioneto.adv.br/news/08.2012/liberdade_de_trabalho_e_a_clausula_de_nao_concorrencia.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2014.

[50] BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: jan. 2014.

[51] GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23210>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

[52] MALLETT, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[53] GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23210>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

[54] PRADO, Elaine Ribeiro. Aplicação do pacto de não concorrência ao trabalhador inovador. **Revista da ABPI**, 2009, n.º 101, Jul/Ago. 2009, p. 19 – 27.

[55] NOVO, Cátia Guimarães Raposo. **Da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho**. 2007. 204 f. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5131>. Acesso em: Jan. 2014. p. 177 e MALLETT, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[56] NOVO, Cátia Guimarães Raposo. **Da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho**. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5131>. Acesso em: Jan. 2014. p. 176

[57] BRASIL. lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: jan. 2014.

[58] MALLETT, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[59] MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 135

[60] OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Liberdade de trabalho e a cláusula de não-concorrência**. Disponível em: <http://www.celioneto.adv.br/news/08.2012/liberdade_de_trabalho_e_a_clausula_de_nao_concorrencia.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2014.

[61] MALLETT, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: LTR, 10/2005

[62] GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23210>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

O MOVIMENTO FEMINISTA E SUAS CONQUISTAS

EDICARLOS DA SILVA DIAS: Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade AGES.

RESUMO: Tendo em vista o tema em análise, o presente artigo busca apresentar a atual perspectiva do movimento feminista, bem como sem deixar de esclarecer quanto à sua evolução histórica e sobre os direitos conquistados pelas mulheres a partir da luta social, do âmbito familiar ao reconhecimento no mercado de trabalho e na sociedade machista e patriarcal. Assim, a principal base é refletir como os movimentos sociais podem contribuir para a construção de um mundo mais harmonioso e igualitário, que não lastrei sua visão preconceituosa no que pertence a essa classe que tem sofrido e ainda vem sofrendo para conquistar seu espaço na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Movimentos sócias; Feminismo; Direitos Iguais; Dignidade.

INTRODUÇÃO

A humanidade em toda a sua história sempre travou as mais diversas batalhas para obter seus objetivos. A própria natureza do ser humano envereda para a insatisfação e constante busca por melhorias, assim têm origem os movimentos sociais.

Inúmeros são os exemplos de movimentos sociais, os quais podem ser entendidos como manifestações de grupos determinados com finalidade de conquistar ou garantir certos direitos. Enquanto alguns querem apenas ter assegurados direitos que já lhe foram dispostos, outros buscam esta confirmação, literal, de direitos que já sabem ser inerentes.

Os principais alvos dos movimentos sociais são as autoridades dos Poderes, onde ao Legislativo cobram normas mais justas e eficazes quanto à garantia de seus direitos, ao Executivo são cobradas ações em prol de seus interesses, e ao Judiciário mais agilidade na solução das questões, enfim por todos aquilo que se chama de bem como. No fim, da própria sociedade é exigido mais respeito e capacidade para lidar com diferenças.

1. OS MOVIMENTOS SOCIAIS NA HISTÓRIA

Por movimento social pode-se entender a conduta de determinada coletividade com finalidade de chamar atenção em prol da garantia de seus interesses, através de medidas comissivas, como protestos e greves.

É importante destacar que há uma ligação do Iluminismo com os movimentos sociais, pois em ambos o ser humano é considerado o “objeto central” de tudo, seus direitos e a sua própria existência são os verdadeiros pilares de todas as lutas e ações.

No Brasil, os movimentos sociais surgiram com a própria história do país, destacando-se aqueles do período entre as décadas de 1960 à 1980, quando era vigente o período conhecido como referente à Ditadura Militar. Muitos cidadãos brasileiros iam às ruas protestar, pois imperava a censura, supressão de direitos, assim o povo lutava pela democracia.

A Constituição Federal de 1988, em que se instalou o Estado Democrático de Direito, foi uma das maiores conquistas dos brasileiros, e inegável demonstração de que os movimentos sociais são instrumentos essenciais para evolução dos indivíduos. Mas, como analisa Ferdinand Lassalle, em sua obra “A essência da Constituição”,

Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a

constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país. (2000, p. 33)

A simples posituação dos direitos não garante sua efetividade, uma verdadeira Constituição deve ser baseada na realidade de sua sociedade, protegendo seus interesses, e observando as necessidades de cada parcela de Poder.

2. O MOVIMENTO FEMINISTA NOS DIAS ATUAIS

O Feminismo é um dos movimentos sociais mais vistos no cenário mundial atual. No Brasil, foi no século XIX que surgiram os primeiros eventos do tipo, tendo como principais reivindicações o direito à participação na política e o acesso à educação. Sendo a sua maior realização o direito ao voto, garantido em 1932, oriundo da luta de Bertha Luz, que fundou a Fundação Brasileira pelo Progresso Feminista.

Em campo mundial o Feminismo defende a emancipação da mulher, quanto à dominação imposto pelos homens, que as consideram seres naturalmente inferiores. Nota-se que o Movimento Feminista reage ao preconceito, lutando por uma sociedade mais igualitária, seguindo a ideia de Cristovam Ricardo Cavalcanti Buarque, que em seu texto “Reaja”, ensina o seguinte:

Reaja contra todo e qualquer país que comemora ser uma potência econômico sendo um fracasso social na educação, na saúde, na estrutura urbana, na distribuição de renda, na harmonia entre as pessoas. Reaja contra comemorar o aumento das famílias recebendo assistência em vez de comemorar a diminuição do número de famílias que precisam desta ajuda. (2012, págs. 29-30)

Mulheres se organizaram no intuito de estabelecer sua igualdade em relação aos homens, criando associações e participando de partidos políticos. Atualmente, ver-se que a luta ainda é necessária, pois, infelizmente ainda existe preconceito e

tratamento discriminatório às mulheres, tendo no trabalho condições e salários diferenciados daqueles percebidos por homens que exercem mesma função.

Na política vem se buscando maior espaço para o debate feminino, tendo em vista, possuírem as mesmas condições que os cidadãos do sexo masculino. A própria Constituição Federal de 1988, traz como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º, IV). Nos últimos dias, no Congresso Nacional vem ocorrendo movimento referente à luta das mulheres para garantir que 30% (trinta por cento) das vagas em ambas as Casas sejam ocupadas por representantes femininas do povo e dos Estados. Há um enorme abismo na proporção da população feminina, que é de cerca de mais de 52% (cinquenta e dois por cento), em comparação à sua participação no cenário político, que chega a quase 9% (nove por cento).

No mercado de trabalho ainda persiste uma cultura machista, onde há divisão entre profissões femininas e masculinas, criando-se requisitos que dificultam o acesso à função. Uma das principais causas desse tratamento desrespeitoso se dá pelo fato de que as empresas não querem contratar mulheres, pois há o risco de engravidarem, gerando despesas e maiores obstáculos ao poder de dispensa do contratante, assim nas entrevistas de emprego são feitas perguntas quanto à vida particular da mulher, preferindo-se àquelas que são solteiras.

Outra questão que vem sendo muito debatida na atualidade gera forte polêmica, pois trata do direito ao corpo. Ao redor do mundo um grupo conhecido como “A Marcha das Vadias”, reivindicam o direito de dispor do corpo, as manifestantes andam sem camisa, com os seios a mostra, com objetivo de chamar a atenção para necessidade de tratamento isonômico entre os gêneros, assim como de poder decidir quanto à continuidade da gestação, vestir-se da forma que quiser, sem ser rotulada de forma

alguma, contra a violência doméstica e a opressão imposta pela sociedade centralizada no homem. Essas mulheres buscam dar sentido à suas vidas, sem deixar que sejam determinadas por vontades exteriores, neste sentido afirma Julian Gaggini,

A sensação de que não temos nenhum objetivo desse tipo está, muitas vezes, na raiz das nossas inquietudes em relação ao valor da vida. Muitas pessoas acreditam que ninguém perceberia se elas desaparecem, que nada do que fazem tem qualquer significado. A vida é só ganhar dinheiro, comer, beber e dormir, com alguns períodos de descanso – ou seja, atividades que não servem a nenhum objetivo exceto nos manter vivos e sãos. É difícil não pensar que, se nossas ações servissem a um objetivo maior, nossas vidas teriam sentido. (2008, pag. 30)

A primeira manifestação da “Marcha das Vadias” ocorreu no Canadá, na cidade de Toronto em 2011, com finalidade de demonstrar que ninguém deve ser rotulado por suas vestes, então denuncia-se estupros, que muitas vezes têm a desculpa de que a vítima é culpada por provocar o violentador, ao usar roupas que chamem sua atenção. A socióloga Heleieth Saffioti, no livro “Gênero, patriarcado, violência” traz todo o contexto das violências sofridas pelas mulheres, apresentando teorias de grandes pensadores como Freud. Em seu entendimento a violência deve ser vista como qualquer forma de violação aos direitos humanos.

Houve progresso quanto às condições de trabalho da mulher, sendo assegurado, pelas leis, às mesmas direito à licença maternidade, salário igual ao dos homens e a não ser vítima de qualquer outro tipo de discriminação em seu ambiente profissional. Infelizmente, no mundo fático, ainda persistem ações violadoras de tais garantias, como a diferença de remuneração. E piorando as condições femininas no mercado de trabalho, muitas empregadas são vítimas de abusos e assédio moral e sexual.

3. DIREITO E PROTEÇÃO À MULHER

Existe uma tendência no sentido de que o sistema normativo cada vez mais busque garantir à todas pessoas plenas condições de terem uma vida digna, através da positivação de direitos e da criação e aplicação de políticas públicas.

A sociedade é subdividida em busca de interesses frente ao cenário político. Mulheres, homossexuais, professores, profissionais da saúde, são exemplos de grupos que querem cada vez mais garantir seu espaço.

A Constituição Federal de 1988 e a Declaração dos Direitos Humanos de 1940 trazem os direitos fundamentais e os direitos humanos a serem aplicados tanto no campo interno de cada país, mas a serem efetivados também no cenário internacional, a partir do compromisso de cada Estado com seus cidadãos, que são, da mesma forma, cidadãos do mundo, merecendo ser protegidos em qualquer lugar.

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Isto se dá devido ao fato de a dignidade ser inerente à condição humana, onde independente de quaisquer diferenças como de etnia, religião, cultura, educação ou outras diversificações sob as quais o ser humano se apresente, todos sempre estarão sob igual condição de dignidade por se tratarem de pessoas.

Observa-se então que o princípio da dignidade da pessoa humana é na verdade um valor supremo no âmbito do Estado Democrático de Direito, pelo qual se atraem os direitos e garantias fundamentais, assim todo ordenamento jurídico deve estar calcado na estrita aplicação e respeito a este valor máximo. Assim entende Heleieth Saffioti,

Ora, a democracia exige igualdade social. Isto não significa que todos os *socci*, membros da sociedade, devam ser iguais. Há uma grande confusão entre conceitos como: igualdade, diferença, desigualdade, identidade.

Habitualmente, à diferença contrapõe-se a igualdade. Considera-se, aqui, errônea esta concepção. O par da diferença é a identidade. Já a igualdade, conceito de ordem política, faz par com a desigualdade. As identidades, como também as diferenças, são bem-vindas. Numa sociedade multicultural, nem deveria ser de outra forma. Lamentavelmente, porém, em função de não se haver alcançado o desejável grau de democracia, há uma intolerância muito grande em relação às diferenças. (2004, p. 37)

Mas aqui nota-se ser importante frisar que a igualdade é o direito que se destaca quanto ao tratamento a ser conferido a toda pessoa, visto que todas estão sob a proteção de sua condição de ser humano, portanto, possuidores de dignidade, desta forma observa-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos quando destaca em seu artigo 1º que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Os Direitos Humanos visam uma proteção do indivíduo em âmbito internacional, mas também em âmbito interno de cada país, principalmente aqueles que concordaram em tratados e convenções. Deve haver o respeito à soberania, mas não há permissão para que o país haja com desrespeito à humanidade em geral. A evolução da história humana demonstra um cenário de luta por maiores garantias, tanto frente aos demais indivíduos, quanto a ação do Estado, ao qual foi disposto poder de governar a nação. Para Rubem Cesar Kenert (2012, p. 288) “[...] os direitos humanos são um produto cultural da sociedade e, como tal, evoluem, ou se transforma no tempo, sem que, para tanto, seja preciso abandonar o quanto conquistado até então.”

Nota-se que a maior dificuldade é fazer com que, além do Estado, os indivíduos respeitem o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo inerente a todos, e nele existindo todos os direitos a serem assegurados, como à vida, igualdade e liberdade. A já citada autora, Heleieth Saffioti, afirma que,

As brasileiras têm razões de sobra para se opor ao machismo reinante em todas as instituições sociais, pois o *patriarcado* não abrange apenas a família, mas atravessa a sociedade como um todo. Não obstante o desânimo abater certas feministas lutadoras, quando assistem a determinados comportamentos de mulheres alheias ao sexismo, vale a pena levar esta luta às últimas consequências, a fim de se poder desfrutar de uma verdadeira democracia. (2004, p. 47)

A luta do Movimento Feminista é, portanto, uma luta pelos Direitos Humanos, por dignidade e igualdade. Seus objetivos têm total conotação com o que se percebe por direitos humanos fundamentais.

4. LEGISLAÇÃO CONTRA VIOLÊNCIA

O Brasil registra todos os anos números recordes em violência contra mulher, em casa, no trabalho e nas ruas, pessoas do sexo feminino são vítimas das mais diversas formas de exploração, humilhação e discriminação, da agressão física à violência verbalizada ou velada.

A herança da cultura patriarcal e machista é vista cotidianamente. Em casa, esposas são agredidas por seus maridos, muitas deixam de denunciar por medo, medo de sofrerem mais violência, medo de não terem como se sustentarem, medo da impunidade.

No trabalho mulheres são vítimas de assédio, perseguições e abusos cometidos por chefes e colegas de trabalho. E na sociedade de forma geral ocorrem violências diversas, destacando-se estupros e exploração sexual. Para Pateman,

A dominação dos homens sobre as mulheres e o direito masculino de acesso sexual regular a elas estão em questão na formulação do pacto

original. O contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição. O contrato original cria ambas, a liberdade e a dominação. A liberdade do homem e a sujeição da mulher derivam do contrato original e o sentido da liberdade civil não pode ser compreendido sem a metade perdida da história, que revela como o direito patriarcal dos homens sobre as mulheres é criado pelo contrato. (1993, p. 16-17)

A legislação brasileira no decorrer do tempo demonstra uma evolução na proteção aos direitos das mulheres, destacando-se em 1962 o fato de ser suprimido do Código Civil o chamado “Código da Mulher Casada” e ainda, a mulher ter deixado de ser considerada como relativamente incapaz. Em 1977 foi aprovada a Lei do Divórcio, alguns anos depois, em 1988, a promulgação da Constituição Federal trouxe a garantia da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres nas relações conjugais.

Em 2002, o Novo Código Civil extinguiu a possibilidade de o marido, através de ação, anular o casamento por descobrir que a mulher já não era mais virgem, dois anos depois, em 2004, foi retirado do Código Penal o termo “mulher honesta” no que se referia às vítimas de estupro a serem protegidas, afinal todos os crimes de estupro devem ser punidos, não importando a conduta da vítima.

Um das mais conhecidas leis contra violência doméstica surgiu em 2006, a Lei Maria da Penha, a partir daí muitas outras medidas vem sendo tomadas para garantir proteção às mulheres, destacando-se o texto que acabou por tornar hediondo o homicídio de pessoas do sexo feminino, chamado “Feminicídio”.

4.1 Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)

A Lei 11.340/2006, que leva o nome em homenagem à Maria da Penha, vítima de violência doméstica durante anos, tendo como agressor seu próprio marido, que entre suas formas de

violência a agredia física, psíquica, moral e emocionalmente,   uma das maiores conquistas relacionadas   prote o da mulher.

A luta de milhares de mulheres por prote o contra violência   secular, muitos progressos já foram realizados, mas infelizmente ainda   alto o  ndice desse crime. Políticas públicas são feitas no sentido de dar apoio   mulher e sua família, tendo assistência social, psicológica e jurídica, mas ainda há o receio de muitas vítimas, algumas chegam a denunciar, mas também ocorre desistência em continuar em busca da puni o do agressor.

4.2 Femicídio: crime hediondo

A Lei 8.072/1990 trata sobre os crimes hediondos e equiparados. Estes delitos têm maior reprovac o social, pois causam aversão, e como características apresentam um maior potencial ofensivo, ou seja, grande lesividade. Com vista ao significado da palavra hediondo observa-se que se refere àquilo que   repulsivo ou pavoroso.

Em 9 de março de 2015, foi publicada a Lei 13.104 que estabeleceu como modalidade de homicídio qualificado o assassinato de mulheres, quando a razão for simplesmente a vítima ser da sexo feminino. Sendo também um dos crimes considerados hediondos, essa novidade jurídica foi chamada de "Femicídio", e a pena para o crime varia entre 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Ao artigo 121 do Código Penal, foi acrescentado o  2-A, disciplinada que o mencionado crime ocorrerá quando envolver violência doméstica e familiar contra mulher (I) ou menosprezo ou discrimina o   condi o de mulher.

Deve-se ressaltar que o Femicídio pode ter como agente qualquer pessoa, seja ela do sexo masculino ou mesmo do sexo feminino, então se uma mulher matar outra nas condi es acima expostas estará cometendo femicídio.

NOTAS CONCLUSIVAS

Nota-se que os Movimentos Feministas já conseguiram em muitos aspectos a conquista de alguns de seus interesses, mais ainda há grande espaço para a luta e novas conquistas. O cenário mundial demonstra que a manifestação cada vez mais ganha adeptos, até mesmo do gênero masculino. Em assim procedendo, essa luta é tendenciosa e seu crescimento tende a se expandir cada vez mais, no que tange principalmente as diretrizes que desencadeiam esse ciclo vultuoso que garante que tais direitos alcançados por essa classe tenda a se espriar pelos quatro cantos do mundo.

Mister destacar que não só as mulheres, mas outras classes e minorias poderão usufruir de direitos já dispostos tanto na Constituição Federal quanto no ordenamento infraconstitucional e terão também assegurados outros direitos se a própria sociedade de conscientizar desta necessidade.

A família é a primeira responsável por passar às crianças, futuros cidadãos, a importância de respeitar a diferenças, sejam elas de gênero, etnia, religião, orientação sexual e/ou outras. A educação é ferramenta indispensável para a construção de uma sociedade mundial mais justa, livre e igualitária.

REFERÊNCIAS:

BAGGINI, Julian. **Para que serve tudo isso? : a filosofia e o sentido da vida, de Platão e Monty Python/** Julian Baggini; tradução: Cristiano Botafogo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

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

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848.** 25. ED. SP: Paz e Terra, 2010.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2000.

(IN)CONVENIÊNCIA DA MANUTENÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

RAYANE FERREIRA GUEDES: Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós graduanda pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG em Ciências Penais. Advogada Criminal.

RESUMO: A Constituição de 1988 restituiu ao Tribunal do Júri a soberania de seus veredictos nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida e os delitos que lhes forem conexos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e o devido processo legal são os pilares do exercício do processo penal, sob a perspectiva da processualidade democrática, que pressupõe uma atuação jurídica garantidora dos direitos fundamentais. Este trabalho pretende desmistificar a atuação do Tribunal do Júri sob a égide do Estado Democrático de Direito, e demonstrar sua total incompatibilidade com o sistema processual vigente (acusatório), pautado na epistemologia da incerteza, tendo por base a racionalidade crítica. Os resultados apontaram que a atuação arbitrária desse instituto, centrada nas mãos dos jurados e no poder autoritário do juiz, contribui para alijar os interessados da isonomia da prestação jurisdicional democrática, ferindo a garantia dos direitos fundamentais. Concluiu-se, portanto, pela inconveniência da manutenção do Tribunal do Júri no Brasil, haja vista suas raízes inquisitoriais, em contraposição aos princípios do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Estado Democrático de Direito. Desmistificar. Racionalidade crítica.

ABSTRACT: The 1988 Constitution restored the Jury Court sovereignty of its verdicts in trials of crimes against life and crimes that are related to them. The principles of "contradiction", defense

and due process of law are the basis of the criminal proceedings, from the perspective of democratic processuality, which presupposes a guarantee of fundamental rights in legal action. This paper aims to demystify the Jury Court's atuation under the principles of the Democratic State of law, and demonstrate its utter incompatibility with the current procedural system (adversarial), based on the epistemology of uncertainty, based on the critical rationality. The results showed that the arbitrary action of this institute, centered in the hands of jurors and the authoritarian power of the court, contributes to jettison those interested in the equality of democratic adjudication, injuring the guarantee of fundamental rights. Therefore it was concluded, the inconvenience of maintaining the Jury Trial in Brazil, given its inquisitorial roots, as opposed to the principles of due process and the Rule of Law.

Keywords: Jury Trial. Democratic State of Law. Demystify. Critical rationality.

INTRODUÇÃO

O Júri no Brasil foi instituído pela Lei de 18 de junho de 1822, cujo objetivo era o julgamento dos crimes de imprensa e dos crimes políticos, e se integrou ao Código de Processo Criminal do Império em 29 de novembro de 1832. A Constituição do império de 25 de março de 1824 dispunha sobre o Júri em seu artigo 151, o qual previa a independência do poder judiciário, composto de juízes e jurados, que atuavam tanto no crime quanto no cível.

Na Carta de Lei de 20 de setembro de 1830, o Júri foi mantido para julgamento dos crimes de imprensa, em seus artigos 14 e 15, sendo abolido definitivamente para esse fim, em face da lei 5.250, que entrou em vigor em 14 de março de 1967. A Constituição Republicana de 1891 o previu expressamente na Declaração dos Direitos, no § 31º do artigo 72.

O governo de exceção do presidente Getúlio Vargas não contemplou a soberania do Júri na Constituição Federal de 1937. O advento do Decreto 167 de 1938 alterou definitivamente a instituição, regulamentado de modo a subtrair-lhe a soberania. Pela Carta de 1946, o Tribunal do Júri passou a figurar no capítulo dos direitos e garantias individuais, e no § 28º, de seu artigo 141, devolveu-se a sua soberania. Novamente triunfou a legalidade sobre os efeitos deletérios causados pelo Diploma anterior. A Constituição de 1967 e sua emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969, em seu artigo 153, § 18º, limitavam a atuação do júri. Entende-se que a intenção daquela malsinada Carta Constitucional, imposta de forma ditatorial, vislumbrava nessa restrição mais uma forma de intimidar e de impor a vontade do regime de exceção.

Com o advento da Constituição cidadã de 1988, restabeleceu-se de forma clara e precisa, a soberania do Tribunal do Júri, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII. Ficou, assim, restabelecida a soberania do Júri, que se caracteriza pela imutabilidade, em tese, de seus veredictos.

No Brasil ainda se mantém as formas clássicas ou tradicionais do Júri. Inscrito na Constituição Federal, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, o Tribunal do Júri pertence ao Poder Judiciário.

Necessário cientificar que, mesmo sendo parte integrante do Poder Judiciário, a citada instituição oferece ao jurisdicionado, principalmente ao sujeito ativo de direitos – réu –, todas as “benéncias” que teria perante o Juiz togado, o que não se mostra suficiente, a ponto de poder ser classificado como garantia¹fundamental pelo artigo 5º da Constituição, visto ser uma leitura bastante reducionista de direitos.

Em linguagem analítica e bem simples, pode-se afirmar que o Júri é um tribunal constituído por sete pessoas, maiores de dezoito anos, alfabetizadas, que são sorteadas para compor um conselho presidido por um magistrado, cuja função é julgar os crimes dolosos

contra a vida, tentados ou consumados, e os delitos que lhes forem conexos. São o Brasil², dentre os países latino-americanos de maior importância, se mant m fiel ao júri.

INCONGRUÊNCIAS DA INSTITUI O DO JÚRI FRENTE AO ATUAL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Nesse diapasão far-se necessário compreender que o Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei n.3689/41) tem notória e evidente natureza inquisitorial, por ser caracterizado como reprodu o do Código Fascista Italiano (Código Rocco). O que decerto exige uma compreensão sistemático-constitucionalizada, com o advento do Estado Democrático de Direito.

De tal feita   imprescindível uma contextualiza o no que tange   reforma do Código de Processo Penal, com a atual conjuntura democrática, de cunho garantista e com o propósito implementador de assegurar a efetiva o da celeridade e dos direitos fundamentais do acusado.

O Estado Democrático de Direito preceitua que o processo penal deve ser analisado sob o enfoque constitucional, a fim de que ele deixe de ser visto como mero instrumento para o exercício arbitrador e soberano da jurisdi o e, passe a ser visto como uma institui o precisamente constitucionalizada e garantidora efetiva dos direitos fundamentais. Pensar o modelo constitucional de processo penal sob o enfoque democrático   o que se deve buscar para que haja por certo a concretiza o e efetiva o dos direitos fundamentais do acusado. Dessa forma, busca-se no plano material e procedimental, o respeito aos princípios constitucionais do processo, corolários do devido processo legal.

Assim sendo,   essencial compreender a sistemática do Direito Penal. Tal “constitucionaliza o” pretendida com a reforma de 2008 não trouxe efeitos úteis ao Tribunal Popular³, haja vista a manuten o da estrutura arcaica⁴, desmedida e incompatível com o atual sistema processual vigente.

É necessário ater-se ao fato que, embora haja a previsibilidade do Júri na Constituição brasileira de 1988 como direito fundamental, tal previsão se mostra insuficiente para considerá-lo compatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que o referido instituto não condiz com a atual processualidade democrática prevista pela Constituição, por apresentar ampla parcela de suas características de feições essencialmente inquisitoriais.

Modernamente verifica-se que um dos graves problemas enfrentados pelo campo do saber reporta-se ao repouso dogmático⁵. Tal repouso é verificado na medida em que não se estudam mais e não se questionam as “verdades absolutas”. Constata-se que o Tribunal do Júri é um instituto cuja doutrina nacional desfruta de um extenso repouso dogmático, uma vez que há anos não lhe é questionada sua legitimidade e necessidade, em razão de não ousarem criticar a cláusula pétrea da Constituição, art. 5º, XXXVIII.

Decerto certifica-se, conforme já aclarado, que a qualificação atribuída ao Tribunal Popular não condiz com o atual sistema processual vigente, tendo em vista que a mera “participação popular” não o torna democrático, apenas representa um pequeno elemento dentro da vasta concepção de democracia. Este instituto ainda precisa passar por uma “reengenharia processual”, pautando-se na construção do provimento jurisdicional e incluindo a participação de todos aqueles interessados no provimento (inclusive o acusado), que ainda hoje é visto como um “objeto de investigação” e não como “sujeito de direitos”.

Países francamente democráticos estão abolindo a instituição do júri e, no máximo, elegendo uma nova forma de composição mista das cortes: o escabinado⁶. São os casos da França, da Alemanha, da Bélgica, da Itália e da Grécia.

A Constituição Federal de 1988 incluiu o Tribunal do Júri dentre o rol dos direitos e garantias individuais, e, sendo este rol uma cláusula pétrea, se mostra impossível a aprovação de uma emenda constitucional que vise abolir o Júri. Assim sendo, a extinção do Júri para a criação de um modelo diferenciado, conforme se verifica no escabinado, não será possível enquanto a Constituição Federal de 1988 se mantiver em vigência no país. Ressalta-se, ainda, que apenas o poder constituinte originário é capaz de abolir essa instituição atrasada desmedida e inquisitorial no Brasil.

Além dos argumentos já explanados far-se necessário destacar, que a forte influência midiática presente no Tribunal do Júri coloca em risco a independência, substituta do juiz, posto que, além dos julgamentos carregados de pré-conceitos, os acusados em plenário têm que se confrontar com um ordenamento “jurídico” individual e interno, muitas vezes, descomedidamente moral e ético.

Os jurados, em geral, diante do apelo midiático, são declinados à condenação, haja vista que os leigos são mais suscetíveis a pressões e quaisquer outros tipos de influências, principalmente midiáticas, na medida em que carecem de conhecimento técnico jurisdicional.

Assim sendo, compreende-se que o jurado ouve e “assimila” sem questionar, apenas repete sem qualquer fundamento aquilo que ouviu, utilizando de forma imprópria e muitas vezes desprezível, com ideias preconceituosas e discriminatórias, as redes sociais, com anseio de que veio ao mundo para fazer justiça. O “analfabeto” midiático não percebe que o enfoque pode ser uma simples escolha construída e que está sendo manipulado. Interpreta os fatos com ingenuidade, tendo certeza de que tudo o que ele vê, crê, lê e ouve é o suficiente e, portanto, corresponde à realidade. Toda essa influência do populismo presente no Tribunal do Júri causa um desequilíbrio da estrutura democrática do processo como um todo.

A ideia de julgamento pelos próprios pares advém de uma concepção conservadora e metodista de exercício arbitrário da autoridade, com uma falsa aparência democrática. Tal afirmação se concretiza, uma vez que os jurados fazem parte de um grupo seletivo de pessoas que são “apropriadamente” escolhidas e autorizadas a proferir julgamentos.

Esses julgamentos proferidos não estão em consonância com o Estado Democrático de Direito, posto que violam em demasia princípios como o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa, dentre outros, conforme já aclarado. Fala-se de indivíduos leigos⁷ que não são instruídos intelectualmente para julgarem o acusado, uma vez que não compreendem a legislação pertinente, e, portanto, julgam conforme sua consciência e senso de justiça, sem ao menos terem o dever de prestar qualquer esclarecimento a alguém, posto que suas decisões não são fundamentadas. O Estado, não pode permitir que o cidadão seja julgado através de “qualquer elemento”, visto que a decisão imotivada, cerceando a liberdade de um indivíduo, é puro arbítrio.

A decisão tem de permitir a participação de todos aqueles envolvidos no processo, caso contrário há violação ao texto constitucional no que tange aos princípios corolários do Devido Processo Legal. A participação apenas dos jurados, excluindo a *participação efetiva* de todos aqueles interessados no provimento jurisdicional (inclusive do acusado) se mostra demasiadamente em desacordo com os ideais estabelecidos pela constituição e sua atual conjuntura democrática.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o direito penal deve ser utilizado com base na Constituição brasileira, respeitando-a, dado que os direitos fundamentais têm por *animus* frear a atuação arbitrária do Estado e de seus institutos jurídicos, conferindo à instituição um caráter mais garantista e não meramente formal, através de uma plausível regulamentação infraconstitucional.

O Tribunal do Júri deve ser analisado de forma crítica e metódica, com o propósito de se compreender os mecanismos do sistema processual acusatório, através de uma construção científica do instituto adotado no Brasil.

Assim, mostra-se fundamental compreender que todos aqueles interessados na construção do provimento jurisdicional têm o direito garantido pela Constituição de participação, ampla e irrestrita, mas, como demonstrou os argumentos apresentados no presente trabalho, não é isso que se mostra hodiernamente na prática. O decisionismo encontra-se centrado nas mãos dos jurados, através da indevida exclusão dos interessados na construção isonômica do provimento jurisdicional, elemento esse de suma importância, por ser corolário do devido processo legal e considerado o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, que está sendo corroído e violado, pouco a pouco, pela visão atrasada, autocrática e inquisitorial de processo. Fato é que o Tribunal Popular julga e continuará julgando bem mais pelo instinto do que pela própria lógica ou razão, ora absolvendo os culpados, ora condenando inocentes.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 135.

HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao código penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958. 2 v.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Tribunal do júri precisa passar por uma reengenharia processual**, 08 ago. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-08/limite-penal-tribunal-juri-passar-reengenharia-processual>> Acesso em: 29 ago. 2014.

MARQUES, José Frederico. **O Júri**. Estudos de Direito Processual Penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Questões processuais penais controvertidas**. 4. ed. São Paulo: Leud, 1995. p. 299.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NOTAS:

¹ “Sendo o Júri qualificado em tese como uma garantia do acusado, deveria este poder renunciar a um julgamento pelo Tribunal do Júri. Nos Estados Unidos o Júri é um direito fundamental e o réu pode renunciar em vários casos.” (NUCCI, 1999).

² “Dos países latino-americanos de maior relevo e importância, só o Brasil se mantém fiel ao júri. Chile e México, Argentina e Uruguai - para só citar alguns - nada querem com o júri, salvo o México, onde o júri obrigatório tão só para os crimes de imprensa e os crimes políticos. Justificando a supressão do júri mexicano, ocorrido por volta de 1929, CARLOS FRANCO SODI termina suas considerações com muita verve, dizendo que o júri era um espectáculo, pero no hacía justicia.” (MARQUES, 2001, p.112).

³ “A manutenção do velho instituto, na realidade, não se justifica”, e elucida ainda que “As democracias populares admitem a participação do povo na administração da justiça, mas sob formas toda (sic) peculiariaras em que se não encontram tribunais do tipo do júri clássico”. (MARQUES, 2001, p.125).

⁴ “Instituição superada e deslocada no tempo, que Hungria já denominou de ‘osso de megatério a pedir museu’”. (Walter Coelho, 1958. 2v).

⁵ “O Tribunal do Júri é um dos temas em que a doutrina nacional desfruta de um longo repouso dogmático, pois há anos ninguém (ousa) questiona(r) mais sua necessidade e legitimidade”. (LOPES, 2014, p.21).

⁶ “A responsabilidade do réu é examinada e decidida em conjunto pelos juízes leigos e juízes profissionais” (MARQUES, 2001).

⁷ “O ato de julgar requer profissionalismo e preparo, não podendo ser feito por leigos, pois é exatamente por isso que a probabilidade de ocorrer erro judiciário no Júri é maior, posto que o jurado pode afastar-se das provas constantes dos autos e decidir bem como quiser”. (NOGUEIRA, 1995).

AS MODIFICAÇÕES DO SISTEMA RECURSAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MARIANA LEONOR BOMFIM RUIZ CHAGAS:
Acadêmica do Curso de Direito da Universidade
Camilo Castelo Branco - Unicastelo, Campus de
Fernandópolis-SP (2016).

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o presente artigo tem por finalidade discorrer sobre as principais alterações do sistema recursal com o advento da Lei 13.105/2015, aprovada pelo Plenário do Senado em 17 de dezembro de 2014 e, publicada no Diário Oficial em 16 de março de 2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil. As principais modificações no diploma legal tendem a garantir maior celeridade e simplicidade aos processos judiciais que levam muitos anos para serem solucionados. Serão abordadas as principais alterações no tocante aos prazos processuais e aos recursos em geral, visto que, as modificações efetivamente introduzidas podem trazer implicação na prática cotidiana dos operadores do direito, de modo que, os processos são movidos por prazos processuais, que são de extrema importância e, se não observados com rigor podem ser fatais para o direito da parte litigante. É de extrema importância a abordagem sobre esse tema tão atual que representa a garantia de conquistas fundamentais para o dia-a-dia dos advogados, fortalecendo assim sua brilhante atuação na carreira jurídica.

Palavras-chave: Modificações; Prazos; Recursos; Novo Código de Processo Civil.

Abstract: With the advent of the new Civil Procedure Code, this article aims to discuss the main modifications on the appeal system with the enactment of 13,105/2015 Law , which was approved by the Senate Plenary on December 17th ,2014 , and it was published on

the Official Gazette on March 16th, 2015 establishing the new Civil Procedure Code. The main modifications in the legal diploma tend to ensure greater speed and simplicity to lawsuits that take so many years to be solved. This paper will also address the main changes on the procedural deadlines and in the general appeals, the effectively modifications must bring problems on the everyday practice of law professionals, considering that the processes are moved by procedural delays, which are extremely important and, if they're not observed strictly, they can be fatal to the right of the litigant. It's so important to approach this issue that represents the guarantee of fundamental achievements for the lawyers' day-to-day activities currently, thus strengthening their brilliant performance on their legal profession.

Key words: modifications, deadlines, resources, New Civil Procedure Code.

1 - INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil define como tramita um processo na Justiça, com prazos, tipos de recursos, competências e formas de tramitação.

Após anos de discussões e votações, o Novo Código de Processo Civil foi enfim sancionado em março de 2015 e, entrará em vigor neste ano de 2016, mas precisamente no mês de março, após um ano da *vacatio legis* estabelecida. Fruto de um trabalho de mais cinco anos, o NCPC/2015, representa a garantia de conquistas fundamentais para o dia-a-dia dos advogados, fortalecendo sua atuação na área jurídica.

O NCPC/2015 foi instituído com o objetivo de trazer mais celeridade ao poder judiciário, uma vez que, todos nós operadores do direito ou não, sabemos que, o nosso judiciário tem como um dos principais problemas a morosidade nos processos, que se arrastam por anos a fio sem que as partes recebam soluções

para seus litígios, não sendo capaz de atender as reais necessidades solicitadas com total eficiência. Para que tal objetivo seja alcançado com total maestria, o Novo Código de Processo Civil pretende enxugar os formalismos existentes no CPC antigo, tornando-o o sistema processual um pouco menos complexo do que o anterior. Dellani em seu artigo: “O Novo CPC e os recursos” nos relata que: "O resgate ao prestígio do judiciário, bem como a modernização e atendimento as demandas com mais eficiência são os principais objetivos do novo Código de Processo Civil".[1]

Outra finalidade não menos importante, é fazer com que as decisões processuais sejam mais justas e eficazes, visto que, a demora na prestação jurisdicional na maioria das vezes impede que a justiça seja feita, em razão da morosidade estabelecida durante o processo.

Na exposição de motivos do anteprojeto a intenção dos juristas mostrou-se cristalina quanto a esta questão (pág. 14): “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”.[2]

Dentre as várias alterações que o NCPC/2015 nos traz, a que talvez provocará importantes mudanças no cotidiano dos advogados será quanto aos prazos, exclusivamente processuais, visto que os prazos são de fundamental importância para a continuidade e andamento dos processos.

Quanto aos recursos, importantíssima ferramenta utilizada quando do inconformismo de uma decisão judicial, o Novo Código de Processo Civil admite a interposição de nove recursos, visando a obtenção de um processo mais célere, econômico e efetivo, simplificando assim o sistema recursal, sem gerar qualquer restrição ao direito de defesa, quanto a simplificação do sistema recursal, os juristas na exposição de motivos do anteprojeto não nos deixam dúvidas:

"Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado".^[3]

São evidentes que as alterações no sistema recursal com o advento do NCPC/2015 irão atingir todos os profissionais da área do direito, principalmente aqueles que trabalham diretamente com a área cível, sendo assim, por tratar-se de um tema atual e importantíssimo para o âmbito jurídico é de fundamental importância a análise aprofundada deste estudo, buscando a atualização e informação de todos nós.

2 - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil teve uma grande preocupação com os princípios e garantias previstas na Constituição Federal.

Fica expressamente disposto em seu primeiro artigo sobre a Constitucionalização do Direito Processual Civil: "Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".^[4] Observa-se que o legislador teve uma preocupação maior em demonstrar que o processo civil, além de ser um meio de concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, deve ser interpretado nos moldes desta.

3 - PRAZO PROCESSUAL

Conceitua-se prazo processual como o lapso de tempo que uma das partes possui para praticar qualquer ato processual válido para aquele momento, sendo o prazo delimitado por dois termos, sendo estes, inicial, quando se inicia a

possibilidade de uma das partes promoverem o ato e, o final, onde se encerra o espaço de tempo previsto para a prática do ato processual.

De forma geral, os prazos podem ser classificados como: legais, que são aqueles fixados por lei, como por exemplo, a resposta do réu, que deve ser apresentada em quinze dias, judiciais, que são designados pelo juiz no caso de uma designação ou redesignação de uma audiência e os convencionais, ajustados de comum acordo entre as partes envolvidas naquele litígio.

3.1 - DA TEMPESTIVIDADE

No parágrafo 4º do artigo 218 do novo CPC, ficou expresso que, os prazos interpostos antes do termo inicial não serão mais considerados intempestivos como no código anterior, vejamos: “Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”.[\[5\]](#)

Esta foi uma novidade no estatuto, vencendo assim qualquer controvérsia jurisprudencial referente ao assunto.

3.2 - DO PREPARO

No que se refere ao preparo, custo financeiro para interposição de um recurso, o NCPC/2015, trouxe algumas adaptações.

Mantém-se como regra a comprovação imediata do recolhimento do preparo para que não ocorra a deserção, com um novo detalhe, caso a parte que interpôs o recurso mas não o comprovou, esta será intimada para realizar o recolhimento em dobro e efetuar a comprovação no prazo de cinco dias, desta feita, não ocorrerá mais a deserção de imediato como no código anterior, entretanto se o recolhimento for insuficiente, a parte recorrente não fará jus ao benefício da complementação, benefício este que só poderá ser desfrutado quando, o recorrente, que realizou o

recolhimento do preparo e o comprovou nos autos logo em seguida, entretanto o valor recolhido foi insuficiente. Outra hipótese de não deserção, ocorrerá nos casos em que, houve erro quanto ao preenchimento da guia, a parte que recorreu terá a oportunidade de no prazo de cinco dias saná-la.

3.3 - CONTAGEM DOS PRAZOS

Com a chegada do novo Código de Processo Civil várias serão as inovações no tocante a contagem dos prazos processuais.

A partir de agora, os prazos para interposição de recursos passam a ser unificados, podendo ser interposto em quinze dias, com exceção apenas dos embargos de declaração, cujo prazo processual se mantém, podendo ser interposto em cinco dias. A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação, excluindo-se o dia do começo e incluindo o dia de vencimento.

Todos os prazos processuais passam a ser contados apenas nos dias úteis, sendo assim disposto no artigo 219: “Na contagem dos prazos em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”.^[6]O novo Código de Processo definiu mais claramente em seu artigo 216 o que são feriados, a saber, os sábados, os domingos e os dias em que não houver expediente forense.

Quando houver omissão na lei quanto a fixação do prazo ou o juiz deixar de fazê-lo, o parágrafo 3º do artigo 218 nos remete que, nestes casos os prazos serão de cinco dias para a prática do ato processual.

3.4 - SUSPENSÃO DOS PRAZOS

Uma das principais inovações trazidas pelo NCPC/2015 refere-se à suspensão do prazo processual no lapso temporal compreendido entre 20 de dezembro a 20 de janeiro,

sendo assim, poderá os nobres advogados usufruir de um período de férias sem se preocupar com o cumprimento dos prazos processuais, neste período, evitando com isso a indesejada perda de um prazo.

Importante ressaltar que, neste período o que ficará suspenso serão os prazos processuais e não os processos, uma vez que, juízes, promotores e defensores continuarão a exercer suas atribuições durante o período de 20 de dezembro a 20 de janeiro, salvo se não estiverem em gozo de férias individuais. Neste mesmo período não serão designadas audiências ou sessão de julgamento.

4.0 - DOS RECURSOS

A palavra Recurso deriva do *latim recursus*, possibilidade de voltar, retornar, retroceder. Recurso é instrumento utilizado pela parte vencida ou terceiro prejudicado, com a finalidade de se promover o reexame e reforma de uma decisão judicial proferida no processo e provém de uma atuação voluntária da parte. Para WAMBIER; TALAMINI, (2014, pag. 670) “Os recursos podem ter em vista reformar, invalidar, esclarecer ou integrar a decisão impugnada ou parte dela”.^[7]

Os estudiosos consideram que nossos recursos tiveram origem no direito romano, mais precisamente na denominada *apellatio* romana, nesse período o recurso era interposto diretamente ao imperador que o apreciava pessoalmente. Com o passar do tempo o poder de revisão que era apenas atribuído ao imperador, foi delegado a magistrados por ele nomeado.

4.1 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS RECURSOS

Os princípios podem ser definidos como a base, o fundamento, a origem de todo um sistema processual jurídico, estes incidem sobre as normas jurídicas, servindo de critério para a sua exata compreensão. Muitos são os princípios instrutores da

sistemática jurídica, entretanto alguns se fazem importantes de tal forma que configuram verdadeiros alicerces da ciência do Direito.

São vários os princípios que justificam e orientam o sistema recursal do novo Código de Processo Civil. Dentre eles estão os princípios do duplo grau de jurisdi o, da taxatividade, da unirrecorribilidade e da proibi o de *reformatio in pejus*, podendo em algumas situa es também admitir o princípio da fungibilidade.

4.1.1 - O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDI O

Este   um princípio constitucional que traz segurança jurídica ao processo, consiste em dizer que uma mesma matéria deve ser apreciada duas vezes, por dois órgãos diferentes do Poder Judiciário.

Entendem MEDINA;WAMBIER, (2013, pag. 52), “toda decisão judicial deve poder ser submetida a novo exame”.[\[8\]](#)

O novo exame deve ser realizado por um juiz diverso daquele que prolatou a decisão.

4.1.2 - O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

De acordo com este princípio, para que seja considerado recurso, deve primeiramente haver previsão legal. Segundo WAMBIER; TALAMINI, (2014, pag. 677), “a taxatividade dos recursos significa a necessidade de que sejam criados por lei federal”.[\[9\]](#)

Existe em nosso ordenamento jurídico um rol taxativo dos recursos, além dos previstos no nosso CPC, existem também leis extravagantes que disciplinam outras espécies de recursos.

4.1.3 - O PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE

Consiste na regra que, contra uma decisão só se deve ser interposto um único recurso, o que impede que a parte recorrente interponha simultaneamente dois ou mais recursos

contra uma mesma decisão. De acordo com MEDINA; WAMBIER, (2013, pag. 65), “para cada ato judicial recorrível apenas um recurso é previsto pelo nosso ordenamento”.[\[10\]](#)

No Novo Código de Processo Civil há uma exceção quanto à regra do princípio da unirrecorribilidade, previsto no artigo 1.031, onde se permite a interposição conjunta do recurso especial e do recurso extraordinário, quando o legitimado afirmar que a decisão ora impugnada ofendeu norma constitucional e de direito federal concomitantemente.

4.1.4 - O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS

Com este princípio o recorrente nunca terá sua situação agravada com o julgamento de seu recurso, quando a decisão for impugnada, ou ela irá se manter ou melhorar.

4.1.5 - O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL

Como a nossa legislação processual prevê a interposição de vários recursos, em certos casos o recorrente legitimado possui dúvidas quanto a qual recurso será interposto naquele momento processual.

Alguns requisitos são exigidos para aplicação do princípio da fungibilidade sendo: dúvida objetiva, inexistência de erro grosseiro e que, a interposição do recurso seja feito no momento processual adequado para ele.

Já novo estatuto civil pode-se verificar o princípio da fungibilidade recursal em dois artigos sendo, 1.024, parágrafo 3º e no artigo 1.032.

4.2 - BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA RECURSAL

No direito romano o recurso era interposto diretamente ao imperador que o analisava pessoalmente sem a intervenção de ninguém.

Um pouco mais adiante, surge uma nova instituição a *provocatio*, assim definida por Oliveira (2015, pag 28) “um recurso que permitia a parte supostamente lesada por uma sentença invocar a autoridade de um juiz necessariamente superior que ao revisar a decisão, poderia mantê-la ou reformá-la”.^[11]Essa nova modalidade de recurso tinha por finalidade manter ou reformar a decisão ora recorrida, através de um novo julgamento.

Com a queda do Império Romano, e conseqüente invasão dos bárbaros, durante o período feudal, desaparece o sistema recursal conhecido anteriormente, pois os conflitos passam a ser solucionados por intermédio de assembleias presididas pelo senhor feudal, vez que, ele era autoridade máxima e as decisões tomadas por ele eram irrecorríveis.

A recorribilidade das decisões judiciais sempre foram admitidas no direito português, de início o sistema recursal era regulamentado por lei geral, em seguida pelas Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas.

4.2.1 - REGULAMENTO 737

O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, surgiu para regulamentar as causas comerciais, todavia, ficou conhecido como o primeiro instituto processual brasileiro, visto que, primeiramente vigoravam as Ordenações Afonsinas que regulamentavam o direito português. O regulamento admitia os embargos de declaração, a apelação, o recurso de revista e o agravo, este último possuía um rol taxativo quanto as hipóteses de cabimento, assim dispostos em seus respectivos artigos como transcreve Oliveira (2015, pag 29):

"Art. 641: Os embargos de declaração só terão lugar, quando houver na sentença alguma

obscuridade, ambiguidade ou contradicção, ou quando se tiver omitido algum ponto sobre que devia haver condenação.

Art. 646: Tem lugar a apelação para a Relação do districto nas causas que excederem de 200\$ (art. 26 do Título único), quando a sentença fôr definitiva ou tiver força de definitiva.

Art. 665: O recurso de revista poderá ser interposto para o Supremo Tribunas de Justiça das sentenças proferidas nas Relações, se o valor exceder de 2:000\$ (art. 26, Título único), ainda que se não tenham oppostos os embargos do art. 663"[\[12\]](#).

O Regulamento 737, foi sucedido pelos códigos de processo estaduais da Primeira República.

4.2.2 - O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

O Código de Processo Civil de 1939 foi uma tentativa de unificar os códigos estaduais, teve o propósito de superar os problemas ligados as Ordenações do direito português. No tocante aos recursos, eram previstos: apelação, agravo de instrumento, agravo de petição, agravo no auto do processo, embargos de nulidade e infringentes do julgado, embargos de declaração, recurso de revista, recurso extraordinário e carta testemunhável.

O CPC/1939, no que se refere ao sistema recursal era demasiadamente confuso, provocava a incerteza de qual seria o recurso cabível, tamanha era complicada sistematização.

4.2.3 - O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

O Código de Processo Civil de 1973, foi instituído com o intuito de simplificar o confuso sistema recursal do CPC/1939. Dessa forma, foi abolida a interposição do recurso de revista, os embargos de nulidade, agravo de petição e no auto do processo. A

interposição de apelação passou a ser admissível somente de sentenças e o agravo de todas as decisões interlocutórias. Oliveira (2015, pag 33) nos informa de que forma caberá esses recursos:

"Se o juiz põe termo ao processo, cabe apelação. Não importa indagar se decidiu ou não o mérito. A condição do recurso é que tenha havido julgamento final no processo. Cabe agravo de instrumento de toda a decisão, proferida no curso do processo, pela qual o juiz resolve questão incidente".[\[13\]](#)

Desta feita, o código de processo civil de 1973 avançou muito no tocante ao sistema recursal. Entretanto, mesmo com o grande avanço do sistema recursal, o CPC/73 sofreu diversas minirreformas exatamente no que se refere aos recursos, mudanças essas que tinham como objetivo principal, acelerar o julgamento dos recursos nos tribunais. As minirreformas ocorreram nos anos de 1990, 1994-1995, 1998, 2001 e 2004-2008.

4.3 - DOS RECURSOS NO NOVO CPC/2015

Os recursos no Novo Código de Processo Civil estão disciplinados na Parte Especial, no Livro III, intitulado “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação de decisões judiciais”. Este livro se divide em dois títulos sendo: Título I: “Da ordem dos processos de competência originária dos tribunais” e o Título II: “Dos recursos”.

Com o advento do Novo Código de processo Civil, surge um novo sistema recursal no processo civil, sem muito formalismo, para atender o objetivo principal do novo CPC, que é de trazer maior celeridade aos andamentos processuais. Os recursos processuais estão previstos em um rol exemplificativo, e, a partir de agora elencados no artigo 994 do CPC os seguintes recursos:

I - apelação;

- II - agravo de instrumento;
- III - agravo interno;
- IV - embargos de declaração;
- V - recurso ordinário;
- VI - recurso especial;
- VII - recurso extraordinário;
- VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário;
- IX - embargos de divergência."[\[14\]](#)

Verifica-se que, os embargos infringentes foram extintos no novo CPC.

4.3.1 – APELAÇÃO

Com a finalidade de pedir o reexame de uma decisão, a apelação é o recurso cabível contra sentença proferida pelo juiz. No NCPC/2015 o conceito de sentença está disciplinado no parágrafo 1º do artigo 203 sendo:

“Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.[\[15\]](#)

Pelo novo CPC, tal recurso encontra-se disciplinado no artigo 1.009, que estabelece: “Da sentença cabe apelação”.[\[16\]](#)

Quanto aos requisitos da apelação, o artigo 1.010 os define em seus quatro incisos, devendo ser esta endereçada ao juiz da causa, sendo inadmissível apresentá-la ao tribunal competente para o julgamento diretamente. A petição interpondo o recurso de apelação deverá conter os nomes e a qualificação das partes,

entretanto, caso não haja tal qualificação não poderá isso ser elemento de não conhecimento do recurso interposto, em segundo lugar deve trazer a exposição do fato e do direito, onde a parte recorrente deve expor os motivos para fundamentar o pedido de reexame da matéria ora decidida. Sob pena de não ser conhecido, o recurso de apelação deverá trazer nas suas razões recursais o pedido de reforma ou decretação de nulidade. Para finalizar, a petição deverá trazer o pedido de uma nova decisão, o qual é a finalidade do próprio recurso.

4.3.2 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

O agravo de instrumento é o recurso cabível contra as decisões tidas como interlocutórias, que de acordo com parágrafo 2^a do artigo 203 são pronunciamentos judiciais de natureza decisória que não enquadre no parágrafo 1^o.

No artigo 1.015, esta elucidado de forma expressa as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento e que são:

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.[\[17\]](#)

O agravo de instrumento deverá ser interposto no prazo de quinze dias contados da ciência da decisão, estando este sujeito a preparo recursal, que deve ser acompanhado da petição quando do protocolo, conforme artigo 1.107 CPC.

A petição do agravo de instrumento deve ser protocolizada diretamente no tribunal competente para julgá-lo, e deve ser elaborada em conformidade com os requisitos previstos nos incisos do artigo 1.1016 sendo eles: o nome das partes; a exposição do fato e do direito; as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido; o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo.

4.3.3 - AGRAVO INTERNO

O agravo interno será interposto contra decisão monocrática proferida pelo relator no prazo de quinze dias, será este dirigido ao relator que intimará o agravado para apresentar contrarrazões também em quinze dias. Após, poderá o relator se retratar, caso isso não ocorra, será o recurso apreciado em julgamento pelo órgão colegiado.

4.3.4 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O artigo 1.022 estabelece que:

“Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou requerimento;

III - corrigir erro material”.[\[18\]](#)

Neste recurso está a exceção quanto ao prazo unificado dos recursos estabelecido no novo código de processo civil, visto que, o prazo para interposição dos embargos são de cinco dias. A petição deve ser dirigida ao órgão jurisdicional com a indicação da obscuridade, contradição, omissão ou erro e não se sujeitam a preparo.

4.3.5 - RECURSO ORDINÁRIO

O recurso ordinário tem origem e previsão constitucional, disciplinado pelo artigo 1.027, incisos I e II, a petição interpondo o recurso ordinário será dirigida ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, que possuem competência para julgar:

“I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão;

II - pelo Superior Tribunal de Justiça:

a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

b) os processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País”.[\[19\]](#)

Quando o recurso ordinário envolver em um dos polos estado estrangeiro ou qualquer órgão internacional, deverá seguir o procedimento do artigo 1.028 caput, portanto o mesmo da apelação, conseqüentemente será submetido as contrarrazões no seu juízo de origem, nos demais casos deverá ser interposto perante o tribunal de origem.

4.3.6 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

O recurso extraordinário é assim denominado, pois, tem cabimento somente em casos extremos previstos na Carta Magna. Está elencado no artigo 994, VII do novo Código Civil, é um recurso previsto constitucionalmente, com a finalidade de proteger a aplicabilidade da Constituição e Leis Federais, sendo admissível em determinados casos expressamente previsto no artigo 102, III, CF/88:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.[\[20\]](#)

Portanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariou dispositivo da Constituição, ou declarou inconstitucional lei federal ou tratado que julgou válida lei ou ato de governo federal contestado em face desta Constituição. Todavia fica expressamente evidenciado que o recurso extraordinário tem a finalidade de fazer a Constituição e as Leis Federais serem cumpridas.

Já o recurso especial tem como escopo garantir a autoridade da lei federal e uniformizar a sua interpretação, sendo este recurso também previsto constitucionalmente no artigo 105, III:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.[\[21\]](#)

Destarte que o recurso especial é julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nas petições de interposição dos recursos especial e extraordinário deverão conter a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso e, as razões do pedido de reforma ou invalidação da decisão recorrida

4.3.7 - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO

O artigo 1.042 do novo CPC prevê o agravo como recurso cabível das decisões que inadmitir a interposição de recurso extraordinário ou o recurso especial:

“Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que:

I - indeferir pedido formulado com base no art. 1.035, § 6º, ou no art. 1.036, § 2º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo;

II - inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior;

III - inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida”.[\[22\]](#)

A primeira hipótese de cabimento do recurso elencada no inciso I, é quando ocorrer o indeferimento de pedido de exclusão da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente. A segunda hipótese recursal é quando se inadmitir o recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior, disposto no inciso II. A terceira ocorre quando se inadmitir recurso extraordinário com base no artigo 1035 parágrafo 8º:

“Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica”.[\[23\]](#)

4.3.8 - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência está disposto no artigo 1.043 onde apresenta e amplia as hipóteses de cabimento dos embargos em recurso extraordinário ou especial, sendo elas:

a) divergência de julgamento de órgãos do mesmo tribunal, sendo as decisões, tanto embargada como a paradigma, de mérito;

b) divergência de julgamento de órgãos do mesmo tribunal, sendo as decisões referentes ao juízo de admissibilidade e

c) divergência de julgamento de órgãos do mesmo tribunal, sendo um acórdão analisando o mérito e o outro de não conhecimento do recurso, mesmo que tenha apreciado a controvérsia.

A finalidade dos embargos de divergência é a de uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, portanto não podem ser utilizados como nova via recursal, visando a corrigir equívoco ou controvérsia advinda do julgamento do próprio recurso extraordinário ou especial.

5 - DESISTÊNCIA DO RECURSO

De acordo com artigo 998 do novo CPC, o recorrente poderá a qualquer tempo, sem anuência do recorrido ou dos litisconsortes desistir do recurso interposto, vejamos:

“Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.[\[24\]](#)

No tocante a desistência do recurso o novo diploma legal se mantém como o anterior.

6 - CONCLUSÃO.

O Novo Código de Processo Civil foi enfim aprovado pelo Plenário do Senado em 2014 e sancionado em março de 2015, com o objetivo de trazer maior celeridade para o andamento processual. Após anos de trabalho, as alterações do NCPC/2015, representam a garantia de conquistas fundamentais para o dia-a-dia dos advogados, fortalecendo sua atuação na área jurídica.

O novo CPC foi instituído com o objetivo de trazer maior celeridade aos processos judiciais, tornando o sistema processual um pouco menos complexo do que o anterior, sem muito formalismo para o andamento dos processos. Outro objetivo que acompanha a novo diploma legal é fazer com que as decisões processuais sejam mais justas e eficazes para aqueles que buscam na jurisdição a resolução de seus conflitos.

As alterações no atual sistema recursal, objeto do recursal presente artigo, foram extremamente necessárias, visto que, estes são um dos obstáculos para a celeridade dos processos na esfera cível, pois o antigo código trazia um excesso de formalismo para a interposição de recursos, o que acaba por dificultar o andamento processual. Foram extintos alguns recursos e restringindo o uso de alguns para dar celeridade ao poder judiciário. Outra importante mudança no sistema recursal refere-se aos prazos processuais, estes foram unificados podendo a partir de agora os recursos serem interpostos no prazo máximo de quinze dias, com exceção apenas dos embargos de declaração. Uma das principais inovações trazidas pelo NCPC/2015 no tocante aos

prazos processuais refere-se à suspensão do prazo processual no lapso temporal compreendido entre 20 de dezembro a 20 de janeiro, sendo assim, poderá os nobres advogados usufruir de um período de férias sem se preocupar com o cumprimento dos prazos processuais, evitando com isso a indesejada perda de um prazo.

As modificações novo código de processo civil no tocante aos prazos e recursos, tendem a garantir maior celeridade e simplicidade aos processos judiciais que se arrastam por anos e anos sem serem solucionados.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Código de Processo Civil:Lei n° 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em:<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em jan 2016.

BRASIL. [Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988](#). Disponível em:www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em jan 2016.

DELLANI, Diorgenes André. *O novo CPC e os recursos*. In: Artigos Jus Brasil. Disponível em:<http://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigods/112156873/o-novo-cpc-e-os-recursos>. Acesso em dez 2015.

JR., Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. – Salvador: Jus Podivn, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo Sistema Recursal Conforme o CPC/2015*. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3ª ed. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

PARIZATTO, João Roberto. *Manual Prático do Novo Código de Processo Civil*. 1ª ed. – São Paulo: Edipa Editora Parizatto, 2015.

SARAIVA. *Códigos de Processo Civil Comparados*. – São Paulo: Saraiva, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 14ª ed. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

NOTAS:

[1]DELLANI, Diogenes André. *O novo CPC e os recursos*. In: Artigos Jus Brasil. Disponível em: <http://diogenes.jusbrasil.com.br/artigos/112156873/o-novo-cpc-e-os-recursos> acesso em dez 2015.

[2]BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> acesso em jan 2016.

[3]BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> acesso em jan 2016.

[4]BRASIL, Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

[5]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

[6]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

[7]WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo.*Curso Avançado de Processo Civil*. 14ª ed. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

[8]MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.*Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3ª ed. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

[9]WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo.*Curso Avançado de Processo Civil*. 14ª ed. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

[10]WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 14ª ed. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

[11]OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo Sistema Recursal Conforme o CPC/2015*. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

[12]OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo Sistema Recursal Conforme o CPC/2015*. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

[13]OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo Sistema Recursal Conforme o CPC/2015*. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

[14]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

[15]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível

em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

[16]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

[17]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

[18]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

[19]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em fev 2016.

[20]BRASIL. [Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988](#). Disponível em:www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em jan 2016.

[21]BRASIL. [Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988](#). Disponível em:www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em jan 2016.

[21][22]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

[23]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

[24]BRASIL, Código de Processo Civil:Lei n° 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em jan 2016.

OS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS E O DIREITO À INFORMAÇÃO ASSEGURADA AO CONSUMIDOR

DAISE CRISTINA FELTRIN: Estagiária da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis/SP, estudante do 9º semestre (5º ano) do curso de Direito na Universidade Camilo Castelo Branco- UNICASTELO, campus Fernandópolis/SP.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estudar a comercialização dos alimentos transgênicos, confrontando os dispositivos legais estatuídos pelo CDC, especificamente no que tange ao direito à informação e, por via de consequência, à liberdade de escolha. O Biodireito tutela tanto interesses de ordem pública, como também de ordem particular, quando alcança o ser humano, em sua individualidade enquanto sujeito de direito. Muito se tem falado sobre novas tendências do direito. Isso se deve, principalmente, ao avanço tecnológico, que faz surgir questões polêmicas, de grande repercussão na sociedade e no mundo jurídico.

Palavras- Chaves: Alimentos Transgênicos, Biodireito, Direito do Consumidor, Rotulagem.

ABSTRACT: This article aims to study the marketing of GM foods , comparing the legal provisions statutory CDC , specifically with respect to the right to information and , in consequence , freedom of choice. The Biolaw protection of both public interests, as well as particular order , when it reaches the human being in his individuality as a subject of law. Much has been said about new trends in the law. This is due mainly to technological advances , which raises controversial issues of great impact on society and the legal world .

Words- keys: Transgenic Food, Biolaw, Consumer Law, Labelling.

INTRODUÇÃO

A Engenharia Genética nunca esteve tão em pauta como nos dias atuais. As suas inovações tecnológicas, cada vez mais, afetam a vida cotidiana das pessoas.

Os polêmicos Organismos Geneticamente Modificados, mais conhecidos como Transgênicos, são fruto desse ramo do conhecimento humano.

O enfoque do presente artigo consiste em uma tentativa de analisar a comercialização dos alimentos geneticamente modificados no mercado de consumo nacional, dentro dos padrões atuais, traçando-se um paralelo com a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), especificamente no tocante ao direito elementar da informação e, como consequência, à liberdade de escolha.

Sendo destacados os direitos elementares do consumidor à informação e à liberdade de escolha. Demonstrando, outrossim, que a comercialização dos alimentos transgênicos, sem um mecanismo que possa efetivamente identificá-los como tal, encerra uma subversão dos já mencionados direitos do consumidor, além de configurar oferta viciada e publicidade enganosa.

1. ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADOS

Os organismos geneticamente modificados (OGMs), também conhecidos como “transgênicos”, nunca foram alvo de tantas discussões e polêmicas como nos dias atuais. De um lado, estão as grandes multinacionais detentoras das patentes dos aludidos inventos, veementes defensoras da sua proliferação e consumo. Do lado diametralmente oposto, encontram-se os ambientalistas, que abominam o cultivo e consumo de tais produtos, sobretudo em razão de potenciais riscos ao meio ambiente e à saúde humana.

No meio desta tábula de discussões estão o governo brasileiro, que ainda não adotou uma efetiva posição a respeito do assunto e os consumidores, que, infelizmente, não são suficientemente informados para que possam formar uma opinião e há muito consomem alimentos transgênicos sem saber que o fazem.

Segundo Maria Rafaela J. B. Rodrigues, “os organismos geneticamente modificados (OGMs) são aqueles obtidos pela técnica do DNA recombinante, nos quais são inseridos genes, em geral de outra espécie ou mesmo reino.”.

1.1 ALIMENTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS: DISCUSSÃO PARA TODA A SOCIEDADE

Os impactos da influência dos alimentos transgênicos atingem toda a sociedade, incluindo consumidores, produtores, empresários do agronegócio, pesquisadores, centros de pesquisas, governos e diversas instituições sociais.

É um assunto atual, polêmico e que diz respeito a todos os cidadãos, seja por sua influência direta nos alimentos, seja pela correlação com o problema de sustentabilidade do Planeta no longo prazo em termos de biodiversidade, ecossistema, qualidade de vida, direitos econômicos e pessoais e crença na natureza como patrimônio da humanidade.

1.2. ALGUNS ACONTECIMENTOS PREOCUPANTES

Segundo o químico e especialista em genética Flávio Lewgoy revela que já há vários casos comprovados no mundo de graves danos à saúde humana e animal provocados pelo uso de transgênicos. “O que os críticos dos transgênicos sempre disseram está aparecendo, e em grau exponencial, mostrando que se tratam de produtos de alto risco”, afirmou o cientista.

Na Índia, em seis aldeias, os trabalhadores de plantações do algodão Bt. (transgênicos) tiveram afecções de pele, olhos e aparelho respiratório. Detalhe importante que todos tinham, anteriormente, trabalhado com algodão não geneticamente modificado (convencional), sem apresentar esses problemas de saúde.

Outro caso relatado por Lewgoy, em Hesse, Alemanha, onde doze vacas leiteiras de um rebanho, alimentadas com folhas e sabugos de milho Bt. (transgênicos) morreram. A fornecedora das sementes pagou 40 mil euros de indenização ao fazendeiro mas as amostras coletadas para exames de laboratórios sumiram, misteriosamente. Por outro lado em fazenda dos Estados Unidos

constatou-se que, entre ração transgênicas e não- transgênicas, os animais preferem a última.

2. TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR

É inconcebível a sociedade organizada dissociada do consumo. Independentemente da classe social, o homem consome desde o nascimento até os últimos dias da sua vida.

O consumo é de suma importância, seja porque visa a suprir as necessidades humanas, seja porque é o principal combustível de qualquer sistema econômico.

As relações de consumo são bilaterais, pressupondo a existência de um fornecedor em um pólo, e um consumidor no outro. O fato é que, este último, se subordina aos interesses impostos pelo primeiro, titular dos bens ou serviços, para atender às suas necessidades de consumo.

Essa imposição de interesses aliada ao conhecimento técnico e científico que detém o fornecedor, relega o consumidor a uma condição desfavorável no contexto da relação de consumo.

Com o escopo de atribuir um maior equilíbrio a essa relação jurídica, o Estado passou a intervir, por meio do Microsistema Jurídico de Proteção ao Consumidor, encabeçado pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

A partir de então, os direitos dos consumidores extrapolaram a esfera cível e passaram a ser contemplados por uma legislação mais específica.

2.1 A EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

As relações de consumo evoluíram significativamente nos últimos anos, das primitivas operações de escambo (troca de mercadorias) e das primeiras operações mercantis, chegou-se progressivamente as sofisticadas operações de compra e venda, importação, leasing, etc.. Surgiram os grandes estabelecimentos comerciais e industriais, hipermercados, shopping centers.

Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série, para um número cada vez maior de consumidores. Os serviços também se ampliaram notoriamente.

Essa radical modificação nas relações de consumo culminou em uma conscientização de que o consumidor estava desprotegido e, portanto, necessitava de respaldo legal protetivo.

2.2 TRANSGÊNICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

O direito à informação é basilar, como não poderia deixar de ser, no sistema brasileiro de proteção do consumidor. Só um consumidor bem informado pode exercer a efetiva liberdade de escolha, pressuposto do ideal ato jurídico de consumo (consumo consciente).

Não se pode olvidar que na relação de consumo não é o consumidor que deve informar-se para o seu resguardo quanto a eventuais danos pelo fornecimento do produto ou serviço. Na verdade, à luz da atual legislação consumerista, compete ao fornecedor prestar a ampla, verdadeira e clara informação ao consumidor, sob a fiscalização do Estado.

Um dos princípios regedores das relações de consumo adotados pelo Código de Defesa do Consumidor é o da Transparência, de molde a permitir que o consumidor não só tenha consciência exata da obrigação assumida ao adquirir um produto, como, também, possa saber quais as suas características, qualidades, os fins a que se destina e os eventuais riscos que o seu uso oferece, a fim de que possa optar por consumi-lo ou não.

Todavia, entendemos que a comercialização de alimentos, que possuem na sua cadeia produtiva ingredientes de origem transgênica, sem a devida rotulagem que possa individualizá-los, além de constituir um acinte aos direitos à informação e à liberdade de escolha, implica a irregularidade na oferta.

Estabelece o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor que:

“A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

As informações constantes da oferta devem ser *corretas*, revelando com fidelidade as propriedades dos produtos ou serviços; *claras*, isto é, de fácil compreensão e que prescinde de conhecimentos técnicos ou científicos por parte do consumidor; *precisas*, dando ao consumidor a idéia exata dos atributos do produto ofertado; *ostensivas*, de modo que estejam bem visíveis e de fácil localização no momento da pré-aquisição; e, por derradeiro, devem ser *em língua portuguesa*, por razões óbvias, uma vez que nenhum consumidor brasileiro é obrigado a conhecer vários idiomas a fim de inteirar-se do conteúdo das mensagens ou informações sobre o que pretende adquirir.

Entretanto, no que tange a oferta de produtos alimentícios com ingredientes transgênicos, esses preceitos norteadores da ideal oferta não têm sido observados.

A publicidade é definida pelo art. 8º do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária como “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e idéias”.

Estatui, ainda, o § 3º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor que: “Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

Portanto, ao nosso sentir, a publicidade de um alimento geneticamente modificado sem a informação precisa e clara de que existem em sua composição ingredientes de origem transgênica, consiste em comunicação de informação falsa, por omissão, configurando publicidade enganosa, prática tão abominada pela legislação consumerista.

1.3.3. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA sobre rotulagem

Como visto, a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), através dos já mencionados dispositivos legais, assegura aos consumidores o direito à informação, carreado ao fornecedor a incumbência de prestá-la, de maneira mais ampla, verdadeira e clara, sobretudo para que se possa proceder a uma escolha consciente.

Também foi mencionado que o caso dos alimentos transgênicos não é uma exceção a esses mandamentos e que, portanto, a existência de ingredientes de origem geneticamente modificada em tais produtos deve ser informada, fiel e ostensivamente aos consumidores, sob pena de se subverter direitos básicos, além de configurar oferta viciada e publicidade enganosa.

A rotulagem nas embalagens ou recipientes dos referidos alimentos é uma das formas mais efetivas de prestar informações sobre as suas peculiares propriedades.

No Brasil, a questão da rotulagem atualmente é regulamentada pelo Decreto n.º 4.680 de 24 de abril de 2003. Tal norma regulamenta o direito à informação, assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis à espécie.

O diploma legal estabelece em seu art. 2º que:

“Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto”. (grifo nosso).

De início, infere-se que a rotulagem é obrigatória apenas para os produtos alimentícios que, na sua composição, detenham mais de 1% de ingredientes ou componentes de origem transgênica.

Por outro lado, quem garante que esse limite será fielmente respeitado. A tarefa de examinar os produtos para aferir se existem, na sua composi o, ingredientes transgênicos em quantidades tão pequenas   complexa e não existem no Brasil laboratórios suficientes que sejam habilitados pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para fazer este tipo de análise que, normalmente,   encomendada em laboratórios estrangeiros.

O símbolo oficialmente definido para identificar o produto com percentual acima do limite de 1% de ingrediente transg nico   um “T” de cor negra, inserido dentro de um triângulo eqüilátero com fundo amarelo e de bordas pretas. Foi elaborado ainda um símbolo semelhante, porém com fundo interno em branco, para ser utilizado em rótulos a serem impressos em preto e branco. A idéia   que a identifica o padronize a informa o sobre a presença de transgênicos nos produtos.

O dispositivo legal em comento estabelece, ainda, as expressões específicas a serem utilizadas, a fim de que haja uma padroniza o também na forma escrita de rotular os alimentos transgênicos.

CONCLUSÃO

Os alimentos transgênicos são aqueles oriundos de uma planta que teve o seu material genético artificialmente alterado, para agregar-lhes características peculiares, como resistência a pragas e herbicidas, tornar seus frutos mais tolerantes a condi es desfavoráveis de clima e transporte, além de proporcionar uma maior durabilidade.

A controvérsia que recai sobre os referidos alimentos diz respeito ao desconhecimento acerca das conseq ncias que podem ser causadas, pela sua produ o e consumo, ao meio ambiente e   saúde humana.

Em que pese às incertezas que permeiam os transgênicos, a sua produ o, cultivo e comercializa o já são legalizados. Mas, foi com a efetiva libera o para o consumo que se acirraram as maiores discussões a respeito do assunto.

  cediço que o microsistema jurídico de defesa do consumidor tem por fim precípuo intervir nas rela es de consumo, as quais são

imprescindíveis à sociedade, com vistas a atribuir um equilíbrio à relação jurídica estabelecida entre consumidor e fornecedor.

Isso porque, sendo o consumidor médio hipossuficiente em relação ao fornecedor, sobretudo em razão de disparidades econômicas e de conhecimento técnico, faz-se imprescindível a tutela jurídica protecionista capaz de impedir abusos e imposições arbitrárias.

É com esse ímpeto que a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) assegurou algumas prerrogativas e direitos básicos ao consumidor.

Guarnecido de todas as informações essenciais acerca do produto, o consumidor tem condições de exercer o seu direito de escolha, pressuposto da ideal relação de consumo, isto é, o consumo consciente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000.

GARCIA, Lenise A. Martins. Plantas Transgênicas (<http://www.mindware.com.br/edutecnet/edtransg.htm>). 10 de Abril de 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIECHMANN, Jorge. Cultivos e Alimentos Transgênicos: um guia crítico. Tradução de Ricardo Rosenbusch. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

RODRIGUES, Maria R. J. B. Bio Direito – Alimentos Transgênicos. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

SOUZA, Valdomiro José de. Projeto Genoma Humano: utopia do homem geneticamente perfeito. Franca: Ribeirão Gráfica, 2001.

<http://www.agrisustentavel.com/ogm/2007/230707.html>

O PERDÃO JUDICIAL

**RODOLPHO HENRIQUE DA
COSTA:** Estudante do Curso de Direito,
na universidade Camilo Castelo Branco,
Campus Fernandópolis-SP.

Professor orientador:

ANDRÉ DE PAULA VIANA

RESUMO: O presente trabalho busca, sobretudo, analisar os diferentes posicionamentos existentes sobre conceito, origens e natureza jurídica deste instituto, bem como sua evolução com o passar dos anos e os avanços a que ainda pode se ter. Para tanto, serão citados alguns posicionamentos doutrinários acerca da questão sem, contudo, deixar de mencionar a previsão legal do referido instituto. Faz-se de grande importância analisar os conceitos do perdão judicial, para que se possa compreender sua amplitude, ressaltar sua importância e possibilitar assim que seja concedido aqueles que o tenham como direito, garantindo a real aplicação da justiça. Por vezes ouve-se falar em “impunidade” quando ocorre a aplicação deste instituto em alguns casos, visto que aqueles que não possuem conhecimento jurídico não compreendem o que é o instituto e o porquê de sua aplicação nestes casos. A análise de forma simples e clara visa justamente possibilitar o acesso à informação e a compreensão, sejam os interessados leigos ou não.

Palavras chave: Perdão judicial. Doutrina. Instituto. Graça. Conceito. Natureza jurídica.

ABSTRACT: This study aims mainly to analyze the different existing positions on concept, origins and legal nature of this institute as well as its evolution over the years and the progress that can still have.

To this end, some doctrinal positions on the matter will be referred without, however, fail to mention the legal provisions of the said institute. it is of great importance to analyze the concepts of judicial forgiveness, so that we can understand its scope, to emphasize their importance and to allow so be granted those who have such rights, ensuring the effective implementation of justice. Sometimes you will hear talk about "impunity" when the application of this institute is in some cases, whereas those who do not have legal knowledge do not understand what is the institute and why its application in these cases. The analysis simply and clearly aimed precisely provide access to information and understanding, are interested laymen or not.

Keywords: judicial forgiveness. Doctrine. Institute. Grace. Concept. Juridical nature.

SUMÁRIO: Introdu o. 1. Do conceito e da nomenclatura. 2. Da natureza jurídica do perdão judicial. 3. Origem histórica do instituto. 4. Introdu o do perdão judicial no direito brasileiro. 5. Conclusão. Referências.

INTRODU O

O perdão judicial   um instituto jurídico que carece de sistematiza o em nosso conjunto legislativo. Não   difícil identificar divergências doutrinarias e jurisprudenciais fundadas acerca dele em nosso ordenamento.

  uma hipótese de extin o da punibilidade e esta prevista no Art. 107, IX e 120 do Código Penal.

O instituto foi introduzido em 1940, mas tratado com pouca importância ate 1977, justificado pela falta de previsão na legisla o anterior. Arnaldo Sampaio, em 1955 escrevia que:

(...) muito poucas vezes a controvérsia, aqui, tem chegado aos tribunais. Justifica-se este fato porque, raramente, entre nós, ocorre ao juiz, valer-se da faculdade que lhe confere a lei, preferindo utilizar-se da suspensão condicional da pena para beneficiar o réu, quase sempre, na suposição de que, por esse último caminho, atinge o mesmo desiderato (...). Haverá, por certo, uma razão para que o juiz se abstenha de lançar mão do instituto, quando se lhe apresenta a hipótese. Dele não cuidava a legislação anterior. E a inovação, introduzida na lei atual (...) não parece encorajar o magistrado que, de ordinário, passa a encarar-la como faculdade mais ou menos supérflua, já que a suspensão condicional da pena parece, à primeira vista, supri-la inteiramente, na sua finalidade, assim mal interpretada. (*Apud* ALMEIDA AGUIAR, 2004, p. 1)

Com a reforma do Código Penal em 1984, o perdão judicial passa a tratar das hipóteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa, e não mais apenas dos casos de crimes de pequeno potencial ofensivo, como era até então, reacendendo assim as discussões sobre o assunto.

Pode-se definir três importantes momentos na escala evolutiva do instituto em nosso ordenamento, sendo o primeiro a Lei n. 6.416/77, que introduziu os crimes de lesão corporal culposa e homicídio culposos como hipóteses de aplicação do perdão judicial. Em seguida destacou-se a reforma do Código Penal de 1984, com a Lei n. 7.209/84, pela primeira vez tratando do perdão judicial, e trazendo-o na parte geral do Código Penal. Foi também a referida lei que concedeu a nomenclatura ao instituto.

O terceiro marco veio com a Lei n. 9.807/99, que tornou abrangente o instituto, considerando que a partir desse momento, o

perdão judicial passou a ser aplicável a qualquer crime existente em nosso sistema, na hipótese de colabora o premiada.

A lei permanece lacunosa a cerca do tema, tornando- o fruto da interpreta o do texto legal, fazendo assim durar as divergências doutrinarias e jurisprudenciais, possibilitando ricas discussões, mas que infelizmente pouco contribuem para a evolu o do instituto.

O fato   que o instituto tem evoluído e ganhado importância, e ainda tem muito a evoluir, como pretende- se mostrar no presente trabalho.

1. DO CONCEITO E DA NOMENCLATURA

Não há um conceito de perdão judicial definido pela legisla o brasileira, sendo assim coube   doutrina apresentar entendimentos sobre o tema. No entanto, restam varias opiniões diversas sobre a natureza jurídica, seus efeitos, e também sobre a sentença que concede o perdão judicial.

Dentre os doutrinadores brasileiros, o que apresenta o melhor conceito para o perdão judicial talvez seja Romeiro (1978, p. 153, 154), segundo ele, o perdão judicial:

Pode ser definido como o instituto jurídico pelo qual o juiz, reconhecendo a existência de todos os elementos para condenar o acusado, não o faz, declarando- o não passível de pena, atendendo a que, agindo por essa forma, evita um mal injusto, por desnecessário, e o acusado não tornara a delinquir.

Por esse conceito, fica claro que há um crime formal, no entanto o magistrado se isenta de aplicar a pena, declarando o acusado não passível desta, visando evitar um mal injusto, pela certeza de que o acusado não voltara a repetir o delito.

Outro conceito importante é o trazido por Frederico Marques (1954, p. 270). Segundo ele, o perdão judicial é “a providencia de caráter jurisdicional com que o juiz deixa de aplicar ao autor de uma infração penal, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, o preceito sancionador cabível”.

Na mesma linha de raciocínio, Damásio (1977, p. 677) leciona que: “perdão judicial é o instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstancias”.

É certo que praticamente todos os doutrinadores penalistas apresentaram seu ponto de vista sobre o instituto, cada qual sendo uma importante contribuição. Apresentam-se aqui alguns dos conceitos que se destacam por serem mais completos e explicativos. Entretanto, cabe ressaltar que nenhum deles se satisfaz por completo.

Com tudo isso, pode-se entender que o perdão judicial é o instituto do direito penal que visa evitar um mal injusto, através da individualização e estudo do caso concreto, vinculado a determinadas circunstancias, onde o magistrado se abstém de aplicar a sanção cabível ao autor de conduta típica, ilícita e culpável, por ter por certo que este não tornara a cometer o mesmo ato, extinguindo assim a punibilidade da conduta.

Muito se discute também, acerca da nomenclatura adotada para o instituto. Muitos doutrinadores, como Gessinger (1984, p. 35,36) não acatam a nomenclatura legal, entendendo que o instituto não é um ato de perdão concedido pelo juiz.

(...) há de se ver que o nome ‘perdão judicial’ é absolutamente inadequado. Veja-se o que ocorre com muita frequência: a tomada do mundo da pseudoconcreticidade –o mundo fenomênico- pelo mundo da essencialidade. O fenômeno indica a essência, mas, ao mesmo tempo, a esconde. Esta- a essência- não se da,

imediatamente, ao ser cognoscente. Às vezes apresenta-se mascarada, enganosa, no fenômeno. Daí o erro de se tomar o fenômeno pela essência. (...) o nome 'perdão judicial', assim, poderá fazer com que se escorregue em raciocínios não rigorosamente verdadeiros ou lógicos. Tudo porque, para esses raciocínios, não se parte do instituto, em si, mas do seu nome. Ora, é fácil de ver que, se o nome apresenta problemas, o edifício construído sobre ele tenderá a ruir, fragorosamente, mais cedo ou mais tarde.

(...) é a lei que prevê o seguinte: se existir o delito, mas o juiz constatar que a aplicação da pena não é necessária seja porque a pronuncia de culpa já é o suficiente, seja porque já houve *apoenamento naturalis*, estamos diante de um direito que o agente tem de não ser agredido pela desobediência ao princípio do *ne bis in idem*. Foi o legislador, no seu momento político específico, quem previu a possibilidade. O trabalho do juiz, pois, é de investigação e de constatação dessas circunstâncias possibilitadoras de não aplicação da pena. Ele- Juiz- simplesmente aplica a lei. Não há nada de perdão nisso. (...) Nada de se falar em ato de perdão, ato de perdoar. Há que se falar, simplesmente, em caso de dispensa da pena ou caso de não aplicação de pena, por respeito ao princípio do *ne bis in idem*, enunciado pelo legislador.

Segundo a linha de raciocínio do autor, o instituto se fundamenta unicamente ao princípio do *ne bis in idem*, o que não está de acordo com a corrente majoritária, como demonstrar-se-á a seguir.

Outros autores, seguindo o mesmo raciocínio e inspirados pelo direito germânico adotaram a terminologia ‘dispensa de pena’ ou ‘isenção de pena’, como Wagner Pacheco e Rogério Tucci, entretanto, tal pensamento já resta ultrapassado.

Há diversos fatores que apontam para a melhor adequação da nomenclatura perdão judicial. Na Itália, por exemplo, o instituto é denominado há muito *deperdono giudiziale*; na França, incluía-se à *Loi Du Pardon*. No direito brasileiro, há outro instituto que se assemelha, chamado “perdão do ofendido”, cabível em ação penal privada e que extingue a punibilidade (Art. 105 e 106, CP). Tal adequação foi consagrada com a reforma da parte geral do nosso código penal, que instituiu ao instituto a nomenclatura perdão judicial.

2. DA NATUREZA JURÍDICA DO PERDÃO JUDICIAL

A natureza jurídica do perdão judicial é um tema bastante controverso, como afirma Marcelo Barbosa (1991, p. 65), “autores dos mais renomados divergem a respeito e a divergência é tanto mais importante na medida em que ela reflete em segurança”.

No mesmo sentido, Arnaldo Sampaio (1955, p.1-2)

Não ficou bem clara, parece certo, a intenção do legislador, no que respeita à significação e ao alcance do perdão judicial, no Direito Positivo Brasileiro. Perfilhando a medida, tudo indica que ele se inspirou no Código italiano, fonte tradicional do nosso direito punitivo, mas ao fazê-lo, mostrou-se temeroso, talvez, das consequências de sua aplicação com amplitude difícil de ser controlada, tratando-se de providência da mais alta importância, justificada pela moderna política criminal. Talvez por isso, limitou-se a salpicar o Código, em algumas de suas páginas, desse vigoroso remédio, sem ousar um passo além do insopitado desejo de

inovar na superfície. E a consequência disso se traduz, clara e inapelavelmente, na circunstância de vermos perdido, no corpo do nosso Direito Penal, instituto de tão grande relevância, sem que dele tenhamos podido auferir as grandes vantagens que pode oferecer no campo da moderna sociologia. (...) Mas isso não exige de crítica o legislador brasileiro, pela maneira indecisa do seu comportamento, esquivando-se de dar ao instituto melhor consideração. Na verdade foi além: absteve-se, mesmo, de uma definição que seria de todo desejável, quanto à disciplina a ser dada ao perdão judicial, no sistema do moderno direito penal brasileiro. Imperdoável é, sem sombra de dúvida, o silêncio da Exposição de motivos, a respeito de um instituto que, pela primeira vez, vinha figurar em nosso direito positivo. Incompreensível é, ainda, a omissão relativa à sua disciplina processual.

Tamanha a complexidade do tema, encontramos quatro diferentes correntes que sobre ele divergem: causa de exclusão do crime, escusa absolutória, indulgência judicial e causa de extinção de punibilidade.

A primeira posição vê o instituto como causa de exclusão do crime e foi inspirada pelo direito italiano. Segundo seus defensores, a providência seria um meio de tornar nulo o caráter delituoso que reveste o fato típico.

Sobre a influência fundada no Direito italiano adotada pela corrente, Arnaldo Sampaio (1955, p. 3) que explica:

Partindo do pressuposto de que foi o direito peninsular, a fonte em que o legislador brasileiro foi buscar o novo instituto, para lhe dar aplicação entre nós, há de prevalecer a tendência que se

manifesta ali, na doutrina, através de seus interpretes, no sentido da maior amplitude na aplicação da medida.

Adotando essa corrente, Wagner Pacheco (Revista dos Tribunais, p.289-290) explica que, na Itália o juiz, depois de comprovada a existência do fato delituoso, ele o cancela com o instituto do perdão.

É a lição de Carnelutti (*El delito*, p.219), para quem essa atividade judicial representa uma atenuação do rígido dever do juiz de infligir a pena, desde que demonstrada a existência do crime (*idem*, p.26). O mestre peninsular, ademais, por entender que ‘o juízo penal é um mal para quem o sofre e que , por isso, ocasiona um sofrimento’, que, para certas pessoas, ‘é mais grave do que aquele que lhe possa ser causado em caso de condenação’ (*El problema de La Pena*, p. 52-53), afirma que com o perdão judicial não há uma total remissão da pena, posto que co o processo o réu já a sofreu pelo menos em parte (*Idem*, p.54). Também Bettiol (Direito Penal) vê o instituto como causa extintiva genérica do crime. No mesmo sentido, Giuseppe Lampis (*Nuevo Digesto Italiano*, Torino), afirmando que ‘o perdão judicial, mais que sobre o delito em si mesmo, exercita o seu efeito extintivo sobre o direito- dever do Estado, que a extinção desse direito- dever, em consequência da renuncia sobrevinda com o perdão judicial, leva a considerar o delito extinto, o Código italiano colocou ordenadamente o perdão entre as causas de extinção do delito’.

A segunda corrente trata do perdão judicial como causa de escusa absolutória. Segundo esse entendimento, o perdão judicial levaria a uma absolvição do acusado.

Adotaram essa corrente os penalistas de escol, Pacheco (Revista dos Tribunais, p.289-291) em defesa desta, instrui que

Envolvidos nesta corrente encontramos Luiz Jimenéz de Asúa (La Ley e El Delito, p.541 *et seq.*), Basileu Garcia (Comentários ao Código de Processo Penal), José Frederico Marques (Elementos de Direito Processual Penal) (...) e Euclides Custodio da Silveira (Direito Penal: crimes contra a pessoa, p.253). E é, também, a posição, frente ao Direito Alemão, de Hans Welzel, embora o jurista germânico agregue a facultatividade de sua concessão como atributo próprio do perdão (Das Deutsche Strafrecht, p. 422). Cremos poder incluir, entre os que veem o instituto como uma escusa absolutória, os insignes Aníbal Bruno (Direito Penal, p.165-166) e Alcides Munhoz Netto (A Ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal, p.128), posto que ambos aludem a uma isenção de pena decorrente do perdão, com evidente conotação de exclusão de punibilidade. E dando essa mesma conotação ao instituto podem encontrar-se pelo menos dois arestos de tribunal nacional, ambos originários do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (RT 404/276 e 520/398).

Esse pensamento teve origem na França, em 1918 com a *Loi du Pardon*, mas ainda entre eles, foi rejeitado.

O perdão não é meio de absolvição do acusado pelo julgador, visto que é reconhecida a existência de fato típico, ilícito e culpável,

bem como a certeza da autoria do fato, sendo por fim não aplicada a pena ao acusado. Compreende-se assim que são institutos diversos e não se confundem.

A corrente vê o perdão judicial como mera indulgência judicial, “sem qualquer correlação com a sanção penal em si, otológica e teleológica considerada “ (PACHECO, p. 290)

Não é admitida, uma vez que não se pode admitir que o magistrado possa se colocar acima do Estado, exercendo por suas próprias razões o perdão.

A quarta corrente é a mais plausível e acatada em nosso ordenamento. Segundo ela, o perdão judicial tem natureza jurídica de extinção da punibilidade.

Sobre ela, explica Pacheco (1980, p. 290- 291):

É na quarta posição que se concentra a força amplamente majoritária da doutrina (...). Já Enrico Ferri (*Principios de Derecho Criminal*, p.313, 336 e 699) assim entendera o instituto e com essa natureza o previra no artigo 82 de seu projeto (*Idem*, p. 757). Assim o viu Hungria (*Novas questões Jurídico-Penais*, p.105), embora mais tarde o equiparasse à extinção posterior da sentença condenatória (Comentários ao Código Penal) (...). Revendo sua posição anterior, Fragoso (*Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, p. 36) passou, também, a observar o instituto como causa extintiva da punibilidade. Da mesma forma Frederico Marques (*Curso de Direito Penal*), embora o ilustre Mestre, em algumas passagens, como já se disse, fale em escusa absolutória. Alinham-se, ainda, na mesma corrente de pensamento Jorge Alberto Romeiro (*Revista Brasileira de Criminologia e*

Direito Penal) e Paulo Jose da Costa Junior (*A Nova Lei Penal*, p. 81). Também nela se encontram Damasio Evangelista de Jesus (*O Novo Sistema Penal*, p. 171) e Edgar Magalhaes Noronha (*Curso de Direito Processual Penal*, p. 295) (...)

Certamente, esta é a corrente que se põe ao lado da verdadeira natureza jurídica do perdão judicial, que nada mais é senão uma causa extintiva da punibilidade, ocorrente no momento em que o juiz observa a existência das circunstâncias preordenadas pela lei e autorizadas da concessão.

Tourinho Filho (1995, p.474) é bastante citado como explicação ao que vem a ser extinção de punibilidade:

Com a prática da infração penal, o direito de punir sai do plano abstrato para o concreto. O *jus puniendi*, antes em estado potencial, torna-se efetivo. Já agora surge para o Estado a possibilidade de poder pedir ao Juiz a aplicação da *sanctio iuris* ao culpado.

Razões várias, entretanto, fazem surgir uma renúncia, uma abdicação do direito de punir do Estado (...). Extingue-se a punibilidade, em face de certas contingências ou motivos de conveniência ou oportunidade. Tais contingências ou motivos de conveniência ou oportunidade fazem desaparecer os próprios fundamentos da punibilidade, tornando, assim, impossível a concretização do *jus puniendi*. E quais esses fundamentos? A necessidade e a utilidade da punição. Não falou o legislador em extinção do crime ou da pena, mas em extinção

da punibilidade, correspondendo à exata significação dos efeitos jurídicos dela resultantes.

Fica entendido, dessa forma, que a extinção da punibilidade é a abdicação do direito subjetivo de punir que tem o Estado. É essa a natureza jurídica entendida como a mais palpável em nosso ordenamento.

3. ORIGEM HISTÓRICA DO INSTITUTO

Há uma parcela da doutrina que remonta as origens do perdão judicial ao instituto da graça, tendo como marco inicial a separação dos poderes com a Revolução Francesa. Os institutos hoje, muito distintos, ainda assim se correlacionam por inúmeras evidências históricas.

A graça era a manifestação de um poder absoluto e incondicionado, onde toda a Justiça advinha do Soberano. Desta forma, cabia somente ao Rei, ou a alguém que este por ventura tenha indicado o poder de julgar. Todavia, tinha também o Soberano o poder de perdoar, denomina-se essa faculdade como “clemência real”, que acontecia de diversas formas, como a revisão, graça, anistia, reabilitação, etc.

Todavia, o perdão judicial é uma forma de perdoar mais estável que a graça, visto que no perdão há uma abstenção de inclusive inculcar uma pena formal ao réu, enquanto que na graça, essa pena é imposta, na efetuando-se apenas a sua execução.

Dada à separação dos poderes, que teve início com a Revolução Francesa, entre o Estado e os cidadãos passou a atuar o Poder Judiciário, destacando-se uma das mais importantes incumbências desse poder, o de intermediar o conflito: direito de punir em face do direito à liberdade. As funções básicas do Estado (legislação, administração e jurisdição) passaram a ser exercidas por órgãos distintos. Daí dizer-se que o Poder Soberano do Estado se triparte em Poder Executivo (o que administra), Poder Legislativo

(o que elabora as leis) e Poder Judiciário (aquele que julga os conflitos de interesses). Nessa tripartição dos Poderes coube ao Judiciário, como órgão da Soberania Nacional, a função específica de julgar, isto é, de aplicar a lei a uma situação concreta.

O fortalecimento do Poder Judiciário, pelo conseguinte desenvolvimento do novo modelo de separação de poderes, revela a autêntica origem do instituto: Perdão Judicial, ou seja, o poder de renunciar, em nome do estado, ao direito de punir. Porém há doutrinadores que resgatam a história e defendem a presença do perdão Judicial desde a antiguidade, sendo utilizado pelos hindus, egípcios, hebreus e persas.

Há outros que vislumbram a origem do instituto em Roma, referindo-se ao perdão em caso de incêndio culposo. Há ainda, os que defendem construir a origem do instituto no Livro V das Ordenações Filipinas, onde a sua concessão aparece vinculada à vontade dos parentes do falecido. Existem aqueles que buscam a origem no Direito Canônico, destacando-se a opinião de Ariovaldo Figueiredo: No mundo das letras jurídicas alienígenas o perdão judicial é tão velho como do direito canônico. Apesar de certos doutrinadores afirmarem que ele já existia, na sua primitividade, entre os povos hindus, egípcios, hebreus e persas, e, outros ainda, de que o perdão judicial é um instituto que não tem história, sempre existiu entre os povos, apesar de se ter a “Monitio Canoica” como sendo a mais segura forma constitutiva deste instituto, na antiguidade.

Alguns doutrinadores vislumbram a presença do perdão judicial, apenas nos tempos modernos, mas precisamente no Summary Jurisdiction Act, de 1879, na Inglaterra. Por último há os que negam qualquer história, sob o argumento de ser o instituto um produto do progresso da psicologia, do cuidado que o Estado moderno põe na educação dos menores e daquela tendência de civilização pela qual o Estado se preocupa não só do castigo da delinquência senão ademais da prevenção dela.

Percebe-se que há divergências, para delimitar com precisão qual o exato momento em que o instituto foi pela primeira vez versado na História do Direito.

Contudo, desde o surgimento mais remoto da noção de Estado, o direito de punir e perdoar cabia ao soberano. Embasada nessa tese a corrente majoritária defende que somente com a divisão dos poderes é que tais incumbências foram se transportando para o Poder Judiciário e, por conseguinte surgiu o instituto do Perdão Judicial.

Sobre a tripartição dos poderes, Tourinho Filho (Processo Penal, p.215-216) leciona que

O Estado atinge as suas finalidades pelo exercício das suas funções básicas: legislativa, executiva e judiciária. Em sociedades incipientes todas essas funções ficam a cargo de uma só pessoa. Entre os índios, por exemplo, o cacique é o chefe. Ele dita as normas, julga e administra os interesses coletivos. Também isso se verifica nos Estados totalitários, à maneira do que ocorreu com a Alemanha de Hitler. Com as reivindicações liberais, surgiu a separação dos poderes, exatamente para que melhor ficasse tutelado o direito de liberdade. As funções básicas do Estado (legislação, administração e jurisdição) passaram a ser exercidas por órgãos distintos. Daí dizer-se que o Poder Soberano do Estado se triparte em Poder Executivo (o que administra), Poder Legislativo (o que elabora as Leis) e Poder Judiciário (aquele que julga os conflitos de interesses). Nessa tripartição dos poderes coube ao Judiciário, como órgão da Soberania Nacional, a função específica de julgar, isto é, de aplicar a lei a uma situação contenciosa concreta.

Com isso, completa-se que, se cabe ao Poder Judiciário a função de aplicar a lei quando se faz necessário, também incube a ele deixar de aplicá-la quando se entender pertinente.

4. INTRODUÇÃO DO PERDÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

O Perdão Judicial foi instituído no ordenamento jurídico nacional, no Código Penal de 1940, onde o instituto foi apresentado na sua Parte Especial. Teoricamente e doutrinariamente não havia nada que justificasse a presença do perdão judicial no Código, uma vez que nem sequer se mencionava a nomenclatura perdão Judicial.

A significância mínima em relação ao instituto foi até 1977, quando então começou a ganhar mais destaque devido a introdução de duas novas hipóteses de aplicação do instituto, nos casos de homicídio e lesão corporal culposos, com a Lei n. 6.416/77.

Para Wagner Pacheco (Revista dos tribunais, p. 286)

Admitindo, assim, a concessão do perdão em casos especiais de homicídio culposo e lesões corporais culposas, o novo sistema penal fez reacender-se a velha discussão sobre o assunto. Não só porque agora muito mais amiúde será dado aos tribunais tratar do tema, mas também, porque agora não mais se cuida de infrações de reduzido significado, como acontecia antes da reforma.

Márcia Nunes (1998, p.16) também apresenta opinião nesse sentido:

A Lei n. 6146/77 assumiu expressiva importância na conjuntura jurídica pátria, na medida em que abriu a perspectiva de concessão do perdão

judicial, antes adstrito às infrações de menor significância penal, ao homicídio culposo e às lesões corporais culposas.

Na reforma da Parte Geral em 1984, o instituto, passou a ter uma concreta disciplina legal. As hipóteses legais previstas originalmente no Código de 1940, nos artigos 140, 176, 180, 240 e 249, foram ampliadas, acolhendo também o homicídio culposo e lesões corporais pela Lei n. 6.416 de 1977 e o parto suposto pela Lei n.6.898 de 1981.

Com as Leis n. 9.613/98, n.9.807/99, n.10.409/02 e a de n.11.343/06, ocorreram grandes evoluções no instituto. O Perdão Judicial passou a ser aplicável, em tese, a todo e qualquer crime do sistema repressor brasileiro, na hipótese de colaboração premiada.

Nestes diplomas a premiação pela colaboração do réu com as investigações policiais ou para com a instrução processual objetiva que o agente contribua voluntariamente e de maneira efetiva para a persecução penal, salvaguardando-se a integridade física da vítima e a recuperação do produto do crime, bem como o desmantelamento de organizações criminosas.

O instituto ate então citado apenas vagamente na Parte Especial do Código, passou a ser designado também na Parte Geral, em dois artigos:

Art. 107. Extingue- se a punibilidade:

(...) IX- pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Art. 120. A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.

Na Nova Parte Geral, a Exposição de Motivos dispõe sobre o Perdão Judicial:

Incluiu- se o perdão judicial entre as causas em exame (art.107, IX) e explicitou- se que a sentença que o concede não será considerada para configuração futura de reincidência (art.120). Afastam- se, com isso, as duvidas que ora tenha suscitado decisões contraditórias em nossos Tribunais. A opção se justifica a fim de que o perdão, cabível quando expressamente previsto na Parte Especial ou em lei, não continue, como por vezes se tem entendido, a produzir os efeitos da sentença condenatória.

Essa foi a primeira vez que o legislador cuidou de denominar o instituto, todavia está limitada à Parte Geral, pois na Parte Especial ainda vale- se da expressão “o juiz pode deixar de aplicar a pena” em detrimento da denominação recebida.

Tal qual, ainda hoje o Direito pátrio não cuidou de precisar sobre aspectos fundamentais do instituto como o regime jurídico e a disciplina legal.

5. CONCLUSÃO

A título de conclusão é possível compreender que nem tudo o que vem das tradicionais escolas jurídicas onde o instituto encontra maior respaldo nos serve de base para evoluí-lo em nossa sociedade.

Foi demonstrada sua importância, bem como as lacunas que ainda restam ser saciadas para que possa ocupar um lugar de maior destaque e reconhecimento entre os operadores do direito.

Todavia, a largas passadas caminha o instituto, e toda a controvérsia existente a sua volta, contribui para que cada vez mais ele se molde a nossa realidade e necessidade. Os próximos passos são aguardados ansiosamente, bem como o desenvolvimento de termos e soluções para as tais lacunas.

Pode- se sim, basear- mo- nos nos ensinamentos estrangeiros, mas é necessário que se desenvolva autonomia e quebre- se o vínculo existente, apresentando soluções pela própria evolução e capacidade do meio jurídico pátrio.

REFERENCIAS

AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. O PERDÃO JUDICIAL. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

BATISTA, Karina Albuquerque. Garantias constitucionais extrínsecas e intrínsecas do processo penal ao acusado. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=163

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAPEZ, Fernando. CURSO DE DIREITO PENAL, Parte geral. V.1, São Paulo: Saraiva 2011.

CERVO, Amado L.; BERVIAN, Pedro A.; DA SILVA, Roberto. METODOLOGIA CIENTIFICA. 6ª Ed. São Paulo: Pearson, 2010

GESSINGER, Ruy Armando. DA DISPENSA DA PENA (PERDÃO JUDICIAL). São Paulo: Sergio a Fabris, 1984.

JESUS, Damásio Evangelista de. DIREITO PENAL. São Paulo: Saraiva: 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. O NOVO SISTEMA PENAL. São Paulo: Saraiva: 1977.

MARQUES, Frederico. CURSO DE DIREITO PENAL. São Paulo: Saraiva, 1954. Disponibilizado em Rede Virtual de Bibliotecas. Livro online.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. CODIGO DE PROCESSO PENAL INTERPRETADO: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, Márcia Raposo. PERDÃO JUDICIAL. Rio de Janeiro. EMERJ:1998.

ROMEIRO, Jorge Alberto. ELEMENTOS DE DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. São Paulo: Saraiva, 1978.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/295729/perdao-judicial>

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3922

A TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS POSSESSÓRIOS: COMO FONTE DE ARRECADAÇÃO DE IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTER VIVOS (ITBI)

JUNIA KATLEN DA SILVA: Graduanda do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais- campus Serro.

RESUMO: Apresenta-se este estudo científico, tendo como objeto a aplicação do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis *inter vivos* (ITBI), observando-se que a aplicação do imposto é adotada de forma diferenciada, quando se trata de cessão de direitos hereditários e cessão de direitos possessórios. Não tendo como finalidade deste trabalho discutir os posteriores efeitos da transmissão pela cessão possessória de forma derivada, o foco principal são as situações em que ocorre o fato gerador da tributação acima tratada, e a interpretação do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais sobre a aplicação fundamentada no texto constitucional. Pretendendo inserir aos leitores à instigação pautada em tal questão habitual das relações jurídicas costumeiras.

Palavras chaves: Aplicação Diferenciada. Constitucionalidade. Fato Gerador. Imposto de Transmissão Inter Vivos

ABSTRACT: Presents this scientific study, with the object of study the application of the Tax on Transfer of Real Estate *inter vivos* (ITBI), noting that the application of the tax is adopted differently when it comes to inheritance rights assignment and transfer of possessory rights. Not having the purpose of this paper discuss the aftereffects of transmission by possessory assignment derivatively, the main focus is on situations where there is the triggering event of the above dealt with taxation, and the interpretation of the Supreme Court on the application based on the Constitution . Intending to put

readers at the instigation guided in such a usual issue of legal relations.

Keywords: Differentiated Application. Constitutionality. Fact Generator. Inter Vivos Transfer Tax.

1 INTRODU O

A análise atual acerca do ITBI, debatida pelos doutrinadores e decisões na esfera judicial, são de suma relevância, em vista da imensidade de contribuintes, e, principalmente, por sua relevância jurídica, sendo que para tanto, busca traçar o liame com princípios jurídicos da tributa o que se tornam os pilares para os posicionamentos a respeito das controvérsias.

Demonstrar a possibilidade da aplica o do imposto de ITBI em situa es diversas em que não há transferências da propriedade, usando como parâmetro duas hipóteses de cessões. A exigência da tributa o entre Cessão de Direitos Hereditários e a impossibilidade na transferência de Cessão de Direitos Possessórios, devido posicionamento do Supremo Tribunal Federal que julga improcedente tal tributa o, podemos perceber a possibilidade de acalorar o debate de igualdade elevando a possibilidade de sua aplica o/ inaplica o perante a cessão de Direitos Possessórios.

O sistema brasileiro adotou o registro público com valor absoluto para transmissão da propriedade, pendente de posterior registro, sem o qual a transferência não se concretiza. A discussão não se centra na propriedade, mas, na ocorrência do fato gerador do imposto de transmissão, a análise central são os requisitos da tributa o.

A tributa o no âmbito brasileiro tem como essencial mecanismo a concretiza o de políticas voltadas ao bem social, de forma   assegurar direitos fundamentais e fomentar a necessidade de uma sociedade que tem grande tributa o, consideremos que o

município deixando de tributar nas transferências de bens imóveis que tem apenas o exercício da posse, inferioriza a qualidade de atendimentos sociais como educação, saúde, lazer e outros.

2 DA TRIBUTAÇÃO DA POSSE EM TRANSFERÊNCIAS DE BENS IMÓVEIS

O Direito Tributário é o meio de assegurar ao contribuinte a não apropriação indevida, por meios ilegítimos e atos discricionários da administração pública, apoderando-se do patrimônio particular daqueles contribuintes na relação tributada, tratando-se de limitação no poder de tributar para que as garantias à propriedade individual seja garantida. (MACHADO, 2012).

A tributação nacional é a grande responsável pela manutenção das necessidades públicas sociais, alude Aliomar Baleeiro com a frase “O tributo é vetusta e fiel sombra do poder político a mais de 20 séculos”. (BALLEIRO, 2010, p.1).

Essa tributação estatal é pautada nas mais diversas situações da vida humana, que ocasionam fatos geradores enquadrados no rol de ocorrência de tributação, dentro da atual teoria quinquipartite^[1]. O tributo de maior relevância neste estudo é o imposto que detém caráter contributivo, e essencialmente fiscal^[2] regido pelo princípio da solidariedade social, faz com que a arrecadação seja encaminhada ao montante que será utilizado para um grupo indeterminado, já que impostos geralmente não podem ser vinculados à arrecadação.

Através dos basilares constitucionais norteadores da função tributária do estado, portanto, abusos, disparidades ou incoerências cometidos pelo estado são inadmissíveis pela Carta Magna, a aplicação da tributação deve ser estipulada levando em consideração os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo eles os grandes meios de ponderação para aplicação da norma estipulada no texto constitucional. (PAULSEN, 2014).

Os impostos são tributos não vinculados, não exigem nenhuma contraprestação estatal em conformidade com art. 16 do CTN:

“Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.” (BRASIL, 2015).

O imposto a ser analisado neste estudo será o Imposto municipal de Transmissão Inter Vivos (ITBI), referindo-se à possibilidade de (in)-aplicação em casos de transmissão de cessão de Direitos Possessórios, comparado aos demais impostos que utilizam a posse como fato gerador, utilizando, todavia de interpretação extensiva do artigo referente.

Dentre as possibilidades de tributação nacional derivada da posse de bens imóveis, com tutela assegurada no ordenamento jurídico, trata-se de fato jurídico tributável em todas as esferas federativas com suas respectivas competências, são eles: na esfera federal o imposto territorial Rural (ITR), estadual Imposto Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCDM/ ITCD/ITC), municipal Imposto Predial territorial Urbano (IPTU), havendo divergência apenas na aplicação do Imposto de Transmissão entre Vivos (ITBI) em caso de cessão de direitos possessórios, a grande discussão acerca da posse no âmbito municipal se ocasiona na indagação a cessão de direitos possessórios é ou não fato gerador do Imposto de Transmissão. (CARNEIRO, 2013).

Como citado acima todas as esferas federativas tem possibilidade de tributação nas suas referidas competências, ligadas diretamente ao possuidor definido no artigo 1196 abaixo apresentado com a denominação do código civil de 2002, como dispõe:

“Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. (BRASIL, 2015).

2.1 Hipóteses da Tributação

O Imposto de Transmissão inter Vivos de bens Imóveis e direitos a ele relativos (ITBI), tem competência municipal e o Distrito federal na sua respectiva função municipal. Cabendo ressaltar que por tratar de imposto municipal, sua regulação é dada através de lei ordinária que se faz a disposições do imposto. (MACHADO, 2012)

O ITBI previsto no art. 156, II, c/c §2 II da CF/88, e seu fato gerador definido no art. 35, CTN;

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II:
II - compete ao Município da situação do bem." [...] (BRASIL, 2015).

Devendo observar que as hipóteses de incidência previstas no inc. II do caput do artigo acima apresentado, estão alocadas nas hipóteses do imposto, já que as questões de materialidade incorrem no ato da cessão de direitos de posse^[3] com apresentação dos requisitos: a transmissão se dá entre vivos, não faz exigência do título específico, trata de ato oneroso de bens imóveis, no entanto, todas as exigências referidas pelo imposto no texto constitucional ocorrem na cessão de direitos possessórios. (TAIUL, 2013).

No artigo 35 do CTN traz os fatos geradores retratados em seus incisos subsequentes:

Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I — a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II — a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III — a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II. Parágrafo único. Nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários. (BRASIL, 2015).

O ITBI difere-se do ITCD, pelo fato da relação jurídica ser negocio de cunho oneroso, enquanto o ITCD trata de negocio gratuito. As peculiaridades a serem examinadas, iniciando pela diferença encontrada nos diversos municípios brasileiros, causando, no entanto disparidade nos critérios de incidência, alguns exigem o imposto na cessão de direitos de posse, outros alegam não haver incidência por não estar previsto de forma expressa na Constituição Federal. (LEAL, 2013)

A confusão pode haver pela parte final do referido artigo expressar “e de direitos reais”, causando diversas leituras e interpretações. A interpretação de acordo com Ommati (2013) é apenas uma fase do giro pragmático, onde cada interpretação gera nova compreensão, tornando cada leitor um novo intérprete da norma. Essa dificuldade interpretativa torna o cessionário de direitos possessórios isento de tributação ao unir a sua posse à do antecessor, para os efeitos legais, e como irá adquirir a propriedade

por meio de Usucapião que é meio originário de aquisição será isento novamente da cobrança do imposto. (LEAL, 2013).

Minuciosamente é preciso analisar outra situação da esfera municipal em que incorre o ITBI, qual seja a Cessão de direitos hereditários, a possibilidade surge quando aberta a sucessão, há interesse de algum ou todos os herdeiros não pretendendo esperar ou dar continuidade ao procedimento de inventário, cedendo seus direitos futuros e incertos a um terceiro, que no procedimento poderá se habilitar recebendo a quota referente ao direito do herdeiro como assim fosse. (PEREIRA, 2012).

Todos os bens compõem o espólio do autor da herança, inclusive os imóveis de direitos possessórios, no ITCD levará tal bem à base de cálculo normalmente. Na hipótese de cessão de direitos hereditários antes desta etapa deve se efetuar o pagamento do ITBI e como sabido os bens do espólio permanecem em condomínio até sua partilha, no entanto o imposto é calculado sobre o montante e deste tem-se o imóvel da posse instruindo na quota. O que ocorre nesta situação hipotética apresentada é que a cessão de direitos possessórios ocorreu de forma indireta, transferida primeiramente aos herdeiros de uma sucessão a título gratuito e subsequentemente a cessão a título oneroso, incorrendo na tributação vedada de acordo com entendimento do STF.

A decisão de agravo Regimental no Recurso Extraordinário abaixo apresentado pelo Supremo Tribunal Federal deixa inequívoca que a discussão decorre em definir qual momento pertinente de ocorrência da tributação. Levando em consideração o fato gerador o registro da escritura publica junto ao Registro de Imóveis competente, decidido pelo STF que o fato do gerador do Imposto é o Registro. Impossibilita dessa forma de haver qualquer outra tributação referente à venda se não do direito real de propriedade, o tributo não deve se vincular a formalização de direitos reais, mas sim nos aspectos exigidos para sua estipulação;(Tauil, 2012).

Em análise da decisão fica inequívoco o erro interpretativo do Supremo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS – ITBI. FATO GERADOR: REGISTRO DA TRANSFERÊNCIA EFETIVA DA PROPRIEDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (grifo nosso)

(STF - ARE: 798241 RJ, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 01/04/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 11-04-2014 PUBLIC 14-04-2014)

Comumente utilizados pelos tribunais a alegação de que a transferência é feita após registro, de acordo com artigo 1245 CCB/02, a discussão a ser engajada é a incidência do imposto, já que um rol estabelecendo as hipóteses de ITBI, mas sim a garantia de assegurar um direito real de propriedade. A discussão deve ser fundamentada no impedimento constitucional da cobrança, pois bem a transferência da propriedade é feita através de registro, mas não faz deste o único evento tributável.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça harmonizam com posicionamento do Supremo Tribunal Federal, com a decisão abaixo em análise;

AgRg no AgRg no REsp 764.808/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 12/04/07.

[...]

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ITBI – RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA ALÍNEA B DO ART. [105](#), [III](#), DA [CF/88](#), APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA [EC 45/2004](#) –

ART. [148 DO CTN](#) – SÚMULA 211/STJ – ITBI – FATO GERADOR.(...) 3. O fato gerador do Imposto de **Transmissão de Bens Imóveis ocorre com o registro da transferência da propriedade no cartório imobiliário, em conformidade com a lei civil. Precedentes. (STJ, Resp 764.808)** STJ - ARE: 798241 RJ, Relator: Min. Min. Luiz Fux, Primeira Turma,, Data de Julgamento: 12/04/2007. Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 11-04-2014 PUBLIC 14-04-2014)

O posicionamento contrário à postura dos Tribunais fundamenta-se na perspectiva e tese defendida por Roberto Adolfo Tauil (2012), utilizando a transmissão da posse, como composta pela materialidade exigida no texto constitucional, sendo totalmente pertinente a cobrança do Imposto de Transmissão nas cessões de direitos possessórios. De acordo com o autor o entendimento dos tribunais trata-se de interpretação equivocada, visto que a discussão não é a transmissão de propriedade, mas toda relação jurídica que preencha os requisitos para adentrarem a possibilidade de cobrança, já que de forma explícita relata a transmissão de bens imóveis, a qualquer título.

Em outras palavras, não seriam somente as transmissões de direito real de propriedade sujeitas ao ITBI. Podendo constatar, portanto, o núcleo da materialidade do imposto na transmissão ou cessão de imóvel, por ato oneroso na cessão de direitos possessórios. Tratando de transmissão ou cessão gratuita não incidirá ITBI, nesta situação consistente na ocorrência de ITCD de competência estadual.

Fica exposto, portanto, que a posse não é fato gerador da tributação inter vivos, em consequência de tal entendimento, parece escaparem da tributação os demais meios de transmissões. Através das decisões nos tribunais a respeito da aplicação do ITBI

pesquisados não há posicionamento coeso entre as Câmaras Revisionais, empregando dispositivos infraconstitucionais para interpretar o texto constitucional, dificultando a aplicação da tributação pelos municípios em casos concretos ligados á cessão de direitos possessórios.(PAULSEN,2009)

3 CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos abordados durante o breve estudo, tornou se notório a inadequação da aplicação do ITBI, por questões meramente interpretativas e convencionadas de forma errônea. Contudo, a questão a ser levantada e de grande valia para contexto social tributário do país, é a perca irreparável dos municípios.

A não tributação de fato tributável implica em vários fatores, já que o imposto tem caráter social e parte do principio da solidariedade, sendo o grande componente das receitas públicas responsável em manter as necessidades publicas vitais da sociedade, como a moradia e o trabalho, além de outros valores sociais, como a vida, a saúde, a igualdade, a cidadania e a justiça.

Vale dizer, que a função social do instituto da posse é estabelecida pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, ou seja, para as necessidades básicas que pressupõem a dignidade do ser humano, portanto, se esta posse exerce tal almejada função social, sua tributação é totalmente pertinente.

Dessa forma a não tributação acarreta perdas municipais de tamanha imprudência, não havendo possibilidade de reparos, pois bem, cabe entender que apesar de um regime democrático onde as leis devem ser regidas em prol do povo, a sociedade vivencia uma ditadura, onde o entendimento do Órgão de Cúpula é capaz de modificar uma situação fática que vem trazendo problemas sociais, e déficit na qualidade de vida. Além da permanência e alta dependência dos municípios pelos repasses da União, sem produção alguma de receita própria.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8ed.at.Rio de Janeiro: Forense 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). **Código Tributário Nacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

CARNEIRO, Claudio. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo, p.40-89, Saraiva, 2013.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano S. de; SPAGNOL, Werther B. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Belo Horizonte, p. 71-88, Fórum, 2014.

HARADA, Kyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 448

LEAL, José Hildor; **Imposto de Transmissão na cessão da Posse**. São Paulo. Disponível em <https://www.notariado.org.br/blog/?link=visualizaartigo&cod=299> acesso em 06/05/2016

LERMEN, Inácio Fabiano. Estudo da Posse e sua Função Social. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 14, nº 1170, 12 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6727-estudo-da-possa-e-sua-funcao-social>

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33 ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 403

OMMATI, José Emilio Medauar. **A teoria da Constituição**. 2. ed. : Lumem Juris; 2012.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Jurídicos. 2009. p.45 disponível em: <http://jus.com.br/artigos/33798/imposto-sobre-a-transmissao-de-bens-imoveis-inter-vivos-itbi-e-suas-especificidades-no-municipio-de-florianopolis#ixzz3rBZw30rb> acesso em 04 mai 2016

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Leandro Paulsen. **Curso de direito tributário: completo**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito das Sucessões**. 21. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

NOTAS:

[1] Teoria Quinquipartite: compostos por modalidades de tributos sendo: Impostos, Contribuição de Melhoria, Taxa, Empréstimo Compulsório, Contribuição Especiais. (PAULSEN, 2012)

[2] Tributo Fiscal: por essencialidade são os impostos, sua finalidade precípua é a arrecadação sem nenhuma contraprestação do Estado a arrecadação, destinado ao gasto público genérico. (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2014)

[3] De fato, há grande diferença entre a aquisição da propriedade e a da posse, até sua origem se dá de forma diferenciada, pois aquisição da propriedade comprova-se por sua origem ou pelo motivo que a engendrou, enquanto aquisição da posse não é comprovada pela origem, por se tratar de mera razão de fato, não necessária sua comprovação jurídica. (TAUIL, 2014, v. 1, p. 102).

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CCSJ
CAMPUS BALNEÁRIO CAMBORIÚ
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA – NPJ
SETOR DE MONOGRAFIA**

**AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE
DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?**

GUILHERME RIGO BERNDSEN

Balneário Camboriú (SC), 20 de novembro de 2008.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CCSJ
CAMPUS BALNEÁRIO CAMBORIÚ
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA – NPJ
SETOR DE MONOGRAFIA**

**AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE
DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?**

GUILHERME RIGO BERNDSEN

Monografia submetida à
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. MSc. Jorge Roberto Krieger

Balneário Camboriú (SC), 20 de novembro de 2008.

MEUS AGRADECIMENTOS:

Agradeço primeiramente a Deus por me dar força e saúde nos momentos difíceis, sempre colocando pessoas iluminadas em meu caminho, como:

Meu pai, por ter me dado, carinho e amor ao longo de toda minha vida e nos momentos em que precisei minha eterna gratidão.

À minha mãe, pela educação, pelo carinho, sempre me ensinando os valores indispensáveis à formação do caráter, minha eterna gratidão.

Aos professores e colegas do Curso, pela troca de experiências.

Em especial ao professor e orientador, Jorge Roberto Krieger, pelo apóio e incentivo a pensar e pesquisar o Direito e não somente copiar ideias.

Enfim, àqueles que, de um modo ou de outro, participaram dessa trajetória para a concretização deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu único irmão, Luciano Rigo Berndsen (in memoriam). Amor e saudade eterna.

“É melhor atirar-se à luta em busca de dias melhores, mesmo correndo o risco de perder tudo, do que permanecer estático como os pobres de espírito, que não lutam, mas também não vencem; que não conhecem a dor da derrota, mas não têm a glória de ressurgir dos escombros. Esses pobres de espírito, ao final da jornada na terra, não agradecem a Deus por terem vivido, mas desculpam-se ante Ele por terem simplesmente passado pela vida.”

(Bob Marley)



TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Balneário Camboriú (SC), 20 de novembro de 2008.

Guilherme Rigo Berndsen
Graduando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pela graduando Guilherme Rigo Berndsen, sob o título AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO, foi submetida em 20 de novembro de 2008 à Banca Examinadora composta pelos seguintes Professores: MSc. Jorge Roberto Krieger (Orientador e Presidente da Banca), MSc. Juliano Cavalcanti (Membro) e Esp. Wellington Cesar de Souza (Membro) e aprovada com a nota (9,8).

Balneário Camboriú (SC), 20 de Novembro de 2008.

Professor MSc. José Artur Martins
Coordenação de Monografia

Professor MSc. Jorge Roberto Krieger
Orientador e Presidente da Banca

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Apud	Citado por
Art.	Artigo
CP	Código Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ed.	Edição
Inc.(s.)	Inciso (s)
Min.	Ministro
n.	Número
p.	Página
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
v.	Volume
§	Parágrafo

ROL DE CATEGORIAS

Rol de Categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Abolição do crime

Em latim *abolitio criminis*. Se lei posterior deixar de considerar crime um fato, cessam a execução e os efeitos penas de uma sentença condenatória.¹

Contravenção Penal

Infração tipificada em lei, que, sendo menos grave que o crime, é apenada mais brandamente.²

Crime

Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena.³

Dependente e dependência

Dependente é aquele que está subordinado às substâncias entorpecentes, sujeito às drogas, sob o poder dos tóxicos e entende-se por

¹ ANGHER, Anne Joyce...[et al.]. **Dicionário Jurídico**. 6.ed. São Paulo: Rideel, 2002. p. 04

² ANGHER, Anne Joyce...[et al.]. **Dicionário Jurídico**. 6.ed. São Paulo: Rideel, 2002. p. 51.

³ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 02.

dependência o estado de quem está sujeito, sob o domínio, subordinado aos entorpecentes.⁴

Direito Penal

É o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplina, também, outras relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.⁵

Usuário

Deve ser considerado usuário todo aquele que faz uso de drogas, substâncias ou produtos que causem dependência física ou psíquica, sem estar submetido às mesmas, possuindo, ainda, o completo domínio de suas vontades e atos.⁶

Prova pericial

É o conjunto dos elementos sensíveis do fato criminoso. [...] são aquelas substâncias que podem afetar os sentidos, isto é, que podem ser percebidos ou pela vista ou pelo ouvido, ou pelo tato, ou pelo gosto, ou pelo olfato. São chamados também de elementos matérias ou físicos [...]. Os crimes envolvendo produtos, substâncias ou drogas ilícitas deixam

⁴ MÉDICI, Sérgio de Oliveira *apud* MARCÃO, Renato. **Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 02.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 86.

⁶ MARCÃO, Renato. **Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48/49.

vestígios, do que decorre a imprescindibilidade da prova pericial para a condenação.⁷

⁷ FILHO, Espínola *apud* MARCÃO, Renato. **Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 403.

SUMÁRIO

RESUMO.....	XIV
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	4
DROGAS: HISTÓRIA, CONCEITOS E CLASSIFICAÇÃO	4
1.1 – CONCEITOS FUNDAMENTAIS:	4
1.1.1 – CONCEITO DE DROGAS:	4
1.1.2 – CONCEITO DE ENTORPECENTES	5
1.1.3 – CONCEITO DE PSICOTRÓPICOS	6
1.1.4 - CONCEITO DE TÓXICOS	7
1.2 – CLASSIFICAÇÃO:.....	8
1.3 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS DROGAS:	10
1.3.1 – DESCRIMINAÇÃO AO USUÁRIO	13
1.3.2 – A PROIBIÇÃO NO MUNDO.....	14
1.4 – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – PRINCÍPIOS BÁSICOS:	15
1.4.1 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:	15
1.4.2 – PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	17
1.4.3 – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.	18
1.4.4 – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.	20
1.4.5 – PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO	21
CAPÍTULO 2	22
EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL	23
2.1 AS POLÍTICAS ANTIDROGAS ANTERIORES À LEI 11.343/06.	23
2.1.1 – LEI N.º 6.368/76:	25
2.1.2 – LEI N. 10.409/02:	28
2.2 – A LEI EM VIGOR: N.º 11.343/06.....	32
2.2.1 – DISTINÇÕES ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE:	38
CAPÍTULO 3	40
ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/06.....	40
3.1 ASPECTOS DESTACADOS DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/06	41
3.1.1 – OBJETO MATERIAL:	42
3.1.2 - DO SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO:	43
3.1.3 - DAS CONDUTAS TÍPICAS:.....	44
3.2 – DESCRIMINALIZAÇÃO:	48

3.3 – DESPENALIZAÇÃO:	53
3.4 – A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E A VISÃO DOS TRIBUNAIS:	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	64

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar algumas divergências referentes à nova lei de drogas, a Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006. Uma das principais mudanças é que ao usuário de drogas será dado tratamento especial, inovando nosso ordenamento jurídico. O art. 28 da Lei de Drogas revogou o artigo 16 da lei n.º 6.368 de 1976 e alterou a forma de penalização do infrator portador de droga ilícita, estabelecendo apenas medidas educativas ao autor do fato, que, para alguns doutrinadores, não caracterizariam pena. Tratou-se, ainda, dos principais conceitos que norteiam o tema, bem como, a evolução histórica dos usuários de drogas e as legislações antidrogas no Brasil. Foi pesquisada, principalmente, a conduta do usuário, analisando se houve descriminalização ou despenalização do uso de drogas, mais especificamente a legislação concernente o artigo 28 da referida lei, diante das penas que lhe foram cominadas. Após, muitas discussões em recente decisão, o STF tentou pacificar tal polêmica, determinando a não ocorrência da descriminalização, mas a mera despenalização da conduta do usuário, com a quebra da tradição imposição de penas privativas de liberdade como sanção.

INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto o tema “AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE DROGAS: DESCRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO?”; *Institucional*, produzir uma monografia jurídica para obtenção do grau de bacharel em Direito, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; *Investigatórias*: geral, analisar as leis antidrogas anteriores, bem como, a nova lei de drogas, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006; *Específicos*, realizar um estudo direcionado ao artigo 28 da referida Lei, sendo motivo de várias discussões, demonstrado através das várias alterações e sequência de leis criadas a respeito do assunto.

No transcorrer do primeiro capítulo, serão analisados os conceitos de drogas, entorpecentes, psicotrópicos, tóxicos e sua classificação; a história das drogas, desde seus primeiros usuários, sua pré-criminação e sua evolução no decorrer do século XX; aborda-se também os princípios básicos do tema, que são: princípio da legalidade, princípio da culpabilidade, princípio da adequação social, princípio da insignificância e o princípio da intervenção mínima do estado.

Posteriormente, no segundo capítulo, será conduzido à evolução histórica das políticas antidrogas no Brasil; Ordenações Filipinas, Código Republicano, Código Penal, Lei n.º 5.726/71, Lei n.º 6.368/76, Lei n.º 10.409/02 e a Lei em vigor 11.343/06; analisando também as distinções entre usuário e traficante.

No Capítulo 3, será analisado especificamente o artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 e a problemática estabelecida, ou seja, a modificação no tratamento legal conferido ao usuário de droga,

evidenciando as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a posição do TJ e do STF, acerca da discriminação ou despenalização do uso de drogas para consumo próprio diante das penas cominadas ao artigo.

Assim o presente relatório de pesquisa, encerra-se com as considerações finais, nas quais se apresentam os pontos destacados dos estudos realizados, bem como das reflexões que futuramente poderão ser necessárias.

Para a presente monografia foram levantadas as seguintes hipóteses: a) O uso de drogas é tão antigo quanto a existência do homem; b) Quando o uso de entorpecentes se tornou algo prejudicial ao meio social, foi criada leis para controlá-las; c) A Lei de Drogas apresenta sanções mais abrangentes aos usuários de drogas; d) O art. 28 descriminalizou ou despenalizou a posse de drogas para consumo próprio.

Para encetar a investigação foi utilizado o método indutivo⁸; a ser operacionalizado com as técnicas⁹ do referente¹⁰, das categorias¹¹, dos conceitos operacionais¹², e da pesquisa de fontes

⁸ Método indutivo, segundo a explicação de LAKATOS e MARCONI, seria aquele “[...] cuja aproximação dos fenômenos caminha para planos cada vez mais abrangentes, indo das constatações mais particulares às leis e teorias (conexão ascendente)”. Somando as de LAKATOS e MARCONI, onde concluem que “[...] portanto o objetivo dos argumentos é levar a conclusões cujo conteúdo é mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam”. LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991.p.106 e 47.

⁹ “Técnica é um conjunto diferenciado de informações reunidas e acionadas em forma instrumental para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas investigatórias”. PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 8.ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003.p.88.

¹⁰ “Referente é a explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 2003.p.56.

¹¹ Categoria “é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 2003.p.29.

documentais e bibliográficas (realizada através da busca em livros, revistas, jornais, documentos legais, artigos científicos e dados eletrônicos). Para a elaboração da Monografia adotou-se a metodologia proposta por PASOLD¹³

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas, do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

¹² Conceito operacional (=cop) é uma definição para uma palavra e/ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos. PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 2003.p.51.

¹³ PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 2003.

CAPÍTULO 1

DROGAS: HISTÓRIA, CONCEITOS E CLASSIFICAÇÃO

Neste capítulo será apresentado o conceito sobre drogas, entorpecentes, psicotrópicos e tóxicos, suas classificações, bem como, um histórico sobre a evolução das drogas e apresentação dos princípios básicos que norteiam o tema, visando construir as ideias desde os primeiros usuários até os atuais, a fim de que se possa ter uma compreensão do tema proposto para o presente estudo.

1.1 – CONCEITOS FUNDAMENTAIS:

1.1.1 – Conceito de Drogas:

Muito se discute sobre as definições e diferenças entre drogas, bem como a correta classificação das mesmas.

Na lição de Silva&Luchiari, “o vocábulo droga é de origem persa, e significa demônio. Segundo a Organização Mundial da Saúde, droga é toda a substância que, introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções.”¹⁴

Atenta-se para a lição de Freitas Junior, droga é

qualquer substância natural ou sintética, que ao entrar em contato com um organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções: é uma substância química que tem

¹⁴ SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 03.

ação biológica sobre as estruturas celulares do organismo, com fins terapêuticos ou não.¹⁵

Na mesma linha interpretativa segue Guimarães, “droga será qualquer substância manipulada pelo homem, nele introduzida, aplicada ou ingerida, cujos princípios químicos possam causar-lhe alterações, podendo, inclusive, afetar-lhe a saúde.”¹⁶

Mesquita Júnior, entende que:

Em sentido amplo, droga é tudo aquilo que tem pouco valor, é desagradável, todo medicamento, substância entorpecente, alucinante, excitante etc. ou, finalmente, qualquer produto que se usa em farmácia ou tinturaria. É com essa perspectiva que os psicólogos dizem que até a comida pode constituir a droga de uma pessoa que esteja em conflito e que busque uma fuga.¹⁷

No dizer de Freitas Junior, é possível afirmar que a droga seria o gênero, do qual entorpecentes, psicotrópicos e tóxicos seriam espécies.¹⁸

1.1.2 – Conceito de Entorpecentes

“Entorpecentes” era a palavra empregada pelos regulamentos jurídicos anteriores e descartado pela lei em vigor.

No dizer de Greco Filho:

[...], em sentido estrito, segundo a conhecida definição de Di Mattei, são “venenos que agem eletivamente sobre o córtex cerebral, suscetíveis de promover agradável ebriedade, de serem ingeridos em doses crescentes sem

¹⁵ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 08.

¹⁶ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada:** crimes e regime processual penal. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 13/14.

¹⁷ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Comentários à Lei Antidrogas:** Lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 01.

¹⁸ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 08.

determinar envenenamento agudo ou morte, mas capazes de gerar um estado de necessidade tóxica, graves e perigosos distúrbios de abstinência, alterações somáticas e psíquicas profundas e progressivas" (apud Ítalo Grasso Biondi, Tossicomanie, in *Dizionario de criminologia*, de Florian, Niceforo e Pende, v.2, p.1008). As demais drogas psicógenas não causam a chamada crise de abstinência ou síndrome de carência, mas serão equiparadas para os efeitos legais ao entorpecentes desde que apresentem o índice de periculosidade individual e social acima aludido.¹⁹

Freitas Junior explica que o termo "entorpecente" pode ser qualquer substância com ação analgésica e efeito psíquico tido como agradável pelo usuário, formando uma acepção farmacológica, conectadas às substâncias do grupo hipno-analgésicos, entre os quais, se destacam o ópio, a codeína, a morfina, a heroína e outros.²⁰

1.1.3 – Conceito de Psicotrópicos

Versando sobre o tema, entende-se por psicotrópico toda droga que atua sobre o organismo como calmante ou estimulante, produzindo dependência psíquica.

Diante do que preleciona Greco Filho, a farmacologia batiza psicotrópicos "*as drogas de efeitos psíquicos, termo esse principalmente usado para alusão a produtos sintéticos, mas que pode englobar também os naturais, cujos os efeitos sejam semelhantes.*"²¹

Na mesma linha interpretativa segue Freitas Junior:

[..] constitui qualquer substância que atue sobre o psiquismo do agente. Age principalmente sobre o sistema nervoso central, afetando os processos mentais e emocionais. Para

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11.

²⁰ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 09.

²¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15.

Damásio, são drogas que têm sua principal ação e efeito na atividade cerebral, modificando seu funcionamento, alterando a percepção, as sensações, as emoções, o pensamento e o comportamento; [...]. Há, ainda, neurolépticos, ou seja, psicotrópicos com capacidade de produzir ação sedativa sem efeito hipnótico, sendo eficazes em estados de excitação e de agitação, [...].²²

Podemos dizer em outras palavras: psicotrópico é qualquer substância que em contato com um determinado organismo, altere o humor ou o comportamento.²³

1.1.4 - Conceito de Tóxicos

É pacífico o entendimento de que tóxico é qualquer substância, que dependendo da dose utilizada, quando incorporada ao organismo pode lhe causar danos.²⁴

A seguir, Freitas Junior destaca que tóxicos definem-se como:

[...] Em outras palavras, qualquer substância capaz de agir de maneira nociva, provocando alterações estruturais ou funcionais, ao ser introduzida no organismo. Exemplos: cigarros, bebidas, alcoólicas, insumos químicos de agricultura, medicamentos livremente comercializados, etc.
²⁵

Verifica-se que tóxicos é toda substância que produz alterações físicas e psíquicas, danificando o organismo quando introduzida, e também em algumas vezes, causando sua dependência.

²² FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 08.

²³ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 09.

²⁴ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 09.

²⁵ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 09.

1.2 – CLASSIFICAÇÃO:

Existem vários estilos de classificação das drogas, sendo que nenhum é inteiramente correto ou absoluto.

Freitas Junior exemplifica este tópico, nos seguintes termos:

CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS – A AIPESP – Associação dos Investigadores de Polícia do Estado de São Paulo – publicou a cartilha denominada “Drogas, o Flagelo da Juventude”. [...]. A importância e a excelência do referido trabalho autorizam que o mesmo seja adotado como padrão para a classificação das drogas. Pode-se, pois, classificar as drogas da seguinte forma:

ANFETAMINAS – São estimulantes utilizados para aliviar a pressão diária e a sonolência profunda [...], têm em comum ações como aumento da atividade motora e redução da necessidade de sono, diminuindo a fadiga, e induzindo a euforia. [...]. Podem ser utilizadas por via oral ou de forma injetável [...]. Atuam como estimulantes do sistema nervoso central, fazendo com que o cérebro trabalhe mais rápido, deixando o agente sem qualquer cansaço aparente. [...]. O uso em doses elevadas pode causar tremores, excitação excessiva, irritabilidade, degeneração das células cerebrais, paranóia, confusão mental, delírios e alucinações. [...]. Exemplo clássico de anfetamina é o chamado “rebite”, utilizados por caminhoneiros e motoristas profissionais para se manterem acordados por mais tempo; [...]. Recentemente alguns médicos incluíram a metilendioximetanfetamina (MDMA – ecstasy) no grupo das anfetaminas, sustentando que referida droga tem mais efeitos típicos da anfetamina do que alucinógenos.

BARBITÚRICOS – Espécie do gênero dos hipnosedativos, [...], ou seja, drogas que têm ação calmante ou relaxante sobre as funções psíquicas. Em outras palavras, são calmantes, utilizados como sedativos, para o tratamento de epilepsia, insônia, agitação, etc. [...] Produzem estado de embriaguez, descontrole motor, sonolência e relaxamento, prejudicando a deambulação, a capacidade de raciocínio, a concentração e a coordenação motora. Quando ingerido de forma diversa da terapêutica, podem ocasionar complicações respiratórias, prostração nervosa, estado de coma, ou até mesmo a morte (caso ingerido com bebidas

alcoólicas). [...]. Como exemplos de barbitúricos: temos o gardenal, fenorbabital, pentobarbital, amobarbital e outros.

DELIRANTES – São elementos químicos voláteis, estimulantes, que não possuem qualquer uso terapêutico. Em geral são inalados pelo agente, causando visão embaçada, fala confusa e confusão mental. Numa primeira fase causam euforia, perturbações auditivas e visuais, salivação e tosse; no segundo momento o agente suporta desorientação, perda do seu auto-controle, dor de cabeça e alucinações; após, ocorre a redução dos reflexos, descoordenação ocular e motora, fala dificultada, podendo evoluir à inconsciência, convulsões, com e até a morte. Agem principalmente sobre o sistema nervoso central, podendo atingir a medula óssea, rins, fígado e outros órgãos vitais, além de causarem a destruição das células cerebrais (neurônios), com lesões irreversíveis no cérebro. Exemplos: solventes de pintura, cola de sapateiro, gasolina, tintas, thinner, esmaltes, clorofórmio, éter, cloreto de etila (lança-perfume).

ALUCINÓGENOS – As drogas alucinógenas, também chamadas de “psicodélicas”, apresentam a capacidade de produzir alucinações sem delírio. São drogas ou medicamentos que induzem distúrbios mentais e emocionais com alucinações e alteração da personalidade; [...]. São bastante utilizados por médicos em pesquisa sobre o comportamento humano. Podem ser fumados ou ingeridos oralmente, causando uma redução na percepção do agente, perturbação da capacidade de calcular tempo e espaço, sensação de bem-estar, relaxamento, alucinações e falas desconexas. [...]. Os alucinógenos mais agressivos – como a dietilamida de ácido lisérgico (LSD) – possuem efeito psicótico de longa duração, podendo permanecer agindo sobre o organismo da agente por semana após a utilização da última dose, [...]. Os exemplos mais comuns de alucinógenos são a maconha, o haxixe, a mescalina, e a dietilamida do ácido lisérgico – LSD.

OPIÁCEOS – São depressivos utilizados para alívio da dor, antes e depois de intervenções cirúrgicas. Geralmente injetáveis, causam sonolência, náuseas e dificuldade de respiração, e o uso não terapêutico pode levar à morte. [...]. Exemplos: heroína, morfina, metadona, codeína e o ópio.²⁶

²⁶ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 10/11/12/13.

Referido informativo possui objetivo de fornecer esclarecimentos à população sobre os perigos e malefícios das drogas, estipulando uma classificação das mesmas, bem como suas principais conseqüências no organismo do agente.²⁷

1.3 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS DROGAS:

Primeiramente, é importante salientar que as drogas e as substâncias tóxicas não são uma criação do século XX, apesar de nos últimos tempos ter alcançado uma ênfase maior. Seu consumo é algo quase tão antigo quanto à própria existência do homem, o que se constata ao estudar a história e a evolução das civilizações.

Segundo Gomes "*o uso de drogas remonta aos primórdios da humanidade, sendo que sobre o ópio e a Cannabis há registro de que já eram utilizados desde o ano 3.000 antes de Cristo.*"²⁸

Não se sabe ao certo qual foi a primeira substância psicoativa utilizada pelo homem, se foi a maconha ou o ópio. Mas sabe-se que isso foi há milhares de anos. As propriedades da papoula, por exemplo, de onde se extrai o ópio, são conhecidas há pelos menos 8.000 anos no mediterrâneo ocidental, sabe-se disso porque a mais antiga língua escrita, a suméria, já fazia referência à flor como "planta do prazer". No caso da maconha, o registro humano mais antigo remonta a 6.000 anos atrás. [...]. Já o uso da coca é mais recente. Os registros mais antigos são de 2.000 anos atrás, nos Andes.²⁹

No entender de Maluf:

²⁷ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas: comentários à lei n.º 11.343/06**, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 10.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.

²⁹ VERGARA, Rodrigo. **Coleção para saber mais: Drogas: Volume 5**. São Paulo: Abril, 2003. p. 37.

Nos primórdios da sociedade humana o uso de drogas era apenas mais um dos elementos que compunham o cenário da vida. O uso dessa substância estava relacionado a rituais religiosos, a comemorações, a idéias de transcendência, a rito de passagens e ao combate a males da saúde, como dores e insônia. O plantio e a produção destas substâncias destinava-se, ao consumo próprio ou de um grupo reduzido.

30

Silva e Luchiari destacam que nos povos antigos, como gregos e romanos, também existia o uso de drogas, sendo o mais comum o uso de bebidas alcoólicas, fato este que explicaria a aceitação e o uso desta droga na sociedade moderna.³¹

Silva e Luchiari ainda corrobora dizendo:

Outras drogas aparecem nos ritos sagrados dos templos de Dionísio, no oráculo de Delfos; enquanto no Oriente o homem aprende a extrair o ópio do suco da papoula. Heródoto conta que os citas se embriagavam com os vapores das sementes de cânhamo lançadas sobre pedras aquecidas, o que demonstra a antiguidade do vício da maconha.³²

Importa registrar, que, para Silva&Luchiari, o uso dessas drogas na sociedade antiga, era moderada e pouco frequente na coletividade, salvo episódios isolados que pouco acontecia, onde ocorriam excessos por algumas partes, sem, contudo, afetar o coletivo ou meio social.³³

Sobre o assunto Vergara explica que:

A coca também foi usada durante séculos sem causar problemas. Para os povos que viviam nas escarpas da

³⁰ MALUF, Daniela Pinotti...[et al.]. **Drogas: prevenção e tratamento, o que você queria saber e não tinha a quem perguntar.** São Paulo: CL A Cultural, 2002. p.14.

³¹ SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 01.

³² SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 02.

³³ SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 02.

Cordilheira dos Andes, mascar folhas de coca é uma condição de sobrevivência. No ar rarefeito das montanhas, a pequena porção de cocaína que se extrai lentamente ao mastigar um maço de folhas de coca combate a fadiga e alivia a fome e a sede. Para os habitantes dos Andes, a planta era sagrada. Os incas restringiam o uso da coca às cerimônias religiosas e rituais de iniciação. E foi assim que os nativos usaram a planta até a chegada dos espanhóis, no século XVI.³⁴

No entanto, Vergara acrescenta que:

Os primeiros acordes desafinados dessa sinfonia harmoniosa começaram a ser ouvidos entre o final do século XVIII e o início do século XIX, à medida que a sociedade tradicional ia dando lugar ao mundo moderno. [...]. O abuso das drogas começou pelas mãos dos médicos, que, entusiasmados com a descoberta de curas milagrosas para seus clientes, passaram a prescrever as novas substâncias para todo e qualquer problema. Esse erro original foi multiplicado pela ação inescrupulosa de farmacêuticos que faziam propaganda mentirosa para vender seus produtos, mesmo depois que os males por eles provocados se tornavam evidentes.[...]. Foi então que a indústria farmacêutica, que, na época podia produzir, divulgar e distribuir sem restrições, tomou a frente do mercado e começou a fazer produtos com coca diretamente para o público.[...]. Esses remédios eram vendidos sem receita médica, apesar de alguns deles terem 99,9% de cocaína.³⁵

Deste modo, nota-se que as drogas sempre permaneceram presentes nas sociedades, no entanto com diversos aspectos e finalidades. E somente a partir do período em que seu uso tornou-se maléfico para os indivíduos e a sociedade como um todo, procurou-se combatê-la.

³⁴ VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 38.

³⁵ VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 38/39/40.

1.3.1 – Discriminação ao usuário

Vergara leciona que *"como sempre, os ricos têm acesso mais rápido a informação e logo deixaram de consumir as drogas mais perigosas ou passaram a usá-las com mais cautela. Os pobres não tinham essa mesma opção."* ³⁶

Por muito tempo, aliás, seu vício foi encorajado, porque acreditava-se que a droga aumentava a produtividade tornando possível o trabalho árduo. Em Nova Orleans, por exemplo, os trabalhadores negros reclamavam que, sem cocaína, não conseguiam agüentar a jornada de trabalho braçal de até 70 horas ininterruptas.³⁷

Para Vergara *"a mudança de público que passou a consumir drogas acirrou os ânimos contra o seu uso. Pessoas da elite eram consideradas aptas a relacionar-se com as drogas. Mas, se o usuário era um trabalhador considerava-se o ato uma luxúria."* ³⁸

Ainda neste diapasão, Vergara, diz que *"a divulgação de dados como o fato de que a maioria das prostitutas presas no Texas, eram dependentes de cocaína não ajudava a desfazer a conexão entre droga e sexo, que horrorizava a classe média."* ³⁹

A imprensa americana logo notou que esse medo vendia jornal e caprichou nas mentiras apavorantes, sempre envolvendo minorias drogadas. Em seu livro sobre a história das drogas, Richard Davenport-Hines levantou muitas notícias fantasiosas, publicadas nos Estados Unidos, sobre cocainômanos negros que atacavam mulheres brancas e mexicanos que usavam maconha, estes alucinados, estupravam mulheres brancas. [...] um editor de um grande

³⁶ VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 41.

³⁷ VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003, p. 41.

³⁸ VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003, p. 41.

³⁹ VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003, p. 41.

jornal chegou ao absurdo de dizer que 99% das pessoas que fumavam ópio acabavam na cadeia ou no necrotério.⁴⁰

A população em geral acreditava nas mentiras vinculadas à imprensa e logo aparecem propostas racistas de proibir o consumo de drogas.

1.3.2 – A proibição no mundo

Para Vergara, a proibição das drogas que existe no mundo todo, teve início no século XX pelos Estados Unidos da América, em uma história que envolve puritanismo e interesses políticos.⁴¹

Como ressalva Vergara, em sua obra:

A proibição às drogas, dentro e fora dos Estados Unidos, foi construída aos poucos, entre 1909 e 1924. Nas conferências internacionais, os americanos pressionavam os outros países a adotarem posturas cada vez mais restritivas. E, para que seus representantes nesses encontros pudessem mostrar que já tinham feito sua lição de casa, o Congresso americano aprovava Leis cada vez mais duras. Mas nem todos os países concordavam. Em 1912, a Convenção de Haia estabeleceu que a cocaína e os opiáceos só deveriam ser liberados para uso médico. Só 12 países assinaram. A Turquia e a Sérvia, que produziam opiáceos, e a Alemanha e a Inglaterra, que fabricavam cocaína, não assinaram. Ficou então acertado que a convenção só teria valor quando assinada por pelo menos 35 países. Os americanos aproveitaram a Primeira Guerra Mundial para impor esse compromisso. Em 1918, o tratado de Versalhes, que atestou o fim da guerra, reservou uma cláusula para as drogas. O artigo 295 diz que a convenção entrava em vigor e que cada país faria uma lei para regulamentá-la. Em 1921, a convenção já tinha 38 assinaturas. Em 1934, chegou a 56.⁴²

⁴⁰ VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003, p. 41.

⁴¹ VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003, p. 44.

⁴² VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003, p. 45.

Vergara leciona mais, dizendo que “[...] *isso não acabou com o comércio dessas drogas. Durante muito tempo, grandes indústrias farmacêuticas continuaram fabricando as drogas reguladas e alimentando o mercado negro, muitas vezes com a conivência dos governos.[...]*”.⁴³

Melhor explica Gomes, “*tal uso só se tornou criminalmente punível com a evolução das sociedades. Em torno desse assunto existem incontáveis questões culturais, políticas e econômicas e, também, muito preconceito.*”⁴⁴

1.4 – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – PRINCÍPIOS BÁSICOS:

Pode-se chamar de princípios reguladores do controle penal princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988 (art. 5º).⁴⁵

1.4.1 – Princípio da Legalidade:

O Princípio da legalidade explica que para que exista um crime é necessária uma lei anterior que o determine como tal. Esse princípio vem previsto no artigo 5º, inc. XXXIX da Constituição da

⁴³ VERGARA, Rodrigo. Coleção para saber mais: **Drogas**: Volume 5. São Paulo: Abril, 2003. p. 46.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

República Federativa do Brasil de 1988⁴⁶, bem como, no artigo 1º do Código Penal.⁴⁷

Bitencourt ensina que:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.⁴⁸

Consoante Reza Batista "*além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta em lei*".⁴⁹

A propósito, são oportunas as palavras Bitencourt:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.⁵⁰

⁴⁶ **Art. 5º, XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁴⁷ **Art. 1º**. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

⁴⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 67.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

A seguir, observa Delmanto "*nenhum comportamento pode ser considerado crime sem que uma lei anterior à sua prática (e não apenas ao seu julgamento) o defina como tal*".⁵¹

1.4.2 – Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade, em sua configuração mais elementar "não há crime sem culpabilidade". Embora, no direito penal antigo, a responsabilidade era objetiva, ou seja, pela simples produção do fato. No entanto, tal forma objetiva está praticamente erradicada do direito penal contemporâneo.⁵²

Na lição de Bitencourt:

*A culpabilidade, como afirma Munõz Conde, não é um fenômeno isolado, individual, afetando somente o autor do delito, mas é um fenômeno social; "não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responde por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade". Dessa forma, não há uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade,[...].*⁵³

Resumindo, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três consequências materiais: a) não há responsabilidade

⁵¹ DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 03/04.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena.⁵⁴

1.4.3 – Princípio da Adequação Social.

O princípio de adequação social preceitua que o Direito penal tipifica apenas os comportamentos que apresentam importância social, caso contrário não poderiam ser delitos. Exemplo disso tem-se o crime de adultério, contido no artigo 240 do Código Penal Brasileiro de 1940⁵⁵, que só foi revogado anos depois, com a vigência da lei n. 11.106, apesar de há muitos anos ninguém responder a processo por este crime.

Bitencourt lembra Welzel, conforme salienta:

O direito penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não podem constituir delitos, e por isso, não se revestem de tipicidade.⁵⁶

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21.

⁵⁵ **Art. 240** - Cometer adultério:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.

§ 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.

§ 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato.

§ 3º - A ação penal não pode ser intentada:

I - pelo cônjuge desquitado;

II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.[...]

⁵⁶ WELZEL, Hans *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24

Bitencourt cita também Stratenwerth, dizendo que "*é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento*".⁵⁷

Adepto desse ponto de vista é Bitencourt, ao sustentar que:

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado,[...].⁵⁸

Sobre os efeitos da adequação social, Capez explica:

Critica-se essa teoria porque, em primeiro lugar, costume não revoga lei, e, em segundo, porque não pode o juiz substituir-se ao legislador e dar por revogada uma lei incriminadora em plena vigência, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, devendo a atividade fiscalizadora do juiz ser suplementar e, em casos extremos, de clara atuação abusiva do legislador na criação do tipo.⁵⁹

No arremate desse tópico, novamente chamamos a atenção para o que nos ensina Bitencourt, "*as conseqüências da chamada 'adequação social' não encontraram ainda o seu porto seguro.*"⁶⁰

⁵⁷ Stratenweth apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 18.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

1.4.4 – Princípio da Insignificância.

Não há no Código de Processo Penal qualquer dispositivo que permita o juiz a absolver alguém, fazendo-o pela simples e tão só circunstância de que o delito por si cometido terá causado insignificante lesão ao bem jurídico, sem nenhuma importância social. Sendo que ao legislador cabe a função de elaborar leis, que às vezes não consegue descobrir o exato alcance delas, existindo a necessidade do aplicador da lei corrigir essa irregularidade jurídica.

Magalhães aponta a posição de Vico Mañas, a respeito da matéria:

O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.⁶¹

Na mesma linha de raciocínio, Aguiar coloca as ideias do saudoso ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Francisco de Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, parágrafo 1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria

⁶¹ MAGALHÃES, Joseli de Lima. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 1, nov. 1996. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=948>>. acesso em: 25 setembro. 2008 *apud* MAÑAS, Vico. O Princípio da Insignificância como Excludente no Direito Penal, Saraiva, pág. 56.

cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem conseqüências palpáveis; e assim por diante.⁶²

Conforme salienta Bitencourt expondo que “[...]. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. [...]”⁶³

1.4.5 – Princípio da intervenção mínima do Estado

Este princípio diz que o legislador deve escolher os bens jurídicos que precisam ser protegidos pelo Direito Penal, incumbindo este sistema a proteção dos bens jurídicos realmente importantes.

Na expressão precisa de Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem

⁶² AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O princípio da insignificância e os crimes contra o sistema financeiro nacional. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 255, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5000>>. Acesso em: 25 set. 2008.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. [...].⁶⁴

Para finalizar, demos novamente a palavra a Bitencourt nos seguintes termos:

Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos.⁶⁵

Por fim, o princípio em tela defende que, antes de se recorrer ao Direito Penal, devem-se usar todos os meios extra-penais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.

O próximo capítulo abordará a evolução legislativa das políticas antidrogas brasileiras, com vistas a entender historicamente os motivos que informam à lei que atualmente regula a matéria.

CAPÍTULO 2

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

O segundo capítulo vai abordar as leis antidrogas antecedentes a atual, bem como, a lei em vigor, apresentando as antigas capitulações, sanções impostas e tratamento dado ao usuário e traficante de drogas.

2.1 AS POLÍTICAS ANTIDROGAS ANTERIORES À LEI 11.343/06.

É fundamental conhecer as Leis antecedentes à Nova lei drogas (Lei N.º1.343/06), já que foram ordenamentos jurídicos que abordaram com mais profundidade a matéria em questão.

Nas palavras de Carvalho o código Criminal do Império não trazia nada sobre a matéria de drogas. No entanto, a primeira incriminação ao uso, porte e comércio de determinadas substâncias tóxicas no Brasil esta contida nas Ordenações Filipinas, mais especificamente no Livro V, em seu título 89. Embora a primeira disposição anunciada sobre a proibição de substância tóxica é vista somente no Código Republicano de 1890, em seu artigo. 159, que punia com multa quem tivesse à venda ou fornecesse substâncias venenosas sem legítima autorização. Em 1940, com a chegada do Código Penal, regulamentado pelo Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro daquele ano, o crime de comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes foi tipificado no artigo 281.⁶⁶

Gomes nos dá uma definição lapidada sobre a expressão utilizada acima:

⁶⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 19/25.

No Brasil, a primeira legislação criminal que puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada no livro V das Ordenações Filipinas: quem guardasse em casa ou vendesse substâncias como o rosalgar e o ópio, poderia perder a fazenda, ser expulso do Brasil e enviado para a África. Depois vieram: o Código Penal Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais em 1932, o Decreto 780, modificado pelo Decreto-lei 891 de 1938, o código Penal de 1940, Lei 6.368/76 e Lei 10.40/2001.⁶⁷

Por outro lado, Carvalho enuncia que os legisladores, preocupados com o aumento do tráfico e com o uso de drogas que alcançava magnitude generalizada, cujo governo não conseguia manter o controle, foi criada a Lei 5.721/64.⁶⁸

Sobre referida Lei, afirma Greco Filho:

A Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971, dispôs sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, deu nova redação ao art. 281 do Código Penal e alterou o rito processual para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo, representando a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial. A Lei nº 5.726 foi regulamentada pelo Decreto nº 69.845, de 27 de dezembro de 1971.⁶⁹

No que diz respeito às inovações, Carvalho leciona:

A Lei 5.726/71 renova a redação do artigo 281 do Código Penal e modifica o seu rito processual, representando real e coerente iniciativa na repressão aos estupefacientes, chegando a ser considerada exemplar em nível mundial. O fato de não mais considerar o dependente como criminoso, porém, escondia faceta ainda perversa da Lei, que é de

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.

⁶⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 26.

⁶⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

não diferenciar o usuário eventual (ou experimentador) do traficante.⁷⁰

Carvalho entende que, embora a Lei n.º 5.726/71 representasse um progresso na repressão às drogas ainda não existia uma padronização das leis antidrogas no Brasil. Em virtude dessa necessidade, a referida lei durou somente 5 (cinco) anos, sendo substituída pela Lei n.º 6.368/76.⁷¹

2.1.1 – Lei n.º 6.368/76:

No que diz respeito à Lei 6.368/76, Silva e Luchiari ensinam que, a referida lei foi sancionada perante a enorme preocupação existente com as drogas. Tal Lei trouxe inúmeras inovações às normas de combate e prevenção daquela época, sua base consistia no combate à exploração da droga e a defesa do usuário e dependente.

⁷²

Engrandece Freitas Junior:

A Lei n. 6.368/76, de 21 de outubro de 1976, ficou conhecida como a **Lei de Tóxicos** ou **Lei de Entorpecentes**. Pretendendo abranger todas as questões referentes à matéria, definia as condutas típicas atinentes ao uso e disseminação de substâncias entorpecentes, bem como regulamentava o processamento e punição dos respectivos crimes, além do tratamento a ser dispensado aos dependentes físicos e químicos.⁷³

Corroborava Gama, em sua obra:

⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 27.

⁷¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 28.

⁷² SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas**: Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 05.

⁷³ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 01.

Ao seu tempo, a Lei nº 6.368/1976 foi considerada um avanço sem precedentes, sendo isso atestado pelo seu longo tempo de vigência. Assim, de forma bastante rudimentar, a revogada Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, tratou com a habilidade exigida na sua época, visando já prevenir e reprimir as práticas criminosas referentes ao uso e tráfico de substâncias entorpecentes.⁷⁴

Nesse enquadramento de ideias, para melhor entendimento referente ao tratamento diferenciado das punições aplicadas ao traficante e ao usuário de drogas, veja-se o art. 12 e art. 16, ambos da Lei N.º 6.368/76:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

⁷⁴ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas** – lei. 11.343/2006: comentada. Campinas: Russel, 2006. p. 16.

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.[...]

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.[...]⁷⁵
(grifo nosso)

Desta forma, pode-se notar que a lei 6368/76 determina penas tanto para o tráfico quanto para o uso de drogas.

No que tange as mudanças em relação as leis anteriores, Greco Filho entende que:

A pena privativa de liberdade foi novamente exacerbada comparando-se os textos de 1940, do Decreto-lei n.º 385 e da Lei n. 5.735. Justifica-se a exacerbação em virtude da distinção feita em relação àquele que traz consigo, adquire ou guarda para uso próprio, agora punido com detenção. Foi deixada grande margem de discricionariedade ao juiz para a fixação da pena, a fim de que possa o magistrado apenar diferentemente o pequeno e o grande traficante. Sabe-se, porém, que as grandes penas raramente são impostas, o que, todavia, agora pode ser superado em virtude da separação para o que traz consigo para uso.⁷⁶

Em relação às mudanças da pena de multa Greco Filho conceitua que “foi reduzida, adequando-se mais à realidade. A

⁷⁵ BRASIL. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm> Acesso em: 22 de setembro de 2008.

⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**, comentários à Lei n.º 6.368 de 21 de outubro de 1976, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982. p.94.

pena anterior era realmente excessiva, a ponto de tornar-se inexecúvel, [...].”⁷⁷

Para Silva e Luchiari:

A sua origem em período de exceção e a incompreensão de seu texto, ora pela prática menos escorreita de seu sentido, ora pelo interesse dos que sempre desejaram uma legislação mais liberal, validaram o nascimento de movimentos de contestação do texto legislativo, defendendo uma revisão naquela Lei.⁷⁸

Na visão de Leal, após 30 anos de sua vigência, a Lei nº 6.368/76 já estava ultrapassada devido às mudanças na sociedade brasileira, não possuindo mais instrumentos de controle penal eficaz e apropriado para os fins a que se propunha, que se resumiam em prevenção, tratamento e repressão aos usuários e traficantes de substância entorpecente.⁷⁹

Apesar disso, a Lei nº 6.368 existiu por mais de 26 (vinte e seis) anos até que a Lei nº 10.409, pretendeu, enquanto projeto substituí-la.

2.1.2 – Lei n. 10.409/02:

A lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, ganhou o nome de Nova Lei Antitóxica, tendo sido promulgada com intuito de sanar as pendências e lacunas legislativas decorrentes da Lei n. 6.368/76.

⁷⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**, comentários à Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 94.

⁷⁸ SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas: Lei n.º 11.343/06**. São Paulo: Millennium, 2007. p 06.

⁷⁹ LEAL, João José. Política criminal e a lei Nº 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.1177,21.09.2006.Disponível: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 22 set. 2008.

Cabe ressaltar que, segundo os ensinamentos de Freitas Junior:

[...]. Ao invés de solucionar os problemas resultantes da lei anterior, a Lei n. 10.409/2002 foi promulgada com tantas imperfeições técnicas e preceitos inconstitucionais, que grande parte de seu conteúdo foi vetado pelo Presidente da República, sem que referido veto tenha sido derrubado pelo Legislativo.⁸⁰

Nesse sentido, dispõe Silva e Luchiari:

Sua sanção integral corria o risco de provocar uma generalizada bolitio criminis e, entre o risco de VETAR integralmente, com grave desgaste político, uma lei de 11 anos de tramitação, o governante encontrou a solução de vetar parcialmente, deixando o documento totalmente mutilado.⁸¹

Como leciona Capez:

A legislação básica era composta das Leis n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, e 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Esta última pretendia substituir a Leis n. 6.368/76, mas o projeto possuía tantos vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas que foi vetado em sua parte penal, somente tendo sido aprovada a sua parte processual.⁸²

Nessa linha de pensamento Freitas Junior, observa que *"não demoraram a surgir várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais, gerando interpretações antagônicas sobre as aplicações de ambas as leis."*⁸³

Neste diapasão, transcreve-se da doutrina de Silveira:

Com a entrada em vigor da Lei n.º 10.409/02, criou-se uma verdadeira simbiose penal, porque se aplica uma parte da

⁸⁰ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 01.

⁸¹ SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 08.

⁸² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 680.

⁸³ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 01.

lei n.º 6.368/76 e, completa-se com a nova legislação, da seguinte forma:

- Lei 6.368/76: Continuava em vigor a parte dos crimes e do procedimento.

- Lei 10.404/02: Com sua entrada em vigor os capítulos I (disposições gerais), II (prevenção, tratamento e erradicação), VI (efeitos da sentença) e VIII (disposições gerais) passaram a vigorar, SMJ, revogando o disposto na Lei n.º 6.68/76.⁸⁴

Mesmo que o Capítulo III da Lei n. 10.409/02 tenha sido totalmente revogado, veja-se as punições atribuídas pelos arts. 14 e 20 ambos da Lei nº 10.409/2002 e o tratamento também diferenciado ao traficante e ao usuário de drogas:

Art. 14. Importar, exportar, remeter, traficar ilicitamente, preparar, produzir, fabricar, adquirir, **vender, financiar, expor à venda, oferecer**, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar a consumo e oferecer, ainda que gratuitamente, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena: reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa.[...]

Art. 20. Adquirir, guardar, ter em depósito, **transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal**, em pequena quantidade, a ser definida pelo perito, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Penas e medidas aplicáveis: as previstas no art. 21. [...]

Art. 21. As medidas aplicáveis são as seguintes:

I – prestação de serviços à comunidade;

II – internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime

⁸⁴ SILVEIRA, Carlos Alberto Arruda. **A nova lei de tóxicos comentada**. São Paulo: JLA, 2006. p 15.

ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico;

III – comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico;

IV – suspensão temporária da habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo;

V – cassação de licença para dirigir veículos;

VI – cassação de licença para porte de arma;

VII – multa;

VIII – interdição judicial;

IX – suspensão da licença para exercer função ou profissão. [...]

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a uso pessoal e formar sua convicção, no âmbito de sua competência, o juiz, ou a autoridade policial, considerará todas as circunstâncias e, se necessário, determinará a realização de exame de dependência toxicológica e outras perícias.⁸⁵ (grifo nosso)

Nessa tônica, Jesus aponta que “Os dispositivos do Capítulo III do Projeto (arts. 14 a 26), que descreviam crimes, foram inteiramente vetados. De maneira que continuam em vigor os arts. 12 e seguintes da Lei n. 6.368/76, que definem os delitos referentes a tóxicos.”⁸⁶

Nesse enquadramento de idéias Leal:

Em face da situação extremamente confusa, causada pela vigência concorrente e simultânea de dois textos conflitantes e assimétricos, não restava outra alternativa ao Congresso Nacional senão a de aprovar uma nova lei que

⁸⁵ Brasil. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm>. Acesso em 23 de setembro de 2008.

⁸⁶ JESUS, Damásio E. de. Nova lei antitóxicos (Lei nº 10.409/02): mais confusão legislativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2817>>. Acesso em: 23 set. 2008.

viesses a ordenar, de forma completa e unificada, esta matéria penal.⁸⁷

Para acabar definitivamente com as polêmicas geradas por existir dois textos legais (Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02), bem como completar qualquer eventual falha legislativa, e, sobretudo adequar o texto legal à atual realidade ao uso e à disseminação das drogas no país, foi promulgada a Lei n. 11.343, 23 de agosto de 2006, denominada de Nova lei de Drogas.⁸⁸

2.2 – A LEI EM VIGOR: N.º 11.343/06

A nova Lei de Drogas foi publicada no dia 24.08.2006 e entrará em vigor no dia 08.10.2006. Sendo importante salientar que a nova legislação passou a ser a única em vigor, regulamentando toda a matéria referente ao uso e disseminação de drogas, já que em seu art. 75⁸⁹, revogou expressamente as duas leis anteriores.⁹⁰

No dizer de Gomes, os eixos centrais dessa nova legislação passam, dentre outros, pelos seguintes pontos:

- (a) pretensão de se introduzir ao Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social ao usuário;
- (b) eliminação da pena de prisão ao usuário(ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal);

⁸⁷ LEAL, João José. Política criminal e a lei N° 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 23 set. 2008

⁸⁸ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. Drogas: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 01.

⁸⁹ Art. 75. Revogam-se a Lei no 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei no 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

⁹⁰ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 02.

- (c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico;
- (d) clara distinção entre o traficante “profissional” e o ocasional;
- (e) louvável clareza na configuração do rito procedimental e
- (f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas.⁹¹

Aqui é primordial a manifestação de Silveira, elucidando que a nova Lei de Drogas criou tipos penais antes inexistentes e ampliou outros que já existiam.⁹²

Greco Filho aponta que a nova lei foi dividida da seguinte forma:

nos Títulos I (Disposições preliminares), instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, estabeleceu o conceito e a proibição de drogas no território nacional) e II (Do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas(, estabeleceu a finalidade e a organização do SISNAD. O Título II foi dividido em seis capítulos, tendo o Capítulo I tratado dos princípios e objetivos do SISNAD, e o Capítulo IV, da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas. Os Capítulos II e III foram vetados; no Título III (Das atividades de prevenção e uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas), cuidou o legislador dos princípios e diretrizes que devem guiar as atividades de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Referido título foi dividido em três capítulos, sendo o Capítulo III (Dos crimes e das penas) reservado para incriminar tão-somente a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, deixando claro a separação de tratamento entre usuário ou

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 07.

⁹² SILVEIRA, Carlos Alberto Arruda. **A nova lei de tóxicos comentada**. São Paulo: JLA, 2006. p. 25.

dependente e o traficante; no Título IV (Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas), cuidou das medidas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, cujo Capítulo II dispôs sobre os crimes, e o Capítulo III, dividido em seções, sobre o procedimento penal; os Títulos V e VI foram reservados, respectivamente, para tratar da cooperação internacional e das disposições finais e transitórias.[...].⁹³

Nessa linha de pensamento Freitas Junior acentua que *"a nova lei, ademais, suprime a expressão 'substância entorpecente', passando a utilizar o termo 'drogas' de forma genérica."*⁹⁴

Na expressão precisa de Gomes:

Criou-se com a mencionada Lei o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem por tarefa articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira relacionada com a prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes assim como com a repressão à produção e tráfico ilícito de drogas.⁹⁵

Corroborando Freitas Junior:

A nova lei, sob outro aspecto, institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, denominado SISNAD, com principal objetivo de articular, integrar, organizar e coordenar as políticas públicas de prevenção e repressão ao uso e à disseminação de drogas, e de reinserção social de usuários e dependentes. Referido Sistema está subordinado às determinações emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – CONAD.⁹⁶

Freitas Junior salienta que:

⁹³ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 07/08.

⁹⁴ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 02.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 07.

⁹⁶ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 03.

Criou-se, também, a SENAD – Secretaria Nacional Antidrogas, órgão executivo do Sistema Nacional Antidrogas, responsável pela efetiva implantação da política nacional antidrogas. [...]. A secretaria Nacional Antidrogas possui, dentro outras, atribuições para planejar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de prevenção e repressão ao tráfico e ao uso indevido de substâncias entorpecentes, bem como propor a Política Nacional Antidrogas e acompanhar a execução de tal política.⁹⁷

Nessa tônica Gomes aponta que “a criação de tal Sistema vai ao encontro de uma política criminal de drogas mais consentânea com aquelas modernamente recomendadas.”⁹⁸

A seguir, Freitas Junior observa que:

No tocante aos crimes e penas referentes às drogas, um dos objetivos principais da nova lei, sem dúvida alguma, foi diferenciar, da forma mais abrangente possível, o traficante do mero usuário. Com o distanciamento entre ambos, a Lei n.º 11.343/2006 despenalizou algumas condutas dos meros usuários e dependentes, e agravou a situação penal do traficante e dos agentes responsáveis pela disseminação de drogas, [...].⁹⁹

Em relação ao traficante, Gomes destaque:

[...], a nova Lei segue a linha punitivista internacional: pena mínima de três anos foi aumentada para cinco; proíbe-se, nesse caso, praticamente tudo: fiança, indulto, *sursis*, anistia, liberdade provisória, penas substitutivas e direito de apelar em liberdade.[...].¹⁰⁰

Vejamos o artigo 33 da lei n.º 11.343/06:

⁹⁷ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas: comentários à lei n.º 11.343/06**, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 05.

⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 19.

⁹⁹ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas: comentários à lei n.º 11.343/06**, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 03.

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.08.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. [...] ¹⁰¹

Todavia Freitas Junior acentua que:

Alguns autores, [...], entendem que a condenação por tráfico somente será possível caso fique demonstrada a intenção do agente em disseminar a droga encontrada em seu poder: caso contrário, deverá ser condenado por porte ilegal de drogas para uso próprio. [...] ¹⁰²

O usuário de drogas, por seu turno, Freitas Junior explica que “passou a ser visto como agente que necessita de cuidados,

¹⁰¹ BRASIL. Lei n. 11.343/06. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso 02 de out. de 2008

¹⁰² FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006 p. 53.

tratamento e proteção do Estado, buscando sua recuperação e pronta reinserção social.”¹⁰³

E também:

O uso de termo “drogas”, no plural, visa abranger os inúmeros produtos e substâncias que podem causar dependência, não tendo qualquer relação com a quantidade de material ilícito, tampouco impondo a necessidade de apreensão de mais de uma espécie de droga. O agente surpreendido transportando uma única porção de droga, dessa forma, responderá pelo delito em comento.¹⁰⁴

Já no que tange ao âmbito internacional, Gomes ensina que:

A luta contra o crime organizado está fundamentada na cooperação internacional. A demonstração de tal realidade é a crescente preocupação internacional nesse sentido, onde as nações, cada vez mais, buscam harmonizar e afinar suas legislações internas ao contexto mundial.¹⁰⁵

Em especial, ao Brasil, Silva & Luchiari anota:

O Brasil, fiel aos seus princípios e de acordo com as normas de cooperação internacional adotadas por acordos, tratados convenções e outros documentos, sejam de aspiração bilateral ou multilateral, regional ou universal, se dispõe, legalmente, a prestar, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, por reciprocidade, deles solicitará colaboração. Adota os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor.

¹⁰³ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 03/04.

¹⁰⁴ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 30.

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 295/296.

Ainda observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos em vigor.¹⁰⁶

Como já se Adiantou Gomes:

No caso do Brasil, apesar de não termos uma forte tradição de prestígio internacional ao relacionamento de cooperação e harmonização legislativa internacional, essa tendência tem se imposto nos últimos anos, e vem ganhando maior transcendência a cada dia.¹⁰⁷

Novamente cabe lembrar a palavra de Gomes nos seguintes termos “podemos afirmar que a evolução e desenvolvimento legislativo, tanto no âmbito interno, como no cenário internacional, são fruto de um trabalho sem fim, que tende a alcançar o que hoje se denomina ‘padrão internacional de cooperação’.”¹⁰⁸

2.2.1 – Distinções entre usuário e traficante:

Com a finalidade de aplicação penal, importante a discussão sobre o usuário e o traficante, de forma a avaliar quando certa conduta se encaixa em crime de tráfico de drogas.

Gomes explica que existem dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente que esta envolvido com a posse ou porte de droga é usuário ou traficante:

(a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um *quantum* diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico);

¹⁰⁶ SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercilio. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.º 11.343/06. São Paulo: Millennium, 2007. p. 91.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 296.

¹⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 296.

(b) sistema de reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico).¹⁰⁹

A regra adotada pela legislação brasileira é o *sistema do reconhecimento judicial ou policial*, ou seja, cabe ao juiz ou à autoridade policial reconhecer se a droga encontrada era para destinação pessoal ou para o tráfico, sendo que a nova Lei fixou diversos critérios para ajudar as autoridades competentes nesta tipificação legal.¹¹⁰

É oportuno lembrar Silva:

A natureza e a quantidade devem ter uma única finalidade, que é a de aferir se é possível o usuário solitariamente consumir, em curto espaço de tempo, toda a droga apreendida. Somente o caso concreto poderá definir esta classificação, não sendo possível atribuir-se parâmetros fixos, seja em relação à quantidade da droga, seja em relação à qualidade.¹¹¹

O mestre Gomes assim leciona:

É importante saber: se se trata de droga “pesada” (cocaína, heroína, etc.) ou “leve” (maconha, v.g.); a quantidade dessa droga (assim como qual é o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente etc.); profissão do sujeito, antecedentes etc.¹¹²

Logo, cumpre ressaltar a essencial importância desta distinção, pois irá repercutir no tratamento judicial de cada um deles, que é uma das grandes finalidades da legislação Antidrogas em vigor.

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 131.

¹¹⁰ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 131.

¹¹¹ SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas – manual prático**: Direito material e processual penal. Curitiba: Juruá, 2007. p. 45.

¹¹² GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 132.

CAPÍTULO 3

ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/06

Neste capítulo ao abordar a promulgação da Lei de Drogas n.º 11.343/06, verifica-se uma problemática em relação ao usuário de drogas, porquanto diante da ausência de fixação de regime prisional de cumprimento de pena, discute-se a ocorrência ou não da descriminalização, frente ao novo tratamento penal conferido às condutas preconizadas.

3.1 ASPECTOS DESTACADOS DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/06

Uma das alterações de grande importância que a Lei de Drogas trouxe em sua redação, foi um novo tratamento penal à conduta regulada no artigo 28, caput, qual seja, posse de droga para consumo pessoal, o que ocasionou diversos entendimentos sobre o tema.

Gomes analisa este tópico nos seguintes termos:

Ao usuário não se comina a pena de prisão. Pretende-se que ele nem sequer passe pela polícia. O infrator da Lei será enviado diretamente aos Juizados Criminais,[...]. Não há que se falar, de outro lado, em inquérito policial, sim em termo circunstanciado. Não é possível a prisão em flagrante (art.48, §2.º): o agente surpreendido é capturado, mas não se lavra o auto de prisão em flagrante (no seu lugar, elabora-se o termo circunstanciado). A competência para aplicação de todas as medidas alternativas é dos Juizados Especiais.¹¹³

Nucci, ao analisar o tipo do art. 28 da Nova Lei de Drogas:

Não se trata de infração de menor potencial ofensivo, mas de ínfimo potencial ofensivo. Além da possibilidade de transação (art. 48, § 5º), não se imporá prisão em flagrante (art. 48, § 2º) e, ao final, poderá ser aplicada simples advertência. Denominamos de ínfimo potencial ofensivo o crime previsto no art. 28 desta Lei, tendo em vista que, mesmo não sendo possível a transação, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada pena privativa de liberdade. O máximo que se chega, havendo processo e, buscando-se uma condenação, é atingir as três penas principais (advertência, prestação de serviço à comunidade e/ou frequência a curso ou programa educativo), com as medidas assecuratórias de

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 07.

cumprimento: admoestação e, se nada mais adiantar, multa. [...] ¹¹⁴

A Lei n.º 11.343/2006 trouxe modificações relacionadas à figura do usuário de drogas. Criou duas novas figuras típicas: transportar e ter em depósito; substituiu a expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas; não mais existe a previsão da pena privativa de liberdade para o usuário; passou a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa; tipificou a conduta daquele que, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. ¹¹⁵

3.1.1 – Objeto Material:

A nova Lei de Drogas utiliza o termo “drogas” em sentido amplo, abrangendo qualquer produto ou substância capaz de causar dependência, física, ou psíquica, incluindo por óbvio, as substâncias entorpecentes, expressamente mencionadas na legislação revogada. ¹¹⁶

Como acentua Gomes:

O objeto material da infração sui generis contida no art. 28 são as drogas. Drogas, consoante o disposto no art. 66 da nova Lei, são “substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursores e outras sob controle especial, da Portaria

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 755.

¹¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 680.

¹¹⁶ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas: comentários à lei n.º 11.343/06**, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 29.

SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998" (cf. infra comentários ao art. 66).¹¹⁷

Para melhor análise, transcrevemos o parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 11.343/2006:

Parágrafo Único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.¹¹⁸

Se a droga (objeto material do delito) não for apreendida, é impossível a constatação de sua idoneidade tóxica. Logo, não comprovando a materialidade da infração, conduz à absolvição do agente.

3.1.2 - Do sujeito ativo e sujeito passivo:

Para Freitas Júnior, o sujeito ativo é aquele que realiza qualquer das condutas típicas, podendo ser qualquer pessoa, vez que se trata de um crime comum, ao passo que o sujeito passivo, é a coletividade, ou em termos específicos, a saúde pública.¹¹⁹

Oportunas são as palavras de Greco Filho, em relação ao sujeito ativo:

É qualquer pessoa, imputável, que pratique uma das condutas previstas no tipo. Não se trata de crime próprio, cuja ação é privativa de pessoas com qualificação especial, mas de crime que qualquer pessoa pode praticar. A jurisprudência anterior ao Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968, e também a doutrina (Magalhães Noronha, Nélon Hungria e Heleno Cláudio Fragoso)

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 123.

¹¹⁸ BRASIL. Lei n.º 11.343/2006. Disponível<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2004_2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em 14 de out. de 2008.

¹¹⁹ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas**: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 41.

excluíaam da possibilidade de incriminação o viciado ou a pessoa que adquirisse ou trouxesse consigo o entorpecente para uso próprio, nem mesmo como co-autor.

Já quanto ao sujeito passivo, o mesmo autor acentua:

É a coletividade que se vê exposta a perigo pela prática de uma das condutas típicas. Não se exclui, todavia, a possibilidade de, em algum caso concreto, determinar-se a figura de um prejudicado, como, por exemplo, na hipótese de alguém ministrar entorpecente a um menor inimputável.[...].¹²⁰

No arremate desse tópico, novamente chamamos a atenção para o que nos ensina Gomes:

Sujeitos da conduta: sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Tratando-se de menor de dezoito anos aplicam-se as medidas sócio-educativas do ECA, que não podem ser mais graves que as sanções do art. 28 da Nova Lei de Drogas. Por força do princípio da proporcionalidade, entretanto, nenhuma sanção mais grave que as cominadas no art. 28 podem ser impostas a esse menor. Se o adulto não pode ser sancionado com rigor, o menor tampouco. Sujeito passivo é a coletividade. Se o sujeito ativo é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, aplica-se o art. 45 [...].¹²¹

A recente lei, como a anterior, continua a não incriminar o viciado como tal, mas considera criminosa a conduta daquele que traz consigo a droga para uso próprio (art. 28).¹²²

3.1.3 - Das Condutas Típicas:

O art. 28, da Lei n. 11.343/06, estipula as condutas típicas relativas aos meros usuários ou dependentes de drogas, possuindo

¹²⁰ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83/84.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 149/150.

¹²² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

regras penais e procedimentais próprias, diversas daquelas previstas aos traficantes e responsáveis pela disseminação de drogas. De acordo com o referido texto legal,

“quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”¹²³

Gomes Lembra que antes eram três as condutas incriminadas: adquirir, guardar ou trazer consigo (artigo 16 da Lei 6.368/76). Agora são cinco as condutas sancionadas: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo.¹²⁴

O Mestre Capez, a esse respeito, distingue resumidamente as condutas típicas no artigo 28 do seguinte modo:

(a) Adquirir: é obter mediante troca, compra ou a título gratuito; (b) Guardar: é a retenção da droga em nome e à disposição de outra pessoa, isto é, consiste em manter a droga para um terceiro. Quem guarda, guarda para alguém; (c) Ter em depósito: é reter a coisa à sua disposição, ou seja, manter a substância para si mesmo. Essa conduta típica foi introduzida pela nova Lei; (d) Transportar: pressupõe o emprego de algum meio de transporte, pois, se a droga for levada junto ao agente, a conduta será a de “trazer consigo”. Trata-se de delito instantâneo, que se consuma no momento em que o agente leva a droga por um meio de locomoção qualquer. Essa figura típica também foi introduzida pela nova Lei; (e) Trazer consigo: é levar a droga junto a si, sem auxílio de algum meio de

¹²³ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas: comentários à lei n.º 11.343/06**, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 29. (grifo do autor)

¹²⁴ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 148.

locomoção. É o caso do agente que traz a droga em bolsa, pacote, nos bolsos, em mala ou no próprio corpo.¹²⁵

Nessa linha de pensamento, Gomes distingue as condutas:

Adquirir significa comprar, passar a ser proprietário, dono do objeto. Não importa a forma da aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, à prazo, pagamento em dinheiro, em cheque etc.

Guardar exprime a conduta de ocultar, ter a droga escondida, não revelar sua posse publicamente. A clandestinidade é a característica marcante do verbo "guardar".

Ter em depósito alcança a conduta de manter a droga sob controle, sob imediato alcance e disponibilidade. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público. Não importa o local do depósito.

Transportar expressa a idéia de deslocamento, de um local para outro. O transporte é para uso pessoal, do contrário incide o art. 33 da Nova Lei de drogas. Não importa o animus do agente, ou seja, faz-se o transporte para depois ter consigo ou se o faz para terceiros.

Trazer consigo é a mesma coisa que portar a droga. Fundamental sempre é a disponibilidade de acesso, de uso. Não importa o local em que o agente traz consigo (no bolso, na carteira, na mala, na mochila, no porta-luvas do carro etc.)¹²⁶

Um entendimento mais detalhado é o de Freitas Junior:

- a) Adquirir – A primeira conduta típica é adquirir droga ilícita. Adquirir significa obter, conseguir, alcançar. Pouco importa como a droga foi para em poder do agente, podendo ser de forma gratuita ou onerosa, por compra, por permuta, doação ou fato ilícito. A conduta será típica na modalidade aquisição, sempre que o agente for surpreendido com a droga, na qualidade de proprietário da mesma.

¹²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 682.

¹²⁶ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 148.

- b) Guardar – Para fins do referido tipo penal, o termo guarda tem o significado de posse da droga, ou seja, sua manutenção sob os cuidados do agente, para posterior uso, sendo desnecessária a posse direta da substância. A guarda induz a idéia de manutenção oculta da droga, pouco importando se a substância é de propriedade do agente ou se pertence a terceiros. Alguns autores, contudo, entendem que a expressão guardar indica a vigilância da droga em nome de terceiro, proprietário da substância. Para tal corrente, dessa forma, quem guarda substância entorpecente, sempre o faz em nome de outrem. Neste caso, ainda que o agente não seja o proprietário da droga, se a estiver mantendo em depósito para seu posterior consumo pessoal, responderá pelo crime em tela. Desnecessário, ainda, que a droga esteja estocada em local próximo ao agente.
- c) Ter em depósito – A conduta se assemelha à guarda, mas sugere uma detenção provisória, de fácil alcance, que pode determinar o célebre envio da droga para outro local. Tanto a guarda, como a manutenção em depósito, exprimem a mesma idéia, ou seja, a retenção da droga, pouco importando se o acusado é ou não o proprietário da mesma, desde que pretenda usá-la. Caso o agente esteja guardando a droga para que terceiro a use, responderá pelo delito previsto no art. 33 Lei n.º 11.343/06
- d) Transportar – Constitui a condução pessoal da droga, de um local a outro, sem a possibilidade de uso imediato, como, por exemplo, envolta em embalagem lacrada, ou no interior de objetos trancados. Diferencia-se da conduta de trazer consigo, pois esta exprime a idéia da possibilidade de pronto uso da droga pelo agente. [...]
- e) Trazer consigo – É o transporte da droga em poder do agente, possibilitando o seu pronto uso, como por exemplo, em suas vestes, no interior da bolsa, no porta-luvas, sob o banco do veículo, ou em qualquer outro local de fácil acesso. Neste caso, a substância ilícita fica conservada junto ao agente, ou materialmente a ele ligado, não sendo necessário que esteja na mão ou

nas vestes do agente, bastando estar ao seu alcance.¹²⁷

Contudo é necessário que o agente pratique tais condutas com a finalidade de uso pessoal da droga. Para determinar se a droga se destina ao consumo pessoal, o juiz entenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, o local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

3.2 – DESCRIMINALIZAÇÃO:

A descriminalização em sentido estrito apóia-se no procedimento de retrain o caráter delituoso do episódio ou ainda de eliminar seu caráter ilícito ou de ilícito penal, da mesma forma que retira de algumas condutas o caráter criminal, assim o fato descrito na lei penal deixa de ser crime.

Segundo Santoro Filho, que defende a descriminalização dos crimes de pouca relevância,

[...] pensamos que a descriminalização, além de tornar o direito penal mais efetivo, pois será reservado às ilicitudes realmente graves, possibilitará uma melhor atuação dos órgãos incumbidos da persecução e execução penal.[...]¹²⁸

Cervini ao falar sobre descriminalização leciona que 'é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal, certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas'.¹²⁹

¹²⁷ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas:** comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 31/32.

¹²⁸ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do direito criminal:** conceitos e fins do direito penal; escolas penais; princípios fundamentais; política criminal e modernas tendências. São Paulo: LED. 2000. p. 151.

¹²⁹ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização.** São Paulo: RT 2002. p. 81.

Ainda, sobre o conceito de descriminalização, Queiroz afirma:

Descriminalizar, como indica o étimo da palavra, significa retirar de certas condutas o caráter de criminosas. Não o caráter de ilicitude. Exclui-se tão somente a competência da Justiça Penal para decidir sobre tais comportamentos, que, por razões de política criminal, passam a ser penalmente indiferentes.¹³⁰

Gomes salienta em sua obra que “descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime.”¹³¹

Delmas-Marty explica que o termo estudado é:

Empregado em sua significação mais completa, implicando ou não apenas o recuo do sistema penal, mas ainda a ausência de qualquer resposta de substituição: ou melhor, a passagem de um modelo qualquer de política criminal ao ponto 0. Ainda aqui, o movimento pode envolver uma escolha oficial (descriminalização de jure) ou uma simples prática (de facto), sendo que a última pode preparar a primeira. A descriminalização de jure [...] tem por objetivo o pleno reconhecimento jurídico e social do comportamento descriminalizado e implica o reconhecimento de um direito legítimo a um modo de vida que era anteriormente contrário à lei [...]. Se o corpo social estiver pronto para admitir a mudança, sobretudo se esta só for imposta após um período de descriminalização de facto (renúncia aos processos penais, abrogação de fato da lei penal) [...].¹³²

Nessa tônica Gomes aponta que há três espécies de descriminalização:

(a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do campo do direito penal (transforma o “crime” numa infração *sui generis*; é a descriminalização formal);

¹³⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 143.

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120.

¹³² DELMAS-MARTY, Mireilles. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Baueri, SP: Manole, 2004. p. 395.

(b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização “penal”) [...]

(c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisto consiste a chamada descriminalização substancial).¹³³

Na primeira hipótese (descriminalização formal) o fato continua sendo ilícito (proibido), porém, deixa de ser considerado “crime”. Passa a ser um ilícito *sui generis* (como é o caso do a art. 28). Retira-se da conduta a etiqueta de “crime” (embora permaneça a ilicitude). Descriminalização formal, assim, não se confunde com a descriminalização substancial, que concomitantemente legaliza a conduta. Sempre que ocorre o processo de descriminalização é preciso verificar se o fato antes incriminado foi totalmente legalizado ou se – embora não configurando um “crime” – continua sendo contrário ao direito. O fato descriminalizado formalmente só perde (“formalmente”) a característica de “crime”, mas é punido com outras sanções; o fato descriminalizado penalmente é eliminado do âmbito do direito penal, mas continua sendo punido como ilícito civil ou administrativo etc.; o fato descriminalizado substancialmente é retirado do âmbito do direito penal totalmente e deixa de constituir um ilícito (é legalizado). Ou seja, não é punido com nenhuma sanção (o adultério, por exemplo, foi descriminalizado totalmente).¹³⁴

Gomes, defensor da corrente de descriminalização, afirma que:

De acordo com a nossa opinião, a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente ‘crime’, mas não perdeu o seu conteúdo de infração (de ilícito). A

¹³³ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120.

¹³⁴ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120/121.

conduta descrita no art. 28 da nova lei continua sendo ilícita (mas cuida de uma ilicitude inteiramente peculiar). Houve descriminalização “formal”, ou seja, a infração já não pode ser considerada “crime” (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga.¹³⁵

Segundo a corrente ‘descriminalizadora’, a nova redação do artigo 28 da lei de tóxico tem como propósito buscar uma solução para a criminalidade que está diretamente correlacionado ao uso e ao tráfico de drogas, evitando-se a pena de prisão.

Partindo dessa ideia, Gomes aduz que:

Ora, se legalmente (no Brasil) “crime” é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser “crime” do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços a comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa).

Nesse enquadramento de idéias, Arruda e Souza lecionam:

Em primeiro, podemos logo perceber que o uso das drogas ilícitas foi descriminalizado, pois ainda se pune a conduta, mas de maneira mitigada, visto não mais haver a imposição de pena privativa de liberdade, encontrando-se no lugar a advertência sobre os efeitos negativos do seu uso, a prestação de serviço à comunidade e medida educativa.¹³⁶

¹³⁵ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120.

¹³⁶ ARRUDA, Cristiane de Souza Reis; SOUZA, Carlos Arruda. **Novidades trazidas pela Lei 11.343 de 2006**: a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal. *Âmbito Jurídico*, Rio de Grande, n. 41, maio 2007. Disponível:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1846>. Acesso em 22 de outubro de 2008.

No mesmo sentido que Gomes aponta três espécies de descriminalização, Cervini diz que a descriminalização também pode apresentar-se sob três diferentes formas:

a) a descriminalização formal, *de jure* ou em sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas, ou a uma valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição). b) descriminalização substantiva, casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar. c) (...) existe descriminalização de fato, [...] quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos, permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena.¹³⁷

Seguindo raciocínio de Cervini, Hulsman entende por descriminalização:

[...] o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocada fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do juiz).¹³⁸

Em síntese, o tema descriminalização proporciona a retirada do campo penal, de condutas sociais legalmente tipificadas como crimes, as quais são, em consequência, cominadas às penas.

¹³⁷ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. 2. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 82/83.

¹³⁸ HULSMAN, Louk H. C. **Descriminalização**. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 9-10, p. 07-26, jan./jul. 1973. p. 09.

Atenta-se para lição de Gomes, pioneiro da teoria acerca da descriminalização do artigo 28 da Lei 11.343/06:

[...] diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não se trata de “crime” nem de “contravenção penal” porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, *sui generis*. Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos juizados ou da vara especializada).¹³⁹

Em outras palavras Gomes¹⁴⁰ sustenta que a nova Lei de Drogas, no artigo 28, descriminalizou formalmente a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “crime” porque de modo algum permite a pena de prisão. Ele é autor de um ato ilícito, ou seja, a posse da droga não foi legalizada, mas não pode mais receber a pecha de “criminoso”.

3.3 – DESPENALIZAÇÃO:

Seguindo outra direção, e contrariando os doutrinadores que defendem a descriminalização, existe a corrente que acredita que o artigo 28 da Lei de Drogas permanece sendo crime, ocorrendo somente a despenalização do delito.

¹³⁹ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 122.

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 122.

Cervini ensina que a despenalização significa, “ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal.”¹⁴¹

Nesse sentido, Sica assinalou que despenalização trata-se de

[...] um processo de redução intermediário do sistema penal, por meio da diminuição da possibilidade de aplicação da pena a certas condutas que persistem tipificadas como crime, mas considerados de menor gravidade. Atualmente traduz-se, sobretudo, na substituição da pena detentiva por outras sanções mais leves.¹⁴²

Na expressão precisa de Gomes, entende-se por despenalização:

[...] suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. A lei dos juizados criminais (Lei 9.099/1995), por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que procuram evitar ou suavizar a pena de prisão). [...] ¹⁴³

Na mesma linha interpretativa, Almeida explica que “são medidas de despenalização todas aquelas que visem a dificultar ou

¹⁴¹ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. 2. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.

¹⁴² SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 129/130.

¹⁴³ GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**, 23,08,2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 121.

evitar a imposição ou a execução da pena privativa de liberdade, ou, até mesmo, abreviá-la, no ultimo caso."¹⁴⁴

Almeida ao falar sobre despenalização vai além:

Quanto a este aspecto, nosso sistema penal está cada vez mais em sintonia com os postulados do direito penal mínimo, pois, desde a reforma penal de 1984 (Leis n°s 7.209 e 7.210), além do sursis (suspensão condicional da pena), e do livramento condicional, passou a adotar um arsenal de medidas despenalizadoras, como, por exemplo, as penas substitutivas (restritivas de direitos), os regimes aberto e semiaberto, a remição de parte da pena pelo trabalho, e, mais recentemente, como advento da Lei n 9.099/95 (Juizados Especiais), vieram a transação penal e a suspensão condicional do processo, — culminando com o advento da lei n° 9.714, de 25.11.98, que ampliou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa conforme a nova redação do art. 44, do Código Penal.¹⁴⁵

Destarte, o sistema despenalizador, com a intenção de aplicar um direito penal mínimo, despenalizando as ações de pouca ou de nenhuma lesividade, a Lei de Drogas, apresentou uma mudança expressiva, quanto ao delito previsto no artigo 28 da referida lei, tirando a pena de prisão.

Brega Filho e Saliba, invocando a conceituação trazida por Dotti, apontam que:

[...] a despenalização constitui manifestação de política criminal "que o legislador atende em função de interesses ocasionais ou permanentes" e conceitua-a como "todos os casos em que a pena criminal é substituída por sanção de outro ramo jurídico, mantendo-se o caráter ilícito da conduta". O caráter ilícito da conduta descrita no artigo 28

¹⁴⁴ ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 80.

¹⁴⁵ ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 81.

é inegável e igualmente inegável a substituição da sanção penal.¹⁴⁶

O artigo 28 da Lei 11.343/06, no seu inciso II, tem como medida repressiva, a prestação de serviços à comunidade, sendo esta considerada uma pena restritiva de direitos e, deste modo, referido artigo apresenta, sim, uma sanção penal.

Nesse sentido se manifesta Volpe Filho:

[...] não reconhecemos a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, uma vez que pode a lei cominar pena de prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, sem que isso retire a natureza penal da infração.¹⁴⁷

Oportunas, por isso mesmo, as observações de Greco:

Embora o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal nos forneça um critério para a distinção entre crime e contravenção penal, essa regra foi quebrada pela nova Lei nº 11.343 de 2006, haja vista que, ao cominar, no preceito secundário do seu art. 28, as penas relativas ao delito de consumo de drogas, não faz previsão de qualquer pena privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), tampouco da pena pecuniária (multa). Assim, analisando o mencionado art. 28, como podemos saber se estamos diante de um crime ou contravenção penal? A saída será levar a efeito uma interpretação sistêmica do artigo, que está inserido no Capítulo III, que diz respeito aos crimes e às penas. Assim, de acordo com a redação constante do aludido capítulo, devemos concluir que o consumo de drogas faz parte do rol dos

¹⁴⁶ DOTTI, apud. BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Usuários e dependentes na nova lei de drogas**: descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica. São Paulo, 2007. Disponível em < <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=3450>>. Acesso em 25 de outubro de 2008.

¹⁴⁷ VOLPE FILHO, Clovis Alberto. Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas (Lei nº11.343/2006) Parte I. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1154, 29 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8852>>. Acesso em 25 de out. de 2008.

crimes, não se tratando, pois, de contravenção penal.
148

Assim, verificamos que para esta corrente o tipo descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06 é considerado crime, porquanto assim entendeu o legislador quando o inseriu no Capítulo III que se refere aos crimes e às penas.

3.4 – A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E A VISÃO DOS TRIBUNAIS:

Seguindo outra corrente doutrinária, alguns autores defendem que a nova lei não descriminalizou, nem despenalizou o porte de drogas para consumo próprio (conduta prevista no art. 28).

Numa análise sistemática do dispositivo, Luchiari e Silva assim asseveram:

Entendemos que este artigo não discriminou, nem despenalizou, o porte ilegal de drogas. Em primeiro lugar, não poderíamos falar em discriminação, uma vez que a conduta está inserta no capítulo III, que trata dos crimes e das penas. Em segundo lugar, despenalizar nada mais é que minimizar a resposta penal, evitando a pena de prisão ou aplicando-a brandamente. De acordo com a nova lei, cremos ter ocorrido *novatio legis in melius*, ou seja, a nova lei é mais branda que a anterior. Como a nova lei é mais favorável ao agente, terá efeito retroativo. Assim, durante o período de *vacatio legis*, [...], continuará tendo aplicação aos casos de porte de drogas o art. 16, da Lei n. 6.368/76. A partir do dia 8 de outubro de 2006, a nova lei retroagirá em benefício dos agentes que foram enquadrados na Lei revogada (no caso, o art. 16, da Lei n. 6.368/76). Este é um princípio de direito penal intertemporal.¹⁴⁹

Não é divergente é o entendimento de Grecco Filho e Rassi:

¹⁴⁸ GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus.2007.p. 137

¹⁴⁹ LUCHIARI, Edemur Ercilio; SILVA, José Geraldo da. **Comentários à nova lei sobre drogas:** Lei n.11.343/06. Campinas: Millennium, 2006. p. 43.

A conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal. É indispensável uma observação preliminar e de suma importância. A lei NÃO DESCRIMINALIZOU NEM DESPENALIZOU a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção. [...] A denominação do Capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que sustente que a lei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção, a prisão simples ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção, seja ditada por lei ordinária (no caso decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que lei mais recente não possa alterar. A observação é feita somente porque houve divulgação de opinião de que a lei teria descriminalizado ou despenalizado a conduta com esse argumento, mas que, data vênua, não tem consciência jurídica.¹⁵⁰

No Recurso de Agravo de Execução n. 2007.040135-1, direcionado ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, tratando da regressão de regime do Apenado, que foi encontrado com pequena quantidade de 'maconha' para consumo próprio (delito do artigo 28 da Lei 11.343/06), o advogado de defesa argüiu que a referida conduta, com a nova Lei de drogas, nº. 11.343/2006, foi descriminalizada, desta maneira, não poderia o regime de prisão do apenado, ser regredido por conduta que não é mais crime.

Sobre este Recurso, decidiu o Tribunal de Justiça:

[...] RECURSO DE AGRAVO. ALMEJADA REFORMA DA DECISÃO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO DE REGIME. REEDUCANDO QUE PRATICOU FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/06. POSSE DE

¹⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 44.

ENTORPECENTE. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO É CRIME O FATO DEFINIDO COMO TAL PELA NORMA APONTADA. RECURSO DESPROVIDO. A prática de conduta definida como crime doloso autoriza a regressão de regime, em conformidade com o preceito inscrito no art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal. A Lei n. 11.343/06 não descriminalizou a posse de droga ilegal de drogas para consumo pessoal. Conferiu-lhe apenas tratamento diverso do que lhe dava o diploma anterior, cominando sanções mais brandas do que as privativas de liberdade. [...] ¹⁵¹

No julgamento do RE 430105/QO/RJ, no dia 13 de fevereiro de 2007, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a discussão doutrinária:

"A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Recurso de Agravo n. 2007.040135-1. Relator: Des. Sérgio Paladino. Florianópolis, SC, 30 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>>. Acesso 29 de out. de 2008

determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário" (STF, 1º Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).¹⁵²

Trata-se de importante julgamento, na medida em que afasta o entendimento de que a conduta de portar drogas para consumo próprio não seria mais considerada infração penal (crime ou contravenção penal), rejeitando as teses de *abolitio criminis* e infração penal *sui generis*, assegurando a natureza de crime da conduta praticada pelo usuário de drogas.

O entendimento predominante da suprema corte continua a considerar a conduta como sendo de caráter criminoso que deverá imperar na jurisprudência. No referido julgamento a turma, afasta a incidência de *abolitio criminis* em relação ao art. 28 da Lei nº 11.343/2006, como também de que a conduta passava a ser uma infração *sui generis*, entendeu que o art. 28 tem natureza de crime, cujo conceito legal não pode mais ficar conectado ao art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, sendo possível que a lei ordinária venha a colocar outros requisitos distintos dos previstos no referido decreto para

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 430105. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Primeira turma. Data de julgamento: 13/02/2007. Disponível: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=LTX-1976\(@JULG%20=%2020070213\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=LTX-1976(@JULG%20=%2020070213)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 25 de out. de 2008.

que a conduta venha a ser considerada crime, havendo, portanto, apenas uma despenalização.

Certo é que por se tratar de uma lei nova muito ainda se haverá de discutir sobre a problemática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desta monografia verificou-se que as drogas existem desde os primórdios da humanidade, acompanhando o homem em toda sua evolução histórica, neste caminho surgiram às drogas sintéticas, aquelas produzidas em laboratório, exigindo a busca de soluções e preocupações para impedir o contínuo aumento do seu uso.

Com a evolução da Lei de Drogas, ficou demonstrado que o legislador buscou um novo e diferenciado tratamento penal aos usuários e dependentes de drogas, momento em que a Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, revogou expressamente as duas outras leis que tratavam do mesmo assunto, trouxe várias inovações, principalmente ao delito de posse de droga para consumo pessoal.

Outra mudança a ser citada é a utilização, pela nova Lei, do termo drogas para referir-se às substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, conforme eram denominadas pelas Leis anteriores. Também houve a inclusão dos verbos

tiver em depósito e transportar, além daqueles já existentes, no tipo penal do delito de porte de drogas para consumo pessoal.

As penas cominadas à prática dos delitos relativos ao consumo indevido de drogas tiveram um significativo abrandamento, sendo proibido, em qualquer hipótese, o encarceramento desse infrator. As novas penas aplicadas ao infrator dos crimes em questão são: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Apesar de demonstraram ser, à primeira vista, de restringida eficácia, essas penas, se forem corretamente aplicadas no intuito de auxiliar o usuário e o dependente de drogas, serão de grande valia e muito mais eficazes do que o encarceramento desses indivíduos.

Diante desse último aspecto é que há discussão se houve a descriminalização ou despenalização da conduta prevista no artigo 28 da lei n.º 11.343/06.

Ao mesmo tempo em que as correntes descriminalizadoras fundamentam seus argumentos no artigo 1ª da Lei de Introdução ao Código Penal, no qual conceitua crime somente a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, que isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, as correntes despenalizadoras fundamentam seus argumentos no artigo 5ª da Constituição Federal, inciso XLVI, no qual traz um rol exemplificativo e não taxativo das penas existentes em nosso ordenamento, pois conforme o inciso citado à lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as penas de: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

Sobre as teorias acima expostas, o Supremo Tribunal federal, bem como, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, já se posicionaram no sentido de que houve uma despenalização do delito de posse de droga para consumo pessoal, haja vista não haver mais a previsão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **O princípio da insignificância e os crimes contra o sistema financeiro nacional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 255, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5000>>. Acesso em: 25 setembro 2008.

ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ANGHER, Anne Joyce...[et al.]. **Dicionário Jurídico.** 6.ed. São Paulo: Rideel, 2002.

ARRUDA, Cristiane de Souza Reis; SOUZA, Carlos Arruda. **Novidades trazidas pela Lei 11.343 de 2006:** a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal. *Âmbito Jurídico*, Rio de Grande, n. 41, maio 2007. Disponível:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1846>. Acesso em 22 de outubro de 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm> Acesso em: 22 de setembro de 2008.

BRASIL. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm>. Acesso em 23 de setembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 430105. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Primeira turma. Data de julgamento: 13/02/2007. Disponível:<[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=LTX-1976\(@JULG%20=%2020070213\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=LTX-1976(@JULG%20=%2020070213)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 25 de outubro de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Recurso de Agravo n. 2007.040135-1. Relator: Des. Sérgio Paladino. Florianópolis, SC, 30 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireilles. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Baueri, SP: Manole, 2004.

DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, apud. BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Usuários e dependentes na nova lei de drogas: descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica**. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=3450>>. Acesso em 25 de outubro de 2008.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Drogas: comentários à lei n.º 11.343/06, de 23.08.2006**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova lei sobre drogas – lei. 11.343/2006: comentada**. Campinas: Russel, 2006.

GOMES, Luiz Flávio...[et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, 23,08,2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**, comentários à Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:** Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2008.

HULSMAN, Louk H. C. **Descriminalização.** Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 9-10, p. 07-26, jan./jul. 1973.

JESUS, Damásio E. de. Nova **lei antitóxicos (Lei nº 10.409/02):** mais confusão legislativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2817>>. Acesso em: 23 set. 2008.

LEAL, João José. **Política criminal e a lei Nº 11.343/2006:** Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 23 set. 2008

MAGALHÃES, Joseli de Lima. **Princípio da insignificância no Direito Penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 1, nov. 1996. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=948>>. acesso em: 25 setembro 2008.

MALUF, Daniela Pinotti...[et al.]. **Drogas: prevenção e tratamento, o que você queria saber e não tinha a quem perguntar.** São Paulo: CL A Cultural, 2002.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos:** lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à Lei Antidrogas: Lei n.º 11.343/06**, de 23.08.2006. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica-idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 5ª.ed. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do direito criminal: conceitos e fins do direito penal; escolas penais; princípios fundamentais; política criminal e modernas tendências**. São Paulo: LED, 2000.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas – manual prático: Direito material e processual penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, José Geraldo da; LUCHIARI, Edemur Ercílio. **Comentários à nova lei sobre drogas: Lei n.º 11.343/06**. São Paulo: Millennium, 2007.

SILVEIRA, Carlos Alberto Arruda. **A nova lei de tóxicos comentada**. São Paulo: JLA, 2006.

VERGARA, Rodrigo. **Coleção para saber mais: Drogas: Volume 5.** São Paulo: Abril, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001