

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 919

(Ano XI)

(17/08/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF):** Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG):** Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina):** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ):** Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá):** Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



**A definição de maus antecedentes à vista dos votos já proferidos no RE 593818 em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**

16/08/2019 09:13 | Valdinei Cordeiro Coimbra.....04

### ARTIGOS

#### **Adoção de criança soropositiva à luz da Lei 12.010/2009 - Lei da Adoção**

| 16/08/2019 | Jandira Inês Weber de Rosso.....23

#### **A desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho: os novos rumos do Direito Trabalhista com o advento da Lei 13.467/2017**

| 16/08/2019 | Felipe Augusto Silva Custódio .....50

#### **A ultratividade das leis intermitentes (art. 3º, CP) e a observação obrigatória da retroatividade de toda lei penal benéfica prevista no art. 5º, XL, da CF**

| 16/08/2019 | Maycky Fernando Zeni ..... 65

#### **Inter-relação entre saúde mental e trabalho: perturbações mentais no trabalho**

| 16/08/2019 | Clarissa Azevedo Rocha .....70

#### **Etnocídio e a obra 1984, de George Orwell: a conversão forçada à ideologia política do Estado-repressor**

| 15/08/2019 | Gustavo José Correia Vieira .....79

#### **A impenhorabilidade do bem de família sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça: Contornos sobre a flexibilização da impenhorabilidade por abuso de direito e violação ao princípio da boa-fé**

| 15/08/2019 | Thomas Ubirajara Caldas de Arruda .....134

#### **Violação do devido processo legal e o juiz presidencialista**

| 15/08/2019 | Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior .....140

#### **Instrumentos legais para coibir publicidades ilícitas**

| 15/08/2019 | Maria Eduarda Bernardes Pereira .....143

**Armas de fogo: liberdade do indivíduo ou liberalidade do Estado?**

| 14/08/2019 | Paulo Ricardo Aguiar de Deus .....187

**Constitucionalidade do enunciado sumulado nº 415 do Superior Tribunal de Justiça**

| 14/08/2019 | Manfredo Braga Filho ..... 197

**Princípio do devido processo legal na Constituição Federal**

| 14/08/2019 | Márcia Carvalho de Lacerda Paoliello .....210

**Apropriação indébita da previdência**

| 14/08/2019 | Katia Karine dos Santos Alves .....224

**PSA e CSA na nova ordem ambiental brasileira**

| 13/08/2019 | Márcia Carvalho de Lacerda Paoliello .....246

**Delação premiada e uma sentença anunciada**

| 13/08/2009 | Jhonatan Costa de Almeida ..... 264

**As penas alternativas como meio de ressocialização**

| 12/08/2019 | Márcia Carvalho de Lacerda Paoliello .....281

**A boa-fé objetiva e a teoria do rompimento da base objetiva dos contratos na perspectiva consumerista**

| 12/08/2019 | Lissa Aguiar Andrade .....292

**A arbitrariedade nas “decisões do mero aborrecimento” frente a supressão do dano moral**

| 12/08/2019 | Eric Silva Abbehusen .....301

**Alienação por iniciativa particular**

| 12/08/2019 | João Paulo Monteiro de Lima ..... 322

**MONOGRAFIA**

**As prisões provisórias e sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência**

| 13/08/2019 | Paulo Gustavo Gondim Borba Correia de Souza .....324

## **A DEFINIÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES À VISTA DOS VOTOS JÁ PROFERIDOS NO RE 593818 EM REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA**, o autor: Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)<sup>1</sup>.

Muito se discute no meio doutrinário e jurisprudencial como deve ser analisado os maus antecedentes, um dos vetores de fixação da pena-base, consoante determinação do art. 59 do Código Penal de 1940 e cuja leitura deve ser feita tomando por base a Constituição Federal de 1988.

O Código Penal quando indica que o juiz para fixar a pena-base, aquela que vai nortear as demais fases da dosimetria da pena, até chegar à pena final, não previu o conceito de maus antecedentes. Este conceito vem sendo alterado ao longo dos anos, sendo que antes da nova Constituição, que já completou os seus 30 anos, qualquer envolvimento criminal do cidadão, como investigado, processado e já condenado, era considerado como possuidor de maus antecedentes, ou seja, teria uma pena-base fixada acima da mínima legal.

---

<sup>1</sup> Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que não devem ser considerados como maus antecedentes para prejudicar o réu: *processos em curso (...); inquéritos em andamento (...); sentenças condenatórias ainda não confirmadas (...); simples indiciamento em inquérito policial (...); fatos posteriores não relacionados com o crime (...); crimes posteriores (...); fatos anteriores à maioridade penal (...); sentenças absolutórias (...); referência feita pelo delegado de polícia de que o indivíduo tem vários inquéritos contra si (...); simples denúncia (...); periculosidade (...); e revelia, de natureza estritamente processual* (DAMÁSIO E. DE JESUS, **Código Penal Anotado**", p. 199/200, 11ª ed., 2001, Saraiva).

Neste contexto, o STJ estabeleceu o verbete sumular n. 444, que "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*", enquanto que no STF em recurso extraordinário submetido à repercussão geral (RE 591054), também se posicionou no mesmo sentido.

No caso do RE 591.054/SC<sup>[1]</sup>, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se afastou a possibilidade de considerar processos e inquéritos em curso como caracterizadores de maus antecedentes, sendo que no referido julgamento discutiu-se a possibilidade de inquéritos policiais ou processos em curso serem considerados maus antecedentes para efeito de dosimetria da pena, ante o princípio da presunção de não culpabilidade. Na ocasião ficou consignada a oscilação da jurisprudência da Corte sobre o tema e destacou-se que a tendência atual seria pela observância da cláusula constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII).

Consignou-se a existência de semelhante movimento por parte da doutrina no sentido de que somente podem ser valoradas como maus antecedentes as decisões condenatórias irrecorríveis e que tal orientação estaria em consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, assim como da recomendação por parte

do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, segundo a qual o Poder Público deve abster-se de prejudicar o acusado.

No julgamento, lembrou-se o verbete n. 444 da Súmula do STJ, que dispõe que *"é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"*, asseverando que, uma vez admitido pelo sistema penal brasileiro o conhecimento do conteúdo da folha penal como fator a se ter em conta na fixação da pena, a presunção deve militar em favor do acusado.

Registrou conflitar com ordem jurídica, considerar para a majoração da pena-base, os processos que tenham resultado na aceitação de proposta de transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76, § 6º); na concessão de remissão do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em procedimento judicial para apuração de ato infracional, com aplicação de medida de caráter reeducacional; na extinção da punibilidade, entre outros, excetuados os resultantes em indulto individual, coletivo ou comutação de pena.

Por fim, as condenações por fatos posteriores ao apurado, com trânsito em julgado, não são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes para efeito de exacerbação da pena-base. A incidência penal só serve para agravar a pena quando ocorrida antes do cometimento do delito, independentemente de a decisão alusiva à prática haver transitado em julgado em momento prévio, pois deve ser considerado o quadro existente na data da prática delituosa. A ementa ficou assim formatada:

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015)



Neste julgado, foi uma boa oportunidade de o Supremo analisar a questão da temporariedade dos antecedentes, no entanto, restou consignado que o transcurso do quinquênio previsto no art. 64, I, do CP não seria óbice ao acionamento do art. 59 do mesmo diploma, ou seja, prevalecia ainda o sistema da perpetuidade dos antecedentes.

Em regra, a doutrina entende que os antecedentes criminais dizem respeito aos dados atinentes à vida pregressa do réu na seara criminal, ou seja, os fatos e acontecimentos que envolvem o seu passado criminal, bons ou ruins. Nas lições de Cleber Masson<sup>[2]</sup>, seria “como o ‘filme’ de tudo o que ele fez ou deixou de fazer antes de envolver-se com o ilícito penal, desde que contidos em sua folha de antecedentes”.

Rogério Greco<sup>[3]</sup>, entende que os antecedentes criminais

[...] dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal.

Ocorre que, como o legislador não definiu o prazo para os antecedentes criminais, como fez com a reincidência (art. 64, I, do CP), no Superior Tribunal de Justiça, fixou-se o entendimento majoritário pela perpetuação dos maus antecedentes, enquanto que no Supremo Tribunal Federal vem se adotando o sistema da temporariedade para os maus antecedentes, a exemplo do HC 119200 de relatoria do Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, do qual agregamos os seguintes julgados:

STF - Habeas corpus. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP, refere-



se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. **Aplicação do princípio da razoabilidade.** 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória. (HC 110191, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 03-05-2013 PUBLIC 06-05-2013)

STF - EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal. Interposição contra julgado em que colegiado do Superior Tribunal de Justiça não conheceu da impetração, ao fundamento de ser substitutivo de recurso ordinário cabível. Constrangimento ilegal não evidenciado. Entendimento que encampa a jurisprudência da Primeira Turma da Corte. Precedente. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos. Pretensão à aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Penas ainda não extintas. Constrangimento ilegal inexistente. Recurso não provido. 1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento do habeas corpus encampou a jurisprudência da Primeira Turma da Corte no sentido da inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário (HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 11/9/12), o que resultou no seu não conhecimento. 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, **a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes.** 3. No caso as condenações anteriores consideradas pelas instâncias

ordinárias para fins de valoração negativa dos antecedentes criminais do ora paciente ainda não se encontram extintas. 4. Recurso não provido. (RHC 118977, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, **Primeira Turma**, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014)

STF - Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. **4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento.** 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. (HC 126315, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 04-12-2015 PUBLIC 07-12-2015)

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II - Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III - Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos. (HC 142371, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **Segunda Turma**, julgado em 30/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 09-06-2017 PUBLIC 12-06-2017)

Neste sentido, a Corte Suprema, visando dar segurança jurídica ao tema, definirá a questão no julgamento do RE n. 593.818-RG/SC, de relatoria do Min. Luís

Roberto Barroso, em que foi reconhecida a Repercussão Geral, sendo que da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, extraímos alguns fundamentos que revelam importantes justificativas para fixação da tese da temporariedade para os maus antecedentes, seguindo-se a mesma ótica da reincidência, senão vejamos:

1. Não se poderia fazer uma interpretação *in malam partem*, para permitir a perpetuação dos maus antecedentes diante da omissão do legislador em estabelecer um prazo para sua consideração;
2. A perpetuação de efeitos que a lei não prevê fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade e do caráter socializador da reprimenda penal.
3. A perpetuação dos maus antecedentes fere o direito ao esquecimento;
4. Se o legislador contemplou a prescrição para a reincidência que é mais grave, com maior razão justifica a sua aplicação para os maus antecedentes, que são menos grave.
5. Considerar negativamente condenações já alcançadas pelo período depurador da reincidência como maus antecedentes, gera um juízo moral muito subjetivo e pessoal para afirmar que a personalidade do paciente é desvirtuada pela habitualidade criminosa.

Sendo assim, o conceito de maus antecedentes não poderia ser mais amplo do que o de reincidência, uma vez que se fosse essa a intenção do legislador, os maus antecedentes figurariam como causa de aumento de pena (3ª fase) e não como circunstância judicial (1ª fase) que são menos graves do que as agravantes (2ª fase), sendo que com esta mesma razão, não se poderia justificar que o direito ao esquecimento deva ter um prazo maior do que o período depurador da reincidência.

O argumento de alguns julgados do STJ, inclusive já utilizado pela Ministra Carmem Lúcia, de que a limitação dos maus antecedentes no tempo caracterizaria a violação ao princípio da igualdade, uma vez que não se poderia

tratar um ex-condenado tal qual um criminoso primário que nunca cometeu um crime, se mostra fragilizado diante dos argumentos dos demais Ministros da Suprema Corte, especialmente porque utiliza-se de uma garantia individual para prejudicar o réu em favor do Estado-acusador.

Por outro lado, a falta de definição dos maus antecedentes pelo legislador, bem como a sua limitação no tempo, nos possibilita, com base no arcabouço penal brasileiro extrair algumas situações esdruxulas, senão vejamos:

**1. Situação primeira:** Fulano, no ano 1965 foi condenado ao crime de porte ilegal de drogas para consumo pessoal a uma pena de 6 meses de detenção (art. 16, da Lei 6.368/65), cumpriu sua pena, pagou sua dívida com a sociedade, pena esta que foi extinta, tendo já passado o período depurador para fins de reincidência. Em janeiro 2017, após 52 anos do primeiro fato, resolveu sonegar o imposto de renda, sendo processado ao crime do art. 1º, inc. I, da Lei n. 8.137/90, cuja pena é de 2 a 5 anos de reclusão. O juiz ao julgá-lo, se adotar o posicionamento do STJ, deverá afastar a reincidência, mas aumentar a pena base e certamente aplicará um aumento de aproximadamente 4 meses, o que seria mais grave do que a pena do atual crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, da Lei n. 11.343/06), que não mais possui pena privativa de liberdade. **Pergunta-se:** não haveria aqui uma dupla punição pelo fato anterior, muitos anos atrás? Não estaria esta regra em conflito com a proibição constitucional de pena de caráter perpétuo?

**2. Situação segunda:** Beltrano condenado definitivamente por uma contravenção penal, tão logo transitou em julgado a condenação, pratica um crime. Não será considerado reincidente, por falta de previsão legal, pois não há no art. 63 do Código Penal essa previsão, assim como não há no art. 7º da Lei de Contravenções Penais. No entanto, seguindo a

orientação do STJ, será considerado possuidor de maus antecedentes pelo resto de sua vida?

**3. Situação terceira:** Cicrano que cumpria pena por um delito qualquer, durante a execução penal praticou um crime de lesões corporais leve, contra um colega de cela. Crime doloso, que nos termos da Lei n. 7.210/84 caracteriza falta grave, que poderá regredir o seu regime, bem como perder os dias remidos em até 1/3, no entanto, apesar de não existir um prazo previsto em lei sobre a prescrição das faltas disciplinares, os tribunais tem aplicado o menor prazo prescricional previsto no art. 109, do Código Penal, para prescrever a falta disciplinar, a exemplo da prescrição para as contravenções penais, cuja LCP foi omissa na sua previsão. **Pergunta-se:** se para as faltas disciplinares, que são menos graves do que os maus antecedentes, a jurisprudência admite prescrição, qual a razão de não adotar o prazo prescricional para os maus antecedentes? Da mesma forma, se para as contravenções penais, que contemplam penas menos graves (prisão simples e/ou multa), a jurisprudência admite a prescrição, por qual razão não adotar a prescrição para os maus antecedentes que podem gerar penas muito mais graves do que a prisão simples das contravenções?

**4. Situação quarta:** uma pessoa cumpre três meses de pena por um crime culposos, passados cinco anos da extinção de punibilidade, volta a ser primário, pratica um crime de homicídio doloso qualificado (reclusão de 12 a 30 anos), não será difícil imaginar que na dosimetria da pena o juiz lhe exasperará a pena-base em mais de um ano por força dos maus antecedentes. **Pergunta:** qual a lógica de dar um aumento de pena a um crime doloso, por força de um crime culposos, cuja pena já foi cumprida, extinta e depurada? Existe razoabilidade nisso?

**5. Situação quinta:** duas pessoas praticam uma infração penal de menor potencial ofensivo (Lei n. 9.099/95), em concurso de agentes. Submetidos a julgamento, a primeira aceita a transação penal, portanto sua conduta não constará da certidão de antecedentes criminais (art. §6º, art. 76, L. 9099/95), se praticar um novo crime (de maior potencial ofensivo) não será considerado reincidente, bem como possuidor de maus antecedentes. A segunda pessoa, por acreditar na sua inocência, não aceita a transação penal, vai a julgamento, no entanto, é condenado. Se praticar um novo crime ou uma contravenção penal será considerada reincidente, e eternamente possuidor de maus antecedentes, na visão do STJ. **Pergunta-se:** existe razoabilidade ou proporcionalidade neste tratamento diferenciado causado pela legislação? Não pode o Judiciário interpretar o direito para corrigir essas distorções?

Rememore-se que na omissão quanto ao conceito de maus antecedentes, o STF decidiu em Repercussão Geral que *"Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais"*. (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014). No Superior Tribunal de Justiça restou sumulado que *"é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"* (Sumula 444, STJ).

Portanto parece contraditório analisar os maus antecedentes de maneira restrita e, ao mesmo tempo, defender a sua perpetuidade. Ademais, o critério trifásico adotado pelo nosso Código Penal constitui uma escala progressiva de gravidade. Assim, não teria cabimento a reincidência perdurar apenas por um determinado período e os maus antecedentes, menos grave, durarem para sempre.

Aceitar esse efeito estigmatizante dos maus antecedentes é pactuar com o etiquetamento combatido pela criminologia crítica, colocando o condenado de outrora por toda a sua vida à margem da sociedade, ou seja, seria o próprio Estado



interferindo na sua ressocialização. E neste sentido, vale lembrar o voto do saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro, adotado em 1993, após a nova ordem Constitucional:

*Direito Penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 61, I do CP determina que, para efeito da reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. **O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo.** Transcorrido o tempo referido, evidenciando-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para afastar os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada [RHC nº 2.227-2 MG, 6ª T., STJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ29/03/93, p. 5.268.]*

Eventual argumento de que a reincidência foi contemplada com o período depurador para evitar, além do agravamento da pena, a aplicação dos demais efeitos decorrentes do seu reconhecimento, não deve prosperar, pois ambos os institutos, geram aumento de pena e também impedem outros benefícios previsto em lei, senão vejamos:

**1.** No Código Penal, além de aumentar a pena como circunstância judicial desfavorável (art. 59, caput), tem como efeito influenciar na concessão de pena restritivas de direito (art. 44, III, CP), no reconhecimento da fixação do crime continuado específico ( parágrafo único do art. 71 do CP); impede a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77,II,CP); aumenta o prazo para concessão de livramento condicional de 1/3 para 1/2 (art. 83, I, CP); impede que o juiz possa deixar de aplicar a pena (perdão judicial) ou somente aplicar a multa no crime de apropriação indébita previdenciária (§3º, art. 168-A, CP), o mesmo



ocorrendo no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 2º, CP).

**2.** Na lei dos crimes contra a segurança nacional, impede a suspensão da pena condicional da pena quando o crime for praticado em tempo de paz (Lei n. 7.170/30, art. 5º, inc. II);

**3.** Impede a transação penal, nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 76, § 2º, III, da Lei n. 9.099/95).

**4.** Tem reflexo nos crimes ambientais quando da dosimetria da pena (art. 6º, II, da Lei 9.605/98) e na substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 7º, III, da Lei 9.605/98);

**5.** Impede a autorização para aquisição de arma de fogo nos termos do art. 4º, inc. I, do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003), impede a autorização de porte, nos casos daqueles que depender do emprego de arma de fogo para prover sua subsistência alimentar familiar (art. 6º, § 5º, III, Lei 10.826/2003);

**6.** Na Lei Maria da Penha os antecedentes são apreciados de forma negativa nas medidas protetivas (art. 12, VI, da Lei n. 11.340/06);

**7.** São apreciados de forma negativa para determinar se a natureza da droga destinava ou não para o consumo pessoal (art. 28, § 2º, da Lei de 11.343/06), ou seja, na tipificação do crime; influencia na fixação do quantum de redução de pena de um sexto a dois terços, no crime de tráfico de drogas (§4º, do art. 33, Lei n. 11.343/06).

**8.** No CPP os antecedentes são analisados para concessão da suspensão condicional da pena (art. 696, II, CPP) a extinção da suspensão (art. 708, parágrafo único, CPP); São analisados para fins de livramento condicional (art. 714, I, CPP); para fins de concessão de graça e indulto (art. 736, CPP); para fins de reabilitação criminal (art. 748, CPP);

**9.** Na Lei de Execuções Penais os antecedentes servem para classificar o condenado em área mais grave para fins de individualização da pena (art. 5º, Lei 7.210/84), devendo constar da guia de recolhimento (art. 106, IV, LEP), tem reflexo na concessão de progressão para o regime aberto (art. 114, II, LEP); É aferida na conversão da privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 180, III, LEP); São objeto de avaliação na concessão de Anistia e Indulto (art. 190, L 7.2010/84).

**10.** Da mesma forma no Código Penal Militar (art. 69, Decreto-lei n. 1001/69), os antecedentes são analisados na fixação da pena privativa de liberdade, como pressuposto impeditivo da suspensão condicional da pena (art. 84, II); Na Cassação de licença para dirigir veículos motorizados (art. 115);

Ressalta-se que os efeitos deletérios dos maus antecedentes, caso não sejam limitados no tempo, poderão impedir perpetuamente a regeneração daquele que os possui, inclusive com impedimento de participar de determinados concursos públicos, pois segundo o STJ “[...] *nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais*” (RMS 33.183/RO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013). No mesmo sentido (AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 18/02/2014).

Por outro lado, parece injusto considerar um réu possuidor de maus antecedentes, com apenas uma condenação anterior, após o período depurador da reincidência e não considerar aqueles que possuem uma extensa folha penal, com dezenas de inquéritos em andamento, diversos processos penais sem trânsito em julgado, conforme pacífico entendimento dos Tribunais Superiores.

Vale trazer à baila os ensinamentos do professor Ney Moura Teles:

O passado das pessoas não é indicador de seu futuro, nem um rosário de crimes indica, necessariamente, sua continuidade. Por isso, não se pode aceitar que aquele que já cometeu crime, só por isso, deverá merecer maior censura se vier a cometer outro crime. [...] Fixar pena com base no passado do agente é o mesmo que fixá-la com fundamento em sua raça, na religião que professa, na cor de seus olhos ou de sua pele, ou na textura de seus cabelos. É fixá-la com base em elemento completamente dissociado do fato criminoso por ele praticado.

Os antecedentes, por isso, num direito penal de cariz democrático – o direito penal do fato –, não podem influir na determinação da qualidade e da quantidade de pena, da reprimenda, da resposta penal. Lamentavelmente, o art. 59 do Código Penal a eles faz expressa referência, mas tal referência colide frontalmente com o princípio da culpabilidade, daí por que os juízes, no momento da fixação da pena, não devem considerá-los enquanto circunstância judicial que prejudique o agente do crime.

O Direito Penal moderno é um direito penal do fato e o agente deve ser punido pelo que efetivamente praticou e não pelo que ele foi. A consideração sobre os antecedentes não deveria influir de maneira a exasperar a pena-base do agente, transpondo os limites estipulados por sua culpabilidade no caso concreto submetido a julgamento. Sustentar o contrário significa estabelecer dupla punição, por força do reconhecimento de maus antecedentes.

O argumento de que os maus antecedentes se esvaziariam caso o STF venha manter a tese da temporariedade dos antecedentes é de pobreza franciscana, pois o conceito de maus antecedentes foi evoluindo paulatinamente até chegarmos ao entendimento prevalente nos tribunais, a exemplo da Súmula 444 do STJ, que proíbe a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Neste sentido, ainda para efeitos de maus antecedentes, poderia ser considerado as condenações com trânsito em julgado, que não fossem utilizadas como reincidência (casos de dupla reincidência), a condenação anterior à

contravenção penal, sem ser alcançada pelo período depurador da reincidência. As condenações sem trânsito em julgado, mas já esgotados os recursos de segunda instância, tendo em vista a possibilidade de cumprimento da pena provisoriamente, fixado pelo STF em Repercussão Geral. As condenações transitadas em julgado que venham a ocorrer no curso da respectiva ação penal, conforme vem apontando alguns julgados.

Interessante observar que após as decisões no Supremo Tribunal Federal, alguns julgados mais recentes nas duas turmas criminais do STJ, paulatinamente, vem flexibilizando a perpetuação dos maus antecedentes, senão vejamos:

STJ (5ª Turma, por **unanimidade**) [...]1. O e. Ministro Dias Toffoli concedeu ordem de Habeas Corpus em favor do ora agravante, determinando a este Relator a realização de nova dosimetria da pena com o afastamento da valoração negativa do vetor judicial dos maus antecedentes. 2. **Nessa linha de raciocínio "as condenações alcançadas pelo período depurador não caracterizam maus antecedentes"** (RHC 118.977/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 4/4/14 e HC 110191/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/13). 3. Dosimetria da pena refeita, com aplicação do redutor do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343.06 e alteração do regime prisional, em atendimento à ordem do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo parcialmente provido. (OF no AgRg no AREsp 981.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, **QUINTA TURMA**, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017)

STJ (6ª Turma, por **unanimidade**) [...] Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se considerar uma condenação anterior como maus antecedentes, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, **deve ser relativizado o único registro penal anterior do acusado, tão antigo, de modo a não lhe imprimir excessivo relevo a ponto de ensejar o reconhecimento de maus antecedentes** e de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de

Drogas. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1478425/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, **SEXTA TURMA**, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

STJ (6ª Turma, por **unanimidade**) [...] 2. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, em princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes. 3. **Contudo, à luz do princípio da razoabilidade, tendo em conta que a pena imposta, relativa ao delito que gerou a valoração negativa dos antecedentes, foi cumprida há mais de 16 anos deve ser, excepcionalmente, afastado o trato negativo da vetorial.** [...] 5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 1 mês de detenção e 75 dias-multa. (HC 354.361/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, **SEXTA TURMA**, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016)

STJ (6ª Turma, por **unanimidade**) [...] 3. Em regra, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a utilização de condenações cujo cumprimento ou extinção da pena se deu em lapso superior a 5 anos. 4. **A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem afastado a negativa dos antecedentes, relativizando os efeitos das sentenças condenatórias pelo excessivo decurso do tempo.** 5. **A interpretação da lei penal não pode conduzir à aplicação em que à reprimenda se imprima caráter perpétuo, nos termos do art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal.** 6. **Ante a exígua pena imposta na ocasião (1 ano de reclusão e 10 dias-multa) e o trânsito em julgado da condenação utilizada, datada de 27/8/2001, necessário afastar a negatificação dos maus antecedentes, reduzindo a pena a 7 meses de detenção e 11 dias-multa.** 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para reduzir a pena a 7 meses de detenção e 11 dias-multa. (REsp 1559511/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, **SEXTA TURMA**, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016)

Cumpra ressaltar ainda que penalistas de peso compartilham deste entendimento a exemplo de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho<sup>[4]</sup>, a família Delmanto<sup>[5]</sup>; Cezar Roberto Bitencourt<sup>[6]</sup>; José Antônio Paganella Boschi<sup>[7]</sup>,

entre outros, valendo destacar, por extremamente relevante, a lição do professor Paulo Queiroz<sup>[8]</sup>:

Como vimos, autores há que entendem que, retomando a condição de primário, em razão do decurso do prazo de cinco [anos] sem praticar novo delito, poder-se-á, não obstante, usar tal condenação como maus antecedentes. Também aqui, no entanto, **há clara ofensa ao princípio da legalidade, pois, se, com o decurso do prazo, cessa a reincidência, principal forma de maus antecedentes, ela não pode ser aproveitada para outros fins, frustrando a finalidade da lei, até porque o acessório (maus antecedentes) deve seguir a sorte do principal (a reincidência)**. Mais: os maus antecedentes acabariam assumindo caráter perpétuo. (negritamos)

O entendimento exposto, tem como supedâneo principal a vedação das penas de caráter perpétuo, vez que condenação anterior não pode ser utilizada indefinidamente para majorar outra sem qualquer limite. Aliás, a se entender pela consideração de condenação pretérita como maus antecedentes independentemente de lapso temporal, cria-se uma pena que ultrapassa até mesmo o prazo máximo prescricional previsto no Brasil de 20 (vinte) anos, lembrando-se ser a prescritibilidade regra em nosso ordenamento jurídico.

Mas infelizmente, tudo que aqui foi dito, tende a não ser a conclusão no julgamento do Recurso Extraordinário RE n. 593.818-RG/SC, de relatoria do Min. Roberto Barroso, que se arrasta no STF desde de 2008, uma vez que em 15/08/2019, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Cármen Lúcia, que davam parcial provimento ao recurso extraordinário, a favor do Ministério Público, no sentido de não se adotar o sistema da temporariedade dos maus antecedentes.

Abriu a divergência o Ministro Ricardo Lewandowski, que negou provimento ao recurso. Em seguida pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio, que tende a acompanhar a divergência, uma vez que foi relator na 1º do RHC 119.200/PR concedendo a ordem para afastar os maus antecedentes. O Ministro



Celso de Melo já julgou contra os maus antecedentes nos seguintes processos: RHC 110.191/RJ, HC 126315/SP, [HC 130500 / RJ](#), [HC 138802](#) , HC 142371. Já os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, foram relatores de mais de um Habeas Corpus, concedendo a ordem para afastar os maus antecedentes, portanto.

Sendo assim, a esperança está por um fio (ou um voto) de não mais se aplicar os maus antecedentes, quando já passado mais de cinco anos do cumprimento da pena ou da sua extinção, a exemplo do que ocorre com a reincidência (período depurador), esse voto, certamente ficará nas mãos do Ministro Luiz Fux, oriundo do STJ, cujo entendimento é pela perpetuidade, mas que acompanhou o julgamento do HC RHC 119.200, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, concedendo a ordem contra os maus antecedentes, podendo ao longo da continuidade da votação, alguns dos ministros que já votaram mudarem seu voto.

#### **NOTAS:**

<sup>[1]</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 591.054/SC. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28591054.NUME.+OU+591054.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zujbzte> >. Acesso em 12 jun. 2017.

<sup>[2]</sup> MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1 / Cleber Masson. – 9.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Versão Ebook.

<sup>[3]</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. Versão Ebook.

<sup>[4]</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO. Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. p. 52, 3ª ed., 2004, Lumen Juris.

<sup>[5]</sup> DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Comentado. 9. ed. rev., atual, e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2016. Versão Epub.



[6] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2015. Versão Epub.

[7] BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 6ª ed., 2000, Livraria do Advogado: RS. p. 168.

[8] QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 4ª ed., 2008, Lumen Juris: Rio de Janeiro. p. 342-343.

## **ADOÇÃO DE CRIANÇA SOROPOSITIVA À LUZ DA LEI 12.010/2009 - LEI DA ADOÇÃO**

**JANDIRA INÊS WEBER DE ROSSO**, o autor: Pós-graduanda do Curso de Direito Processual Civil e Recursos da Faculdade Educacional da Lapa - FAEL.

**Resumo<sup>[1]</sup>:** O presente artigo consiste numa análise acerca da adoção da criança soropositiva, e as dificuldades impostas pela doença no momento da inclusão da criança em um novo núcleo familiar. Buscou-se analisar a relevância das alterações da Lei 12.010/2009 no processo da adoção e como a criança soropositiva poderá ser beneficiada com este instituto, visto que o tempo de permanência nas casas de acolhimento ainda hoje é assombrosamente maior do que o de uma criança considerada "saudável". O estudo, feito através do método hipotético-dedutivo, fundamentou-se em apreciação de Leis específicas, em bibliografia complementar e um cotejo jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A partir dos resultados desta pesquisa, restou demonstrada a dificuldade infligida pela lentidão das autoridades competentes em incluir a criança soropositiva no Cadastro Nacional da Adoção, cumulada com os obstáculos impostos pela relutância, por parte dos adotantes, em trazer ao seu convívio familiar uma criança que exigirá maiores cuidados, e mais específicos, do que os dispensados a uma criança que não apresenta o vírus do HIV. Convém citar que, devido à urgência demandada em virtude da situação extrema e delicada das crianças soropositivas, estas têm alcançado status prioritário na fila de adoção, demonstrados por alterações legais e programas sociais de relevante importância, que surgem com fulcro de garantir a criança e ao adolescente o direito a convivência familiar e comunitária.

**Palavras-chave:** Adoção de Criança Soropositiva. Alterações da Lei 12.010/2009. Convívio Familiar. Cadastro Nacional da Adoção.

**Abstract:** This paper is an analysis about the adoption of HIV positive child and the difficulties imposed by the disease at the time of inclusion of children in a new family. It sought to analyze the relevance of the amendments to Law 12,010 / 2009 in the process of adoption and how the HIV positive child could benefit from this institute, as the length of stay in shelters is still surprisingly higher than that of a child considered healthy. The study, done by the hypothetical-deductive method was based on the assessment of particular laws in supplementary literature and case law collation of the Court of Justice of Rio Grande do Sul. From the results of this research, remained demonstrated inflicted difficulty by slowness of the authorities to include HIV-positive children in the National Adoption Register, combined with the obstacles imposed by reluctance on the part of adopters, to bring to your family

life a child will require more care, and more specific than the dispensed to a child who does not have the HIV virus. It should be noted that due to the defendant urgency because of the extreme and delicate situation of HIV positive children, they have achieved priority status in the adoption queue, demonstrated for legal change and social programs of great importance, that come with fulcrum to ensure children and adolescent the right to family and community life.

**Keywords:** Child Adoption seropositive. Amendments to Law 12,010 / 2009. Family living. National Register of Adoption.

## 1 INTRODUÇÃO

A problemática da adoção de crianças consideradas “aptas” à inclusão no Cadastro da adoção, para integrarem um novo núcleo familiar, por não trazerem problema biológico, é mais simples de versar e deliberar, visto que não apresentam histórico gerador de preconceitos em virtude de doença pré-existente.

Todavia, quando se trata de uma criança que está na lista de espera aguardando pela adoção, e não corresponde às expectativas dos adotantes, ou apresenta algum problema de saúde, a exemplo de bebês cujo diagnóstico para o teste de HIV é positivo, certamente a discussão adquire maior complexidade.

A possibilidade da adoção se torna muito mais complicada nestas situações específicas, visto que nestes casos é exigido dos adotantes, cuidados e uma dedicação bem maior, havendo a possibilidade de recusa pelos pretendentes habilitados pelo CNA, Cadastro Nacional de Adoção, embora a recusa sistemática do candidato habilitado importe na reavaliação da habilitação, nos termos do art. 197 E do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>[2]</sup>

Segundo relatos do CNA, administrado pelo Conselho Nacional de Justiça, CNJ, candidatos à adoção permanecem nas listas de espera por quatro ou cinco anos. Porém, os dados das casas de acolhimento são ainda piores, visto que existem inúmeras situações em que as crianças, aptas à adoção, ficam durante dez, quinze anos aguardando serem escolhidas por uma família<sup>[3]</sup>, e em alguns casos, sequer chegam a ser adotadas.

Para a devida compreensão da relevância do tema, se faz necessário conhecer um pouco do contexto histórico e evolutivo das famílias, como também o que diz respeito à adoção, o surgimento do vírus do HIV e as dificuldades decorrentes da doença no momento da adoção.

Diante destas circunstâncias, o estudo apresenta-se na forma de artigo científico, fundamentando-se através de pesquisas bibliográficas e na realização de um cotejo jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que versam

sobre a adoção da criança soropositiva, possibilitando o reconhecimento e compreensão da difícil trajetória da adoção.

Deste modo, no segundo capítulo do presente artigo, será apresentada uma breve síntese acerca do contexto familiar, trazendo uma abordagem histórica e legal das famílias e os tipos familiares previstos em nossas normas Jurídicas. O terceiro capítulo traz a conceituação do instituto da adoção, o contexto histórico e as alterações legais.

Já no quarto capítulo, será apresentada a evolução histórica do vírus do HIV e as consequências da contaminação pelo vírus em crianças. Após, no quinto capítulo serão apresentados alguns programas de apoio criados com o fim de auxiliar estas crianças, que estão à espera da adoção.

Por fim, nos capítulos seis e sete, serão trazidos os dados estatísticos comprobatórios da disparidade que existe entre o número de pretendentes à adoção e crianças aptas, somente aguardando para serem acolhidas por uma família substituta, documentários sobre o assunto, além de decisões colhidas no Tribunal do Rio Grande do Sul.

## 2 FAMÍLIA

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, define o termo Família no art. 25 como “ a comunidade formada pelos pais, ou qualquer deles, e seus descendentes” <sup>[4]</sup>, sendo a instituição familiar protegida pelo estado, conforme o texto do art. 226 da Constituição Federal do Brasil de 1988, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado <sup>[5]</sup>.

Silvio de Salvo Venosa traz dois conceitos de família, um em sentido amplo, e outro em sentido restrito, conforme a seguinte leitura: “a família em um conceito amplo, é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder”. (sic)<sup>[6]</sup>

De acordo com o pensamento sociológico, família é um conjunto de pessoas que se encontram unidas diretamente por conexões de parentesco, cujos membros adultos assumem a responsabilidade de cuidar das crianças, conforme o entendimento de Anthony Giddens<sup>[7]</sup>.

Já a nossa Carta Magna traz a previsão de três tipos familiares, quais sejam, o matrimonial ou tradicional, a monoparental, com a figura de um dos genitores e filhos, e a união estável, de acordo com o art. 226ss:

Art. 226. [...]

§ 1º O casamento é civil gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes<sup>[8]</sup>.

Prevista no § 3º do art. 226 da CF/88, a união estável encontra-se elencada também no art. 1.723 do nosso Código Civil<sup>[9]</sup>, que visa ainda a proteção do Estado, dando amparo às estruturas familiares que vem passando por visíveis transformações devido as mudanças comportamentais apresentadas na atualidade.

Maria Berenice Dias cita uma nova concepção de família, dizendo que “existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e de amor”, assim, os indivíduos que formam este modelo familiar, buscam tão somente o melhor interesse das pessoas que compõe esta família<sup>[10]</sup>.

Percebe-se ainda nas relações familiares, a aplicação do princípio da liberdade às relações de família, conforme podemos verificar no conceito formulado por Paulo Lôbo.

[...] A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. A chamada verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, especialmente quando esta já tiver sido constituída na convivência duradoura com pais sócio afetivos (posse de estado) ou quando derivar da adoção (...) <sup>[11]</sup>.

O alicerce da família contemporânea é o amor e o afeto, assim, a autoridade dos pais é embasada em princípios como a compreensão e o amor, seja esta família formada tão somente por laços biológicos ou por laços afetivos, a exemplo das famílias que se formam “gerando” filhos adotivos.

Destarte, o elo de estruturação das entidades familiares na contemporaneidade, é a dedicação, não importando qual o modelo familiar, mas apenas a constituição do arcabouço familiar fundamentado no cuidado e no respeito a cada indivíduo que compõem este núcleo<sup>[12]</sup>.

A Constituição Federal ainda, com status prioritário, assegura à criança e ao adolescente direito à vida, à dignidade, à convivência familiar e social, além da proteção de toda forma de negligência, conforme previsto no art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)<sup>[13]</sup>

Face a relevância do tema, também o Código Civil de 2002 traz em seu bojo amplos poderes às crianças e adolescentes, no artigo 1.734, onde prevê a colocação destas em programas de colocação familiar, visando garantir a manutenção da dignidade e a proteção dos mesmos, entre eles, o direito à convivência familiar.<sup>[14]</sup>

Estes direitos encontram-se expressos também no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que direito a convivência familiar somente é possível em muitos casos através do instituto da adoção, de acordo com os termos do Art. 28 caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>[15]</sup>.

### 3 ADOÇÃO

O conceito de adoção trazido por Orlando Gomes é que “adoção é o ato jurídico pelo qual se estabelece independentemente do fato natural da procriação”, ainda afirma ser este tipo de filiação, “imitação da filiação legítima com a finalidade de dar a quem não tem prole, a possibilidade de cria-la artificialmente.”<sup>[16]</sup>

Ou seja, a adoção se dá quando é estabelecido um vínculo familiar afetivo entre um adulto capaz, que objetiva constituir uma família com filhos, ainda que não sejam naturais, mas abraçados e alcançados legalmente através do ato jurídico da adoção, e a criança, abandonada ou órfã e, sem nenhum parente biológico que possa cuidar e protegê-la.

De acordo com Sérgio Cunha, adoção significa, “o ato ou o efeito de adotar, que é aceitar, forma pela qual se estabelece relação de filiação sem laço natural”<sup>[17]</sup>, ou ainda, “vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação”<sup>[18]</sup>.

A adoção, porém, não é um assunto novo, vindo através da história, passou pelas mais diversas alterações em seu processo, de acordo com o período histórico, a cultura do referido período e as normas legais praticadas.



### 3.1 Considerações históricas acerca da adoção

Com diferentes formas e normas legais, a adoção faz parte do contexto familiar desde os primórdios dos tempos, de acordo com a época e cultura, as primeiras previsões legais a respeito deste instituto surgiram ainda na idade antiga, com o advento de Códigos, a exemplo do Código de Hamurabi e das Leis de Manu.

O Código de Hamurabi foi criado por Khammu-rabi, rei da Babilônia no século 18 A.C, com 282 cláusulas, com previsões de direitos e penalidades impostas ao filho em caso de ofensas aos pais adotivos, trazendo ainda no art. 185, a previsão de desligamento do filho adotado da família biológica no momento da adoção, com o seguinte texto: “Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado”.<sup>[19]</sup>

Mais ou menos 1500 anos após a promulgação do Código de Hamurabi, surgiram as Leis de Manu, escritas por um eremita chamado Valmiki, composto por 2.685 dísticos<sup>[20]</sup> distribuídos em 12 livros, regendo sobre os direitos de sucessão do adotado, de acordo com os artigos 575ss<sup>[21]</sup>, estabelecendo direitos e deveres ao filho adotivo, onde prevalecia o respeito e obediência ao pai, provedor e mantenedor de sua casa.

O filho adotado, de maneira alguma poderia voltar ao seio da família biológica, devendo esquecer as suas raízes, e em alguns casos, nem chegava a conhecer ou saber de onde veio, e, sendo parte e membro da família adotiva, levava a herança sucessória, cumprindo a função da adoção, em conformidade com as normas legais deste período histórico.

Ao longo da história, são inúmeros os casos de adoção, a exemplo de histórias bíblicas, como a de Moisés. Ele foi colocado às margens do rio Nilo, por sua mãe, Joquebede, escrava hebreia no Egito, em uma arca de juncos. Ela fez isto para que não fosse morto por soldados egípcios, conforme o faraó havia ordenado. Moisés foi encontrado pela filha do próprio faraó, que o tomou por filho, adotando-o e ensinando-lhe os costumes e cultura de seu povo, vindo assim a se tornar seu filho legítimo<sup>[22]</sup>.

### 3.2 A adoção de acordo com os preceitos legais

O instituto da adoção encontra-se elencado nos artigos 1.618ss do Código Civil, nas formas previstas no Estatuto da Criança e Adolescente, concedendo isonomia no tratamento dispensado aos filhos naturais e os filhos adotivos. Conforme rege o artigo 20 do ECA<sup>[23]</sup>, “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.



Distinta da previsão que nos trazia o Código Civil de 1916, mais precisamente o art. 1.605, onde era claramente demonstrada a diferença de tratamento e a discriminação com relação ao filho adotivo, em se tratando das previsões legais dos direitos dos filhos adotivos, na concorrência pela herança sucessória, cabia ao filho adotivo, ou legitimado apenas metade da herança.

Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.

§ 1º Havendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358). (Revogado pela Lei 6.515 de 1977)

§ 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes<sup>[24]</sup>.

A Constituição Federal, porém, apresenta o princípio da isonomia, sendo garantida em seu texto constitucional, no § 6º do art. 227, a igualdade de direitos entre os filhos, havidos do casamento ou por adoção “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Ainda, o Código Civil no art. 1.596 traz esta mesma redação, consagrando, também, o princípio da igualdade entre filhos.

A adoção gera uma série efeitos, de ordem pessoal e de ordem patrimonial, sendo conferidos ao adotado os direitos e deveres de filho sanguíneo, conforme previsão do art. 41 do Eca, “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.<sup>[25]</sup>

A afetividade nas relações familiares tem encontrando amparo também na jurisprudência, trazendo decisões embasadas na busca do bem-estar e no melhor interesse da criança, conforme podemos comprovar na Apelação Cível de nº 70066094673:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. PRETENSÃO DOS AVÓS PATERNOS. AÇÃO DE ADOÇÃO JULGADA PROCEDENTE EM FAVOR DA FAMÍLIA SUBSTITUTA. EXTINÇÃO DA AÇÃO DE GUARDA PELA PERDA DO OBJETO. Uma vez que os avós não lograram estabelecer vínculo de afeto significativo com a neta, já adolescente, e que está sob a guarda da família substituta há seis anos, culminando com a sentença de procedência da ação de adoção proposta pela

família guardiã, cumpre confirmar a decisão ora apelada, que extinguiu o feito, pela perda do objeto. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70066094673, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 08/10/2015).<sup>[26]</sup>

O direito da criança ao convívio familiar se solidifica a cada dia, independente da origem familiar, se natural, substituta ou adotiva, sendo cada vez mais relevante o melhor interesse da criança e o vínculo afetivo estabelecido entre os agentes nos processos de adoção.

### 3.3 A Lei 12.010/2009 – Lei da adoção

A Lei 12.010/2009, composta de apenas 7 artigos, revogou os arts. 1620 a 1629 do Código Civil, trazendo outras previsões a respeito da adoção, no que diz respeito ao tempo de permanência nas casas de acolhimento, acrescentando também, no Estatuto da Criança e do Adolescente, previsão de estímulo ao acolhimento de crianças com necessidades específicas de saúde.<sup>[27]</sup>

Estas previsões encontram-se elencadas nos arts. 87, VI e VII do ECA, que cita as campanhas de incentivo ao acolhimento, e no art. 197C, a previsão de participação obrigatória em campanhas de estímulo à adoção de crianças com necessidades específicas de saúde, nos seguintes termos:

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

[...] VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

[...]Art. 197-C.

§ 1º É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças

maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Outrora não havia prazo para que as crianças fossem adotadas, permanecendo 10, 15 anos à espera da adoção<sup>[28]</sup>. Assim, esta previsão poderá ser um divisor de águas, especialmente nos casos da adoção de criança soropositiva.

Considerando que esta criança permaneça pelo tempo máximo de dois anos nas casas de acolhimento, obedecendo o prazo determinado pela Lei 12.010/2009, certamente terá mais chances de viver de forma saudável, em virtude do convívio familiar e afeto que será a ela dedicado.

Art. 19.

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária<sup>[29]</sup>.

Buscando uma melhor aplicação da Lei 12.010/2009, devido à preocupação com a situação das crianças em situação de risco, em virtude da doença a que foi abruptamente acometida, a deputada Nilda Gondim (PMDB/PB) apresentou um projeto de Lei que altera a Lei da Adoção ao incluir um artigo que determina: "terão prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica".

Diz ainda a autora do projeto que "a intenção não é pular etapas ou afrouxar procedimentos, devendo se tomar todos os cuidados de forma que a família acolha esse jovem, essa criança, com a consciência da responsabilidade adicional que abraça, e que todos cresçam com essa experiência"

O Senado Federal aprovou no dia 17 de dezembro de 2013 o projeto que visa acelerar processos de adoção dessas crianças e adolescentes, mantendo os critérios estabelecidos em lei. Já havia sido aprovado em agosto pela Comissão de

Constituição e Justiça da Câmara, seguindo para sanção da presidente Dilma Rousseff, sendo aprovada em 05 de fevereiro de 2014 sob o nº 12.955, vindo a acrescentar o § 9º ao artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente:<sup>[30]</sup>

Art. 1º Esta Lei confere prioridade para os processos de adoção quando o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

Art. 2º O art. 47 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passa a vigorar acrescido do seguinte § 9º:

“Art. 47.[...]

§ 9º Terão prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.” (NR) <sup>[31]</sup>

O relator do projeto na Comissão de Direitos Humanos do Senado, senador Paulo Paim (PT/RS), disse que as crianças com deficiência ou com doenças crônicas representam cerca de 10% das oitenta mil crianças que estão em abrigos à espera de adoção.

Para o Senador e Relator Paulo Paim, a condição destas crianças acaba afastando a possibilidade da adoção, que diminui a cada dia que a criança passa nas casas de acolhimento a espera de um lar, justificando seu voto da seguinte maneira:

A própria condição dessas crianças faz com que se afastem do perfil buscado pela imensa maioria dos candidatos a pais e mães adotivos: meninas recém nascidas, sem irmãos, brancas e saudáveis. Tal descompasso aumenta consideravelmente seu tempo de espera por um lar substituto, em média superior a quatro anos.<sup>[32]</sup>

Conforme já mencionado anteriormente, além das alterações trazidas pela lei da adoção a respeito do tempo de espera nas casas de acolhimento, o art. 47, § 8º do ECA<sup>[33]</sup> prevê a possibilidade de contato da criança com a família biológica, previsão que pode trazer insegurança aos adotantes, tendo em vista que já existe, em alguns casos, o medo de que a mãe biológica possa vir a se arrepender e requerer novamente a guarda do filho, que outrora rejeitou.

Seguindo esta mesma linha de pensamento, a psicanalista de adultos e crianças Luciana Saddi afirma:

Alguns pais não se sentem legitimados, outros ainda temem a volta da mãe biológica requerendo o que lhe é de direito. E há aqueles que realmente acreditam que a rejeição pela mãe

biológica deixa marcas profundas e insuperáveis – há inúmeras versões desse tipo de medo e insegurança.<sup>[34]</sup>

Neste diapasão, o Tribunal de Justiça do Paraná traz decisão favorável ao retorno do adotando ao seio da família original, em virtude de demonstração de afeto demonstrado entre os genitores e o infante, conforme segue:

Apelação cível. Destituição do poder familiar. Pedido deferido. Formal inconformismo. Preliminar de nulidade por ausência de curador especial. Descabimento. Pleito pelo retorno do infante ao núcleo familiar. Pertinência. Sinais de abandono não mais presentes. Recurso provido. O abandono do filho é o ato que implica desatendimento direto do dever de guarda, bem como o de criação e educação. Revela falta de aptidão para o exercício e justifica plenamente a privação, tendo em vista que coloca o filho em situação de grave perigo, seja quanto à segurança e integridade pessoal, seja quanto à saúde e moralidade. Constata-se, dos autos, que a condição de abandono feneceu, inclusive, com demonstração de afeição recíproca entre os genitores e o infante. Recurso de apelação cível nº 323.756-1, de Altônia, Rel. Des. Guimarães da Costa, ac. nº 8804 11ª Câm. Crim., j. 23/01/2008<sup>[35]</sup>

No entanto, com pensamento contrário a esta decisão, Lidia Natalia Dobrianskyi Weber, psicóloga emembro da Comissão da Criança e do Adolescente da OAB-PR, menciona:

Ao contrário do que supõe o senso comum, de que "o filho adotivo tem uma fixação em sua família biológica", a maioria absoluta dos filhos adotivo não tem informações sobre sua família de origem, não quer conhecê-la e nem acha importante ter informações. A maioria dos filhos adotivos afirmaram que não sentem nada por sua família de origem e se pudessem falar alguma coisa para ela, fariam que estão felizes com sua família adotiva ou perguntariam o motivo do abandono<sup>[36]</sup>.

Também, no tocante às crianças que necessitam de cuidados especiais, se faz mister trazer o pensamento da psicóloga Maria Tereza Maldonado, que levando em consideração pretendentes a adoção que manifestam a preferência pela adoção de crianças que necessitem de algum cuidado específico, incentiva a preparação do adotante para estes cuidados:

Quem escolhe uma criança que necessitará de cuidados específicos tem a chance de se preparar com mais cuidado e

tranquilidade para essa vivência, está um passo à frente de quem é pego de surpresa.

Tanto filhos adotivos quanto biológicos podem ter necessidades difíceis de detectar quando bebês, e os pais só percebem com o passar do tempo. O modo de lidar será o mesmo. É preciso, sempre, ter disponibilidade. E muito amor<sup>[37]</sup>.

É certo que a preocupação com uma adoção consciente e segura tem tomado grande proporção, e os mais variados órgãos tem buscado implementar programas de incentivo aos pretendentes à adoção. De acordo com o Presidente da OAB/SP, Luiz Flávio Borges D'Urso, "adotar é um gesto de amor"<sup>[38]</sup>. Assim, a Comissão Especial de Direito à Adoção criou uma cartilha, com mais de 140 perguntas relevantes, para auxiliar e sanar dúvidas a respeito do processo de adoção e as implicações jurídicas.

De acordo com o pensamento de Luiz Flávio Borges D'Urso, a importância da adoção está no fato de assegurar o cumprimento dos dispositivos legais que garantem a segurança e a convivência familiar e social da criança:

A adoção é gesto de suma importância para assegurar a todas as crianças e adolescentes do país o que é preconizado no art. 227, da Constituição Federal: O dever da sociedade e do Estado é assegurar "convivência familiar e comunitária", com o intuito de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>[39]</sup>

Percebe-se que a preocupação com o tempo de permanência das crianças em casas de acolhimento tem tomado também a atenção das autoridades, indo além das paredes dos abrigos e associações, principalmente no que tange às limitações impostas pelos mais variados problemas em virtude de deficiências e doenças que acometem algumas crianças, que acabam encontrando maiores dificuldades no processo de adoção em razão disto, a exemplo das crianças portadoras do vírus do HIV.

#### 4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO HIV

É de relevante importância citar e ressaltar o surgimento e evolução histórica da Aids para que se possa compreender como se desenvolve e quais as consequências da contaminação pelo vírus em crianças.

Causada por um retrovírus denominado HIV (Human Immunodeficiency Virus, ou, vírus daimunodeficiência humana) a Aids é adquirida ao longo da vida, ou seja,



nenhum ser humano nasce com o vírus, à exemplo da Síndrome de Down, com exceção dos casos de crianças em que ocorre a transmissão vertical (transmissão da mãe para o filho no momento do parto).

Destarte, o vírus do HIV entra na classe denominada das “imunodeficiências adquiridas”, e ataca o sistema imunológico da pessoa infectada, quando copia o DNA celular do infectado e constantemente se transforma, à medida que o indivíduo, portador do vírus, também vai alterando e melhorando o seu sistema imunológico.<sup>[40]</sup>

Os pródromos de casos de infecção pelo vírus do HIV foram relatados e confirmados no final dos anos 70, sob a denominação de SIDA (Síndrome das Imunodeficiências Adquiridas), sendo considerado na época, um dos males mais devastadores da história, conforme relatos históricos.

No Brasil, o caso precursor de Aids foi descoberto e classificado em 1982, sendo em 1983 a primeira notificação da manifestação patológica em uma criança. Em 1985 houve a ocorrência do primeiro caso de transmissão vertical, só então foi disponibilizado o teste anti-HIV para diagnóstico.

Em 1985 foi criado um programa federal de controle da aids através da portaria 236/85, quando nasceu a primeira ONG do Brasil e da América Latina na luta contra a Aids, o Grupo de Apoio à prevenção à Aids (GAPA).<sup>[41]</sup>

Hoje, uma pessoa se tratada adequadamente com os antirretrovirais, vive anos sem a manifestação do vírus. Da mesma forma, quando gestante soropositiva faz o tratamento adequado durante a gestação, a probabilidade de o bebê nascer soropositiva é de apenas 1%, se tomadas as devidas precauções no momento do parto.

Entre os cuidados necessários para que não ocorra esta forma de transmissão, está a observância da garantia à mãe soropositiva o direito ao parto de cesariana, para que não haja a possibilidade da transmissão vertical, que é a transmissão pela mãe ao bebê no momento do parto<sup>[42]</sup>.

Embora as possibilidades de transmissão vertical sejam cada vez menores, os candidatos habilitados ainda são resistentes quando se fala que a mãe biológica da criança cadastrada para adoção é soropositiva, restringindo sobremaneira o número de pretendentes cadastrados, habilitados para a adoção deste perfil de criança, conforme relata Michele Rocio Maia Zardo, Promotora de Justiça da 2ª Vara da Infância e Juventude de Curitiba<sup>[43]</sup>.

Na busca da garantia dos direitos das pessoas portadoras do vírus do HIV, surgiu uma ONG das pessoas que trabalham com AIDs, e em 1989, Porto Alegre sediou o Encontro Nacional de ONGs que Trabalham com Aids (ENONG).

Neste evento, foi firmada a **Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Portadora do Vírus da Aids, tomando por base o art. VII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garante a igualdade entre os seres humanos, sem nenhuma distinção.**

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação<sup>[44]</sup>.

Dentre os artigos da referida declaração, convém destacar o artigo XI que demonstra a relevante importância no que tange aos direitos do soropositivo, trazendo a seguinte leitura: "Toda pessoa com HIV/Aids tem direito à continuação de sua vida civil, profissional, sexual e afetiva. Nenhuma ação poderá restringir seus direitos completos à cidadania"<sup>[45]</sup>.

Além das previsões legais garantindo a criança soropositiva a proteção aos seus direitos como indivíduo, surgem os programas de apoio para estas crianças se sintam mais seguras com relação ao futuro, enfrentando com mais tranquilidade o aguardo por uma nova família.

## 5 PROGRAMAS DE APOIO AOS PORTADORES DE HIV

Na ânsia de melhorar a vida destas crianças afastadas de suas famílias, vivendo em abrigos, foram criados programas e associações de apoio às famílias, para acompanhamento antes, durante e depois da adoção, para que os agentes deste processo possam sentir segurança ao ingressar com o pedido de adoção, e a criança, sintam-se segura em ser recebida pela nova família.

A psicóloga Claudia Cabral fundou, em 1977, a Associação Brasileira Terra dos Homens, ABTH, com a missão de "promover a convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes com direitos violados ou em vias de sofrer a violação, investindo na valorização e no fortalecimento de suas famílias e comunidades".

Entre os inúmeros projetos, está o Movimento dos grupos de apoio a adoção, em parceria com a "*Fondation Terre des hommes*", teve trabalho efetivo de 1982 a 1996, tendo como principal motivação, dar "estímulo à adoção tardia e inter-racial através de suporte e orientação, com objetivo de estimular a criação de organizações independentes sobre o tema em todo o Brasil", beneficiando mais de 5.000 crianças, sendo constituídos mais de 117 grupos<sup>[46]</sup>.

Com vários projetos em andamento, iniciaram-se também as obras literárias de apoio aos trabalhos realizados pela Associação, entre eles convém citar a obra

“Colocação Familiar”, da série “em defesa da convivência familiar e comunitária”, que traz uma leitura bastante abrangente, demonstrando a realidade enfrentada pelas crianças, “esquecidas” nos abrigos, e as dúvidas e medos enfrentados pelos pais que buscam a paternidade/maternidade através do instituto da adoção.

Esta vontade se traduz em palavras autênticas, simples e pesadas, expostas na obra supracitada, a exemplo do seguinte parágrafo:

[...] sobrarão nas instituições porque pertencem a etnias rejeitadas pelos preconceitos raciais ou porque são portadoras de deficiências. São as crianças consideradas difíceis de adotar. E, assim, cresceremos com o amor machucado, que se transforma em desconfiança, medo e revolta, caldo de cultura de tantas agressões, se não tivermos a felicidade de formar vínculos de amor e de confiança para reescrever nossa história com esperança e compreensão.<sup>[47]</sup>

Lamentavelmente, é uma realidade que se repete, seja pelo descaso das autoridades ao permanecer inerte diante da demora no cadastramento destas crianças no Cadastro Nacional da Adoção, privando-as do direito de serem “conhecidas” pelos pretendentes habilitados, ou ainda, pela morosidade da justiça em deliberar decisões favoráveis nos processos onde resta comprovada a possibilidade da adoção, por preencherem todos os requisitos exigidos em lei.

## 5 DADOS ESTATÍSTICOS

As estatísticas acerca da adoção se mostram invariavelmente preocupantes quando observamos os dados apresentados pelos documentários que denunciam a situação calamitosa e cruel em relação ao tema.

O CNA criou uma planilha estatística com dados que demonstram a grande diferença entre estes agentes, o pretendente e o candidato a adoção, evidenciando que a quantidade de pretendentes cadastrados e habilitados é muito maior que o de crianças disponíveis.

Os dados foram atualizados em 23 de março de 2014, quando haviam apenas 5.440 crianças disponíveis cadastradas para adoção, para 30.424 pretendentes, sendo que 534 crianças têm idade de 0 a 6 anos, e o número de pretendentes que aceitam crianças desta faixa etária é de 30.011.

Já as crianças com idade de 7 a 17 anos, são em número muito maior, totalizando 4.726 para 1.523 pretendentes que aceitam adotar crianças nesta faixa etária, sendo que sequer é citado o caso de crianças com algum problema de saúde,

demonstrando a enorme disparidade entre o número de candidatos e os pretendentes à adoção.<sup>[48]</sup>

De acordo com reportagem da repórter Fabiana Mascarenhas no Jornal "A Tarde", da Bahia, no ano de 2013 haviam 5.387 crianças e adolescentes cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), dos quais 1.196 possuíam problemas de saúde, e entre estes, apenas 139 tinham Aids.<sup>[49]</sup>

## 6 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL

Analisando as decisões dos Tribunais do Rio Grande do Sul, percebemos que, mesmo com as previsões legais a respeito do tempo previsto para que a criança seja recebida no novo lar, através do instituto da adoção, os processos estão tramitando e se resolvendo muito lentamente, a "passos de tartaruga", e podemos dizer que ainda a atuação efetiva da lei tem se mostrado ineficaz.

No Tribunal do Rio Grande do Sul, encontramos, desde 01/01/2009, meses antes da promulgação da Lei 12.010, até 01/10/2015, 151 processos de adoção, destes apenas seis decisões relativas a criança gerada por mãe soropositiva.

Entre as decisões supramencionadas, cabe algumas jurisprudências em que resta demonstrado o melhor interesse da criança, sendo admitida, inclusive, adoção por casal não habilitado em virtude de rejeição da criança por ser soropositiva, conforme jurisprudências colacionadas:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR E ADOÇÃO. PROCEDÊNCIA CONFIRMADA. Demonstrado nos autos a falta de condições e de efetiva intenção da genitora (portadora de HIV e dependente química) de assumir os cuidados do menino, que soro positivo, é de confirmar a sentença que a destituiu do poder familiar e deferiu o pedido de adoção à família substituta. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

(Apelação Cível Nº 70063211528, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 25/06/2015)

**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE GUARDA PROVISÓRIA. CASAL ADOTANTE QUE JÁ POSSUI A GUARDA DE DUAS IRMÃS BIOLÓGICAS DA MENOR. Evidenciado o interesse prevalente da criança, é de se conceder a guarda

provisória ao casal, considerando o estado de saúde da menina, portadora de HIV. Agravo de instrumento provido.

(Agravo de Instrumento Nº 70062526231, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 11/02/2015)

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. GUARDA E ADOÇÃO. CASAL NÃO HABILITADO. CASO EXCEPCIONAL. CRIANÇA QUE FOI REJEITADA POR CASAIS INTEGRANTES DA LISTA DE ADOTANTES EM RAZÃO DE SER PORTADORA DE HIV. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. O desatendimento à lista de pretensos adotantes inscritos é admissível em casos excepcionais, em que evidenciada situação peculiar, quando evidenciado o interesse predominante da criança e na busca e melhor atendimento a mesma. Tendo a menor sido rejeitada por casais integrantes da lista de adotantes, por ser portadora de HIV, e estando integrada à família dos requerentes, em pleno período de adaptação, demonstrado que a criança já possui vínculos afetivos, impõe-se desconstituir a sentença para reabertura da instrução, bem como a retomada das visitas enquanto não definido o destino ao menor, na busca de seus interesses prevalentes. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.**

(Apelação Cível Nº 70040242711, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 23/03/2011).<sup>[50]</sup>

Percebe-se nos casos em comento, que prevalece sempre o melhor interesse da criança, admitindo inclusive, adoção em regime de excepcionalidade para que o direito à convivência familiar e a vida digna, previstos em lei, sejam resguardados, garantindo o cumprimento dos princípios constitucionais da dignidade da vida humana e da isonomia.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da adoção visa garantir à criança ou adolescente, condições de se desenvolverem em um núcleo familiar onde as relações de afeto e carinho sejam o alicerce, baseada no cuidado e proteção dos indivíduos pertencentes a esta família, sendo atribuídos ao adotado os mesmos direitos e deveres da filiação biológica.

Infelizmente o que se percebe, é que, embora haja previsão legal de um prazo máximo para que uma criança permaneça na casa de acolhimento, não é respeitado

este limite, ora em virtude da morosidade da justiça em destituir o pátrio poder, que é um dos requisitos para que a criança seja incluída no Cadastro Nacional da Adoção, tornando conhecida a sua condição de candidata habilitada que está no aguardo de um lar substituto, ora pela rejeição dos pretendentes aptos cadastrados.

Em virtude desta demora, muitas crianças acabam perdendo a chance de terem, durante a infância, o convívio familiar, o afeto, e os cuidados inerentes e garantidos pelo núcleo familiar, que, em virtude da filiação, ainda que adotiva, tem os deveres de cuidado e proteção, restando prejudicados os seus direitos e garantias previstos em lei.

Algumas crianças permanecem nas casas de acolhimento durante toda a sua infância e adolescência, e, conforme dados apurados e demonstrados neste artigo, nem chegam a ser adotados, completando a sua maioridade sem ter tido o direito de conviver com uma família, com pai, mãe, ou irmãos, tendo tão somente o convívio com crianças com a mesma situação de abandono, faltando-lhes o alicerce para que possam se tornar adultos seguros para enfrentar o mundo externo.

Tanto mais, deve se aludir a gravidade deste problema quando se trata de uma criança soropositiva, que, conforme jurisprudência supramencionada, sofre rejeição, não apenas de um pretendente à adoção, mas de muitos, e as consequências desta rejeição podem ser desastrosas e irreversíveis, visto que acaba transformando esta criança em um adulto inseguro, revoltado, ou até incapaz de enfrentar a realidade do mundo fora dos abrigos, visto que não conhece nada fora do ambiente do abrigo, e o que conhece, transmite rejeição, medo, desprezo.

As campanhas e políticas de incentivo à adoção de crianças com necessidades específicas de saúde, que demandam maiores cuidados da família, tem buscado atenuar o tempo de espera destas crianças por um lar, procurando conscientizar a sociedade e o judiciário, visando garantir o cumprimento da lei, protegendo os direitos e garantias destas crianças, dando mais celeridade aos processos de adoção e a inclusão destas crianças nos Cadastros de Adoção.

Somente assim, com a atuação mais eficaz do judiciário, em conjunto com as casas de acolhimento e a sociedade, é que esta situação poderá ser mudada, e estas crianças poderão olhar para o futuro com um sentimento de esperança, sabendo que terão o cuidado e a proteção, não só por parte do Estado, mas de um núcleo familiar, que lhe garantirá o afeto e o direito ao amor e cuidado de uma família.

## REFERÊNCIAS

ABBAS. Abul K.; LICHTMAN. Andrew H.; PILLAI. Shiv. **Imunologia Básica**. Funções e distúrbios do Sistema Imunológico. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013



- CARVALHO, Dayane. **Adoção Positiva**. Adoção de crianças e adolescentes portadores de HIV/Aids em Curitiba. Curitiba: ISBN, 2006.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Dicionário compacto do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GIDDENS. Anthony. **Sociologia**. 6.ed., rev. e atual. com Philip W. Sutton. São Paulo: Penso, 2012.
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7 ed. 5 tiragem. Rio de Janeiro: 1993. Forense
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil**, Famílias. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Vade Mecum Saraiva 2013. **Código Civil**. Lei de Introdução. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- Vade Mecum Saraiva 2013. **Constituição Federal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- Vade Mecum Saraiva 2013. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- Vade Mecum Saraiva 2013. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, Direito de Família, 3.ed. vol. 6. São Paulo: Atlas, 2003.
- Bíblia Online. Bíblia Sagrada**. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf>>.
- BUENO, Laura Maria Ferreira. **Comentários à Lei nº 12.010/2009** (Lei do direito à convivência familiar). Goiás: 15 de set. 2009. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/por\\_talweb/hp/8/docs/comentarios\\_lei\\_12.010.pdf](http://www.mp.go.gov.br/por_talweb/hp/8/docs/comentarios_lei_12.010.pdf)>.
- Cadastro Nacional de Adoção. Disponível em: <[www.g1.com.br](http://www.g1.com.br)>
- Central Jurídica. **Adoção**. Direito Civil - Direito de Família - Conceito, adoção simples e plena. Disponível em: <[http://www.centraljuridica.com/doutrina/137/direito\\_civil/adocao.html](http://www.centraljuridica.com/doutrina/137/direito_civil/adocao.html)>.
- Cultura Brasil. **Código de Hamurábi**. Disponível em: <<http://www.cultura-brasil.org/zip/hamurabi.pdf>>.
- DEPARTAMENTO DE DST, AIDS E HEPATITES VIRAIS. Portal sobre aids, doenças sexualmente transmissíveis e hepatites virais. **Declaração dos direitos fundamentais da pessoa portadora do vírus da AIDS. 1989. Disponível em:** <<http://www.aids.gov.br/pagina/direitos-fundamentais>>.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Direitos humanos e HIV/Aids**. Brasília - DF 2008. Disponível em: <[http://www.cedaps.org.br/wp-content/uploads/2013/07/direitos\\_humanos\\_hiv\\_aids.pdf](http://www.cedaps.org.br/wp-content/uploads/2013/07/direitos_humanos_hiv_aids.pdf)>.
- DOMICIANO, Fernanda; PILOTTO, Karina; HATAMOTO, Raquel. **A Lentidão da Justiça e exigências dos pais travam adoção**. Disponível em: <<http://reporter-brasil.org.br/2013/07/lentidao-da-justica-e-exigencias-dos-pais-travam-adocao>>.
- Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>.

Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>

Léxico: dicionário de português online. **Distico** Disponível em: <<http://www.lexico.pt>>.

Manusrti - Código de Manu (200 A.C. e 200 D.C.) **Código de Manu**. Disponível em: <<http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>>.

MASCARENHAS, Fabiana. **Filhos do preconceito: crianças sonham à espera de adoção**. Salvador. 03 ago. 2013 às 14:48. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/noticias/imprimir/1523124>>.

Mendes, Priscilla. **Senado aprova prioridade na adoção de crianças com deficiência**. Brasília. 17 dez 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/12/>>.

Jurisprudência - TJ-PR - Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Paraná. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1138#adocao>>.

PESSANHA, Jackeline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. São Paulo: 21 dez. 2011. Disponível em: <[http://www.aspensp.org.br/principal/index.cfm?tipo\\_layout=SISTEMA&url=noticia\\_mostrar.cfm&id=15179](http://www.aspensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=15179)>.

UNICEF. Ministério da Saúde. **Direitos da Gestante e do Bebê**. Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê / UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância. 1.ed. São Paulo: 2011 Globo. p. 29. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/br\\_guiagestantebebe.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/br_guiagestantebebe.pdf)>.

NOTAS:

[1] Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade Cenequista de Osório, aprovado pela banca examinadora, e orientado pela Prof. Ms. Patrícia Outeiral de Oliveira.

[2] VADE Mecum Saraiva. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 1065.

"Art. 197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

[...]§ 2º A recusa sistemática na adoção das crianças ou adolescentes indicados importará na reavaliação da habilitação concedida.”

[3] DOMICIANO, Fernanda; PILOTTO, Karina; HATAMOTO, Raquel. **A Lentidão da Justiça e exigências dos pais travam adoção**. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/07/lentidao-da-justica-e-exigencias-dos-pais-travam-adoacao>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

[4] VADE Mecum Saraiva. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 1045.

[5] VADE, op. cit, p.73.

[6] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família, 3.ed. vol. 6. São Paulo: Atlas. 2003, p 16.

[7] GIDDENS. Anthony. **Sociologia**. 6.ed., rev. e atual. com Philip W. Sutton. São Paulo: 2012. Penso, p. 242.

[8] VADE, op. cit, p.73.

[9] VADE, op. cit, p.271.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

[10]DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. P. 52; 53

[11]LÔBO. Paulo. DIREITO CIVIL, Famílias. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.62 a 91.

[12] **PESSANHA, Jackeline Fraga.** A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. **São Paulo: 21 dez. 2011. Disponível em: < [http://www.aspensp.org.br/principal/index.cfm?tipo\\_layout=SISTEMA&url=noticia\\_mostrar.cfm&id=15179](http://www.aspensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=15179) >. Acesso em: 15 set. 2015.**

[13] VADE, op. cit, p.74

[14] VADE, op. cit, p. 272

Art. 1.734. As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

[15] VADE, op. cit, p. 1045.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

[16] GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 7. ed. 5 tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p 349

[17] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto do Direito.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2003.

[18] **Central Jurídica.** Adoção. **Direito Civil - Direito de Família - Conceito, adoção simples e plena. Disponível em: <[http://www.centraljuridica.com/doutrina/137/direito\\_civil/adocao.html](http://www.centraljuridica.com/doutrina/137/direito_civil/adocao.html)> Acesso em: 16 abr. 2015.**

[19] Cultura Brasil. **Código de Hamurábi.** Disponível em: <<http://www.cultura.org/zip/hamurabi.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015

[20] Léxico: dicionário de português online. **Distico.** Disponível em: <<http://www.lexico.pt>>. Acesso em: 15 maio 2015.

1. Estrofe composta por dois versos, que se complementam entre si;

[21]Manusrti - Código de Manu (200 A.C. e 200 D.C.) **Código de Manu**. [s/l] [s/d]

Disponível em: <<http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>> Acesso em: 08 mar. 2015.

Art. 575º O filho engendrado pelo próprio marido em casamento legítimo, o filho de sua mulher e de seu irmão segundo o modo supra indicado, um filho adotado, um filho nascido clandestinamente(...)

[22]Bíblia Online. **LIVRO DE ÊXODO**. Cap. 2, vs 3ss. [s/l] [s/d]. Disponível em:

<[https:// www.biblionline.com.br/acf](https://www.biblionline.com.br/acf)> Acesso em: 05 março 2015

[23]VADE, op. cit, p.1044.

[24]BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Código Civil de 1916.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>

Acesso em 15 maio 2015.

[25] VADE, op. cit, p. 1046.

[26]**RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70066094673.

**Julgado em 08/10/2015. Disponível em:**

< [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consultaprocessos.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70065715542&num\\_processo=70065715542&codEmenta=6462099&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consultaprocessos.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065715542&num_processo=70065715542&codEmenta=6462099&temIntTeor=true) >. Acesso em 02 nov. 2015.

[27]VADE, op. cit, p. 1817.

[28]DOMICIANO, Fernanda; PILOTTO, Karina; HATAMOTO, Raquel. **A Lentidão da**

**Justiça e exigências dos pais travam adoção**. Documentário publicado em 12

jul. 2013 no site da ONG Repórter Brasil. [s/l]. Disponível em: <<http://reporter>

brasil.org.br/2013/07lentidao-da-justica-e-exigencias-dos-pais-travam-  
adocao> Acesso em: 05 mar. 2015.

[29]BUENO, Laura Maria Ferreira; et al. **Comentários à Lei nº 12.010/2009** (Lei do Direito à Convivência Familiar). Goiás: 15 de set. 2009. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/comentarios\\_lei\\_12.010.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/comentarios_lei_12.010.pdf)>. Acesso em 20 mai. 2015.

[30]Mendes, Priscilla. **Senado aprova prioridade na adoção de crianças com deficiência.** Brasília. 17 dez 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/12/senadoaprovaprioridadenaado-caodecriancascomdeficiencia.html>. Acesso em: 20 set 2015.

[31]BRASIL. LEI Nº 12.955, DE 5 DE FEVEREIRO DE 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12955.htm)>. Acesso em: 20 set. 2015.

[32]Mendes, Priscilla. **Senado aprova prioridade na adoção de crianças com deficiência.** Brasília. 17 dez 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/12/senadoaprovaprioridadenaado-caodecriancascomdeficiencia.html>. Acesso em: 20 set 2015.

[33]VADE, op. cit, p.1047.

[34]**ADOÇÃO.** adocao\_cartilha\_itau. Disponível em: <<http://www.portaldaadocao.com.br/livros/cartilhas>>. Acesso em 25 set 2015.

[35]PARANÁ. Tribunal de Justiça. Jurisprudência - TJ-PR - Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Paraná. Disponível em:



<<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1138#adocao>>. Acesso em: 02 out 2015.

[36]WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyi. **Pais e Filhos por Adoção: Um Amor Conquistado**. Paraná: set 2002. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id190.htm>>. Acesso em: 01 out 2015

[37]ADOÇÃO. **adocao\_cartilha\_itau**. Disponível em: <<http://www.portaldaadocao.com.br/livros/cartilhas>>. Acesso em 25 set 2015

[38]ADOÇÃO. Um Ato de Amor. Comissão Especial de Direito à Adoção. SÃO PAULO: 04 nov 2011. Disponível em: <[http://www.portaldaadocao.com.br/docs/cartilhas/OABSP\\_adocao.pdf](http://www.portaldaadocao.com.br/docs/cartilhas/OABSP_adocao.pdf)>. Acesso em: 25 set 2015.

[39]ADOÇÃO, Um Ato de Amor. Op. Cit

[40]ABBAS. Abul K.; LICHTMAN. Andrew H.; PILLAI. Shiv. **IMUNOLOGIA BÁSICA**. Funções e distúrbios do Sistema Imunológico. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P. 233 a 240

[41]**BRASIL. História da aids. Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais**. Portal sobre aids, doenças sexual mente transmissíveis e hepatites virai. **Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/historia-da-aids>>. Acesso em: 20 set 2015.**

[42]UNICEF. Ministério da Saúde. **DIREITOS DA GESTANTE E DO BEBÊ**. Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê / UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância. 1.ed. São Paulo: 2011 Globo. p. 29. Disponível em:

<[http://www.unicef.org/brazil/pt/br\\_guiagestantebebe.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/br_guiagestantebebe.pdf)>. Acesso em 22 mai. 2015

[43]CARVALHO, Dayane. **ADOÇÃO POSITIVA**. Adoção de crianças e adolescentes portadores de HIV/Aids em Curitiba. Curitiba: ISBN, 2006. P. 59

[44]BRASIL. Ministério da Saúde. **Direitos humanos e HIV/Aids: avanços e perspectivas para o enfrentamento da epidemia no Brasil**. Disponível em: <[http://www.cedaps.org.br/wp-content/uploads/2013/07/direitos\\_humanos\\_hiv\\_aids.pdf](http://www.cedaps.org.br/wp-content/uploads/2013/07/direitos_humanos_hiv_aids.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

[45]BRASIL. Ministério da Saúde. DEPARTAMENTO DE DST, AIDS E HEPATITES VIRAIS. Portal sobre aids, doenças sexualmente transmissíveis e hepatites virais. **Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa portadora do vírus da AIDS. 1989. Disponível em:** <<http://www.aids.gov.br/pagina/direitos-fundamentais>>. Acesso em: 20 maio 2015.

[46]ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA TERRA DOS HOMENS. Disponível em: <<http://www.terradoshomens.org.br/pt-BR.htm>>. Acesso em 20 set 2015.

[47]PASSOS, Aurilene; et al. **Colocação Familiar**; da série “em defesa da convivência familiar e comunitária”. 3 ed. Rio de Janeiro: Booklink, 2003. P. 11.

[48]BRASIL. Cadastro Nacional de Adoção. Disponível em: <[www.g1.com.br](http://www.g1.com.br)>. Acesso em: 20 set 2015

[49] MASCARENHAS, Fabiana. **Filhos do preconceito: crianças sonham à espera de adoção.** BAHIA: 03 ago. 2013. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/noticias/imprimir/1523124>>. Acesso em 26 fev. 2015.

[50] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70040242711. Adoção de criança. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 20 out. 2015.

**Número: 70033932856**

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. MENINO ABRIGADO DESDE O NASCIMENTO. REQUERENTE EM PROCESSO DE HABILITAÇÃO MONITORA DO ABRIGO. GUARDA PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO.

**Número: 70054359583**

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO FLAGRANTE VULNERABILIDADE E NEGLIGÊNCIA. ABANDONO. ART. 1.638, II, DO CCB. ART. 22 DO ECA.

## **A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO: OS NOVOS RUMOS DO DIREITO TRABALHISTA COM O ADVENTO DA LEI 13.467/2017.**

### **FELIPE AUGUSTO SILVA CUSTÓDIO, o autor:**

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas/UNIFEMM. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário UNA de Sete Lagoas. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado.

**RESUMO:** Com o advento da Lei 13.467/2017, popularmente chamada de reforma trabalhista, que entrou em vigor no dia onze de novembro de 2017, diversas alterações foram feitas no texto da CLT de 1943, sendo que todas elas impactaram diretamente na vida cotidiana laboral dos empregados e empregadores. Diversos direitos que eram intrínsecos aos trabalhadores foram retirados, a exemplo as *horas in itineres*, a divisão das férias, o tempo da jornada de trabalho, dentre outros, com o argumento de modernização do sistema trabalhista pátrio, entretanto, várias das alterações foram lesivas para os trabalhadores. Nesse rumo, um dos dispositivos que foi acrescentado com o advento da nova lei, foi o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, positivado no artigo 855, alínea "a", visto que a CLT de 1943 era omissa nesse ponto, pois não tratava do incidente. A inclusão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica beneficiou tanto os empregados, pois não mais precisarão utilizar de forma análoga o Código de Defesa do Consumidor para requerer o dito direito na justiça especializada, bem como para os empregadores, que poderão se valer sobretudo da ampla defesa e do contraditório para inviabilizar o pleito da parte contrária, visto que anteriormente se baseando na teoria menor, diversos Juízes desconsideravam a personalidade jurídica de ofício.

**Palavras-chave:** Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Direito do trabalho. Direito empresarial. Sócio. Empresa. Empregado. Empregador.

**ABSTRACT:** *With the advent of Law 13,467 / 2017, popularly called labor reform, which took effect on November 11, 2017, several changes were made to the 1943 CLT text, all of which directly impacted the daily lives of employees and their employees. employers. Several rights that were intrinsic to the workers were removed, for example the hours in itineres, the break of the holidays in three fragments, the time of the workday, among many others, with the argument of modernization of the labor system, however, several of the These changes were*

*detrimental to the workers. In this sense, one of the provisions that was added with the advent of the new law, was the incident of disregard of legal personality, positive in article 855, sub-paragraph "a", since the CLT of 1943 was silent on this point, because it did not deal with incident. The inclusion of the disregard of legal personality incident has benefited both employees, as their attorneys will no longer need to use the Consumer Protection Code analogously to apply for this right, as well as for employers, who will be able to rely mainly on the extensive defense and the contradictory to make the opposite party unfeasible, because previously, based on the minor theory, several Judges disregarded the legal personality of office, as highlighted by the homeland CDC.*

**keywords:** *Incident of disregard of legal personality. Labor law. Business law. Partner. Company. Employee. Employer.*

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução. 2 – Desenvolvimento. 2.1 - Noções gerais e o conceito de direito do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. 3 - Os princípios do direito do trabalho brasileiro. 3.1 - Princípio da proteção e da norma mais favorável. 3.2 - Princípio da irrenunciabilidade e da continuidade. 3.3 - Princípio da primazia da realidade e da boa-fé. 3.4 - Princípio da inalterabilidade contratual lesiva. 4 - Relação de trabalho e relação de emprego. 4.1 - Conceito de empregado e empregador. 5 - A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. 5.1 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho. 6 – Considerações finais. 7 - Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é um tema que traz diversas discursões no âmbito do direito como todo, visto que a sua abrangência visa atacar o patrimônio dos sócios de uma determinada empresa, no sentido de fazer com os bens dos sócios, caso a empresa não possua mais nenhum bem, venha a sanar as dívidas.

Desta feita, pode-se entender que a desconsideração da personalidade jurídica acontece quando é responsabilizado os bens dos sócios de determinada empresa, afim de sanar débitos, seja da seara cível, consumerista, trabalhista e afins.

Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, é afastada a autonomia patrimonial da empresa, e são cobrados diretamente dos sócios as dívidas da pessoa jurídica. Portanto, no direito brasileiro não só as pessoas naturais são sujeitos de deveres e direitos, as pessoas jurídicas também são detentores de obrigações e direitos.

Assim, com o advento da Lei 13.467/2017, a reforma trabalhista, a mesma trouxe em seu escopo a possibilidade de a parte requerer a desconsideração no processo do trabalho, baseando-se no artigo 855, alínea "a" da nova CLT.

Dessa forma, com a nova redação da CLT, não se faz mais necessário o empregado em um litígio trabalhista recorrer de forma análoga ao Código de Defesa do Consumidor para pleitear a desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista a inadimplência da empresa integrante da lide.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Noções gerais e o conceito de direito do trabalho no ordenamento jurídico

brasileiro

Para entender a problematização do tema deste artigo, inicialmente no que se refere a desconsideração da personalidade jurídica, com o advento da Lei 13.467/2017, é necessário entender a definição de direito do trabalho, que nada mais é que o ramo do Direito que é composto de normas que regulam as relações entre os empregados e os empregadores.

Sabe-se que o trabalho é umas das atividades mais antigas da humanidade, visto que a história possui diversos laudos que comprovam que o homem utilizava de diversos meios, como às próprias mãos para sobreviver, construir as suas ferramentas e principalmente para se alimentar. Assim, surgia o trabalho, bem como a mão de obra, que no decorrer dos anos se transformou e desenvolveu, onde diversos tipos de trabalhos foram aperfeiçoados, com o intuito de disseminar as negociações e o comércio capital.

O autor José Cairo Júnior (2016, p. 44) dispõe que direito do trabalho é o ramo do Direito composto por regras e princípios, sistematicamente ordenados, que regulam a relação de trabalho subordinada entre empregado e empregadores, acompanhado de sanções para a hipótese de descumprimento dos seus comandos.

Já o autor De Plácido e Silva (2013, p. 479), destaca que a denominação da expressão direito do trabalho é dada ao conjunto de leis em que se estatuem as normas reguladoras das relações individuais e coletivas de trabalho.

Atualmente no Brasil, as relações entre empregados e empregadores são tratadas em específico pela Consolidação das Leis do Trabalho, que é um conjunto textual de artigos que propiciam os direitos e os deveres dos empregados e dos empregadores. Vale ressaltar ainda, que atualmente são utilizados outros normativos jurídicos, a exemplo jurisprudências, súmulas e orientações



jurisprudências, dentre outras formas de resguardarem os direitos e deveres entre empregado, empregadores e até mesmo os sindicatos.

Dessa forma, pode-se entender que a existência do direito do trabalho se dá com uma única e exclusiva necessidade, de proteção dos direitos trabalhistas dos empregadores, bem como dos empregados, visto que na maioria das situações, essa relação é extremamente conturbada.

Existem alguns doutrinadores que dispõem que o direito do trabalho existe somente para a proteção dos direitos dos empregados, visto que são considerados a parte menos favorecida, ou seja, hipossuficiente da relação.

Vale ressaltar, que essa visão diferenciada que o direito do trabalho propõe para a sociedade é totalmente aceitável, visto que historicamente os principais danos da relação empregatícia são advindos dos atos culposos ou dolosos dos empregadores, como exemplo os inúmeros acidentes de trabalho que acontecem nas empresas.

Portanto, é dever do Direito do Trabalho respaldar esses empregados de possíveis ilegalidades cometidas no decorrer do seu contrato de trabalho.

### 3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Como todos os ramos do Direito são moldados por princípios, e o direito do trabalho não fica de lado nessa questão, visto da sua relevância para a vida social.

De Plácido e Silva (2013, p. 1097) em sua obra expõe que a terminologia princípio é também a expressão que designa a espécie de norma jurídica cujo conteúdo é genérico, contrapondo-se à regra ou ao preceito, que é a norma mais individualizada.

Portanto, os princípios pressupõem as bases das leis de um determinado ordenamento, tendo por composição estruturas e características específicas de preceitos fundamentais para a prática e sistematização de um correto ordenamento jurídico.

#### 3.1 Princípio da proteção e da norma mais favorável

O princípio da proteção tem como base a utilização dos normativos mais vantajosos para o empregado, tendo em vista que o mesmo é a parte mais hipossuficiente da relação empregatícia.

O autor Ricardo Resende (2014, p. 24) preconiza que o chamado princípio protetor ou tutelar, consiste na utilização da norma e da condição mais favoráveis

ao trabalhador, de forma a tentar compensar juridicamente a condição de hipossuficiente do empregado.

Já o princípio da norma mais favorável preconiza que, a partir do momento em que magistrado possua duas normas que se colidam em um determinado caso concreto, o mesmo deverá optar pela norma mais favorável para o empregado.

Tendo em vista as diversas situações que o Direito oferece para os seus operadores, é inevitável que o ordenamento jurídico possua distintas formas de julgamento para um mesmo caso concreto, visto da sua magnitude e historicidade.

Dessa mesma forma o princípio do *in dubio pro operário* preconiza a satisfação do empregado, a partir do momento em que o julgador esteja na dúvida sobre o processo judicial.

Os autores Alex Sander Branchier e Juliana Daher Delfino Tesolin (2006, p. 159) versam que caso em um procedimento judicial subsistam dúvidas, o Juiz deve optar pelo julgamento da causa em favor do empregado.

Pode-se perceber dessa maneira, que o direito do trabalho visa a sua extremidade à proteção dos direitos dos trabalhadores, visto da sua fragilidade perante o capitalismo e frente aos empregadores.

### 3.2 Princípio da irrenunciabilidade e da continuidade

No que se refere a este princípio, o mesmo dispõe no sentido de que o trabalhador não pode dispor dos direitos subjetivos que lhe cabem. Caso o trabalhador rejeite o seu direito, a exemplo do recebimento de salários, em vista de uma imposição do empregador, este fato é nulo.

Desta feita, o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho brasileiras expõem o tema:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. (BRASIL, 1943).

O doutrinador José Cairo Júnior (2016, p. 101) dispõe que fica tolhida a possibilidade de o empregado despojar-se do direito subjetivo trabalhista do qual é titular e que pode ser exercido em face do empregador.

É notório que esse princípio é um dos mais relevantes na seara do Direito do Trabalho, visto que impede que o empregador obrigue que os seus empregados aceitem propostas e situações que lesem os mesmos.

Já o princípio da continuidade possui por base que todos os contratos de trabalho possuam como tempo o prazo indeterminado, ressalvadas as dispõem em lei.

Assim disserta em sua obra o autor José Cairo Júnior (2016, p. 102) que o contrato de trabalho, ordinariamente é celebrado por tempo indeterminado. Só em casos excepcionais admite-se o ajuste de um contrato de trabalho a termo.

Da mesma maneira Ricardo Resende (2014, p. 31) expõe que no âmbito do Direito do Trabalho, presume-se que os contratos tenham sido pactuados por prazo indeterminado, somente se admitindo excepcionalmente os contratos por prazo determinado.

Portanto, pode-se entender que constitui uma presunção favorável do empregado a continuidade do contrato de trabalho, entre ele e o empregador, visto do dito princípio.

### 3.3 Princípio da primazia da realidade e da boa-fé

Em síntese o dito princípio versa que a realidade dos fatos, do caso concreto deve prevalecer sobre documentos, valores, parcelas, dentre outros, visto da comum má-fé do empregador para com o empregado.

Nesse sentido o autor Ricardo Resende (2014, p. 30) dispõe que este princípio segundo o qual os fatos, para o Direito do Trabalho, serão sempre mais relevantes que os ajustes formais, isto é, prima-se pelo que realmente aconteceu no mundo dos fatos em detrimento daquilo que restou formalizado no mundo do direito.

Assim, dispõe também Maurício Godinho Delgado:

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifesta pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva). Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. O princípio do contrato realidade autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação). (DELGADO, 2015, p. 211).

É fato que a boa-fé deveria presumir qualquer tipo de situação no mundo real, visto da sua importância nas relações interpessoais. Nas relações empregatícias, o princípio da boa-fé deveria ser o principal aspecto da relação, visto da sua importância para ambas às partes.

Para o autor Jose Cairo Junior (2016, p. 104), o princípio da boa-fé norteia não somente o Direito do Trabalho, mas todo e qualquer Direito que se dedique, principalmente à regulação das obrigações, sejam elas derivadas dos negócios jurídicos, do ato ilícito ou do abuso de direito.

Dessa forma, pode-se entender que deve haver uma reciprocidade mútua entre as partes da relação empregatícia, no que se refere aos bons costumes e boa-fé, pois inexistente uma boa relação de trabalho, tendo como pressuposto à desconfiança e a má-fé.

### 3.4 Princípio da inalterabilidade contratual lesiva

Conforme o autor Ricardo Resende (2014, p. 32) o dito princípio foi inspirado no princípio civilista de que os contratos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*), portanto, o princípio assume contornos específicos a fim de adequar-se ao sistema de proteção trabalhista.

Portanto, a inalterabilidade contratual lesiva buscou morada no Direito Civil, no sentido de que o que é pactuado entre as partes, deve ser cumprido, portanto, o contrato faz lei entre as partes, conforme versa a expressão em latim *pacta sunt servanda*[1].

Dessa forma, a atual Consolidação das Leis trabalhistas do Brasil dispõe em seus artigos 444 e 468, conforme se segue:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (BRASIL, 1943).

Portanto, em um universo tão competitivo que são os ambientes de trabalho, a lei limita o poder de alteração por parte do empregador aos contratos de trabalho

dos seus empregados, no sentido de que a alteração poderá ser lesiva demais à parte mais hipossuficiente da relação de emprego, que é o empregado.

#### 4 RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

No Direito do trabalho brasileiro, as relações entre empregados e empregadores são tratadas no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, que discrimina as condições entre estas partes.

Dessa mesma forma, acontece a exemplo no direito do trabalho da Argentina, em que pese a *Ley de Contrato de Trabajo*, onde são disciplinadas as ditas relações.

Na doutrina predominante no direito brasileiro, os autores dispõem na medida em que a relação de trabalho se confunde com a relação de emprego, visto do seu objetivo final que é a mão de obra *versus* salário do empregado.

Assim, se caracteriza pela relação de emprego a prestação de um determinado trabalho prestado por uma pessoa física, e a relação de trabalho se dá pelo resultado da interação entre os pressupostos da onerosidade, habitualidade, subordinação, prestação de serviço por pessoa física e pessoalidade, características essas que serão tratadas a seguir.

##### 4.1 Conceito de empregado e empregador

O conceito de empregado no Direito do Trabalho brasileiro está exposto na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3º que versa:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (BRASIL, 1943).

As doutrinas brasileiras são uníssonas no sentido de que o conceito de empregado está ligado a prestação de serviço de uma pessoa física, a outrem, sendo que essa poderá ser tanto uma pessoa física ou pessoa jurídica, no intuito de que a prestação dos serviços seja mediante salário.

Dessa forma entende o autor Ricardo Resende (2014, p. 104) que empregado é a pessoa física (pessoa natural) que presta serviços a outrem, serviços estes caracterizados pela pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e alteridade.

Tendo, portanto, atendidos as características acima citadas, a pessoa física considerar-se-á empregado, bem como trabalhador.

Da mesma forma que a CLT versa sobre o conceito de empregado, a mesma também dispõe sobre o conceito de empregador, conforme pode ser analisado em seu artigo segundo. Assim, o empregador é aquele que mediante a prestação de serviços habituais, subordinados, prestados por pessoa física, de forma pessoal, efetua o pagamento dos salários aos seus empregados.

No sentido da definição da terminologia de empregador, pode-se perceber que no direito brasileiro, a mesma se confunde com a figura da empresa, entretanto, é perceptível que no momento da sua definição, o legislador se equivocou nesta definição, pois não é toda pessoa que possui um empregado, necessariamente tem ou é uma empresa, como exemplo disso, pode-se inserir os empregadores que empregam as trabalhadoras domésticas, nos termos da Lei 150/2015.

Define-se então como empregador a pessoa, independente sendo ela física ou jurídica, que contrata uma pessoa física para que a mesma preste os serviços determinados no contrato de trabalho, e em contrapartida, ajusta determinada remuneração a esta pessoa física.

## 5 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

A origem histórica da desconsideração da personalidade jurídica é controversa na doutrina, pois tanto os ingleses como os norte-americanos indagam a propriedade da teoria. Alguns doutrinadores destacam que a desconsideração possui como *start* os Estados Unidos, nos anos de 1890, em um caso que na doutrina ficou conhecido como *Bank of Unites versus Devaux*, porém a esmagadora parcela da doutrina destaca que a teoria se iniciou na Inglaterra, no caso *Salomon v. Salomon & Co.*

No que se refere ao caso *Bank of Unites versus Devaux*, a doutrinadora Thereza Christina Nahas disserta sobre o caso:

A aplicação do instituto do *disregard* é largamente utilizada pelos tribunais alemães, americanos, argentinos e ingleses. Dois casos com repercussões mundiais que iniciaram o estudo do tema foram *Bank of United States v. Deveaux*, onde o Juiz Marshall manteve a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations* (Constituição Americana, artigo 3º, seção 2ª, que reserva a tais órgãos judiciais as lides entre cidadãos de diferentes Estados). Ao fixar a competência acabou por desconsiderar a personalidade jurídica, sob o fundamento de



que não se trata de sociedade, mas sim de sócios contendedores. (NAHAS, 2004, p. 148).

No caso citado, *Salomon vs Salomon & Co. Ltd.*, o seu empresário Aaron Salomon fundou a pessoa jurídica junto com sua esposa e seus cinco filhos. A pessoa jurídica era composta de 20.007 ações, das quais 20.001 eram de Salomon e o restante da família. Ele integralizou o capital com seu próprio fundo de comércio e virou credor privilegiado da própria empresa, fraudando os credores quirografários.

Assim, baseando-se nos dois casos históricos supracitados, e de acordo com a doutrina atual, pode-se entender que a desconsideração da personalidade jurídica acontece quando é responsabilizado os bens dos sócios de determinada empresa, afim de sanar débitos, seja da seara cível, consumerista, trabalhista e afins.

Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, é afastada a autonomia patrimonial da empresa, e são cobrados diretamente dos sócios as dívidas da pessoa jurídica. Portanto, no direito brasileiro não só as pessoas naturais são sujeitos de deveres e direitos, as pessoas jurídicas também são detentores de obrigações e direitos.

Atualmente do direito brasileiro, são diversos os normativos jurídicos que possuem a previsão do dito incidente, como exemplo o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Crimes Ambientais, a Consolidação da Leis Trabalho, o Código Civil e outros. Entretanto, se faz importante destacar que cada lei prevê requisitos específicos para a atuação no caso concreto.

Como exemplo desse fato, o atual Código de Processo Civil, em seu artigo 133 disserta sobre o assunto:

Artigo 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. (BRASIL, 2015).

Mas imperioso destacar de forma anterior ao incidente de desconsideração, é que a regra geral é que o patrimônio da pessoa física não se confunde com o patrimônio da pessoa jurídica, ou seja, o tanto a empresa, como o seu sócio possui de forma independente os seus patrimônios, sendo assim autônomos e independentes entre si.

Dessa forma, as dívidas contraídas pela pessoa jurídica, normalmente são adimplidas pela própria pessoa jurídica. Assim, caso a pessoa jurídica não cumpra com as suas obrigações, será o patrimônio da mesma que será atingido para adimplir a obrigação.

Portanto, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica está elencado no ordenamento jurídico pátrio, justamente para trazer a boa-fé às relações jurídicas travadas pelas mesmas, porém na figura sócios que são os responsáveis pelos empreendimentos, coibindo assim abuso da pessoa jurídica.

### **5.1 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho**

Com o advento da Lei 13.467/2017, chamada popularmente de reforma trabalhista, foram alterados diversos artigos da antiga CLT de 1943, sendo essa a consolidação de normas trabalhistas era do governo de Getúlio Vargas.

É fato que a presente lei mudou totalmente o cenário do direito do trabalho brasileiro, visto que trouxe diversas alterações nos direitos que antes eram inerentes aos empregados, a exemplo a *horas in itineres*[2], a prevalência do legislado sobre o negociado, e diversos outros direitos que antes eram certos dos empregados, e com a promulgação da lei se tornaram ilegítimos.

Entretanto, a dita lei também inovou em alguns aspectos, a exemplo o dispositivo do artigo 855, que se refere a desconsideração da personalidade jurídica, em seu artigo 855, alínea "a" que diz:

Artigo 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. (BRASIL, 2017).

Dessa forma, a lei incluiu no corpo da CLT a desconsideração da personalidade jurídica, se baseando no Código de Processo Civil de 2015 que também inovou na matéria.

Portanto, a base legal se encontra no artigo 855 "a" da CLT, e possui o mesmo conceito que é tratado na seara cível do direito brasileiro, que é a responsabilização dos bens dos sócios para adimplir com os débitos trabalhistas da empresa.

A doutrina trabalhista não era unânime quando a este incidente, no sentido de que se era alto aplicável ou não, pois o judiciário entendia que a desconsideração deveria ser no sentido amplo, ou seja, tanto a má administração da empresa, ou a má-fé por parte do empregador, conseqüentemente acarretaria a responsabilidade dos bens dos sócios daquela empresa.

Assim, é importante destacar que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser requerida a qualquer tempo no processo do trabalho, e a mesma suspende o processo, entretanto, não impede a utilização das chamadas tutelas provisórias de urgência, quais sejam a tutela antecipada, e a tutela cautelar.

Imperioso destacar que a CLT de 1943 era omissa quanto ao tema da descon sideração da personalidade jurídica, a mesma não tratava sobre essa situação no caso concreto, então, os operadores do direito utilizavam por analogia o Código de Defesa do Consumidor, em que pese o seu artigo 28 que destaca:

Artigo 28. O juiz poderá descon siderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A descon sideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (BRASIL, 1990).

Outro fator de grande importância é que com o advento da descon sideração nos processos trabalhistas, o incidente não será concretizado, sem que haja produção de provas, bem como a utilização da ampla defesa e do contraditório, tornando assim de forma eficiente a possível legitimação dos bens sócios, tendo eles a oportunidade de se defender na lide.

Assim, se torna totalmente legítimo e sem qualquer discussão a legalidade da descon sideração da personalidade jurídica na justiça do trabalho, visto que a nova lei positivou em seu artigo 855, alínea "a" o dado dispositivo.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De forma histórica, sabe-se que o trabalho é umas das atividades mais antigas da humanidade, visto que a história possui diversos laudos que comprovam que o homem utilizava de diversos meios, como exemplo às próprias mãos para sobreviver, bem como construir as suas ferramentas e principalmente para se alimentar. Com o passar dos séculos, houveram diversas melhoras no contexto laboral, entretanto no que se refere aos acidentes o trabalho, os empregadores deixam ainda a desejar.

A Consolidação da Leis do Trabalho, bem como a doutrina majoritária do Brasil, elenca uma série de princípios que norteiam a relação empregado e empregador, e grande parte destes princípios possui como base a proteção à vida, saúde física e psíquica dos empregados, sendo esse critério perfeitamente acertado pela dita Consolidação, em virtude da omissão na grande maioria dos casos pelos empregadores. Assim, as relações entre empregados e empregadores são tratadas em específico pela Consolidação das Leis do Trabalho, que é um conjunto de textual que de artigos que propiciam os direitos e os deveres dos empregados e dos empregadores, sendo que incumbe ao empregador respeitar tudo o que ora é exposto nesta Consolidação, principalmente quando se refere da proteção em todos os níveis dos seus empregados.

Essa mesma Consolidação que por anos se manteve impacta, no ano de 2017 foi alterada com o advento da Lei 13.467/2017, que ficou conhecida como a reforma trabalhista. Essa mesma reforma trouxe ao cenário brasileiro diversas alterações, sendo que todas alteraram profundamente a relação de emprego entre o empresário e o trabalhador.

Uma dessas alterações foi a inserção da desconsideração da personalidade jurídica, que antes não era prevista na CLT de 1943, e que agora está esculpida no artigo 855, alínea "a", que destaca a possibilidade da desconsideração no processo do processo.

Vale ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica nada mais que responsabilizar os bens dos sócios de determinada empresa, afim de sanar débitos, seja da seara cível, consumerista, trabalhista e afins que a empresa se incumbiu de adimplir, mas por fatos diversos não foi possível.

Portanto, a nova lei trabalhista possui em seu bojo o dispositivo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRANCHIER, Alex Sander; TESOLIN, Juliana Daher Delfino. **Direito e Legislação Apicada**. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Ibpex, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Ir.* Vade Mecum. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Site do Planalto Central – Constituição do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 03 Jul. 2018.

BRASIL. Site do Planalto Central – Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)> Acesso em: 07 Jul. 2018.

BRASIL. Site do Planalto Central – Código Civil brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 09 Jul. 2018.

BRASIL. Site do Planalto Central – Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 09 Jul. 2018.

BRASIL. Site da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm>> Acesso em: 03 Jul. 2018.

BRASIL. Site do Planalto Central – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)> Acesso em: 03 Jul. 2018.

CAIRO JÚNIOR, José. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. rev e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Positivo. 20 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Teoria do Estado e da Constituição. 21 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CASSAR, Volia Bomfim. Direito do Trabalho. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 15 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13 ed. São Paulo: LTR, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14 ed. São Paulo: LTR, 2015.

FREDIANI, Yone. Direito do Trabalho. 3 ed. Barueri: Manole, 2011.

GRISOLIA, Julio Armando. Manual de Derecho Laboral. 7 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

NAHAS, Thereza Christina. Desconsideração da personalidade jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, Hermelino de Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho: diretrizes à execução trabalhista**. São Paulo: Editora LTR, 2003.

SILVA, Alexandre Couto. **A Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NOTAS:

[1] A expressão Pacta Sunt Servanda é um termo em latim que possui por definição que os acordos, bem como os contratos firmados entre as partes, possuem o

condão de legitimidade, portanto, devem ser cumpridos, bem como respeitados em sua integralidade.

[2] De acordo com o artigo 58, §2º da CLT destaca que o tempo que o empregado, sendo quando a empresa se encontra em local de difícil acesso, e sendo também o transporte fornecido pela empresa, o período que o empregado ficou dentro do veículo, será computado na jornada do empregado como tempo a disposição.



## **A ULTRATIVIDADE DAS LEIS INTERMITENTES (ART. 3º, CP) E A OBSERVAÇÃO OBRIGATÓRIA DA RETROATIVIDADE DE TODA LEI PENAL BENÉFICA PREVISTA NO ART. 5º, XL, DA CF.**

**MAYCKY FERNANDO ZENI, o autor:** Advogado. Graduado em Direito pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, SC. Curso de Aperfeiçoamento para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Santa Catarina – ESMPC; Curso de Atualização Jurídica – LFG. Pós Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina – Campus Joaçaba, SC; Pós Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS; Membro Estadual da Comissão de Direito Bancário da Ordem dos Advogados do Brasil – Santa Catarina.

**RESUMO:** O artigo em questão irá tratar sobre a ultratividade das leis intermitentes e sua aplicação de acordo com o artigo 5º, inciso XL da CF.

**Palavras chave:** ultratividade das leis intermitentes – Constituição Federal – Aplicação da Lei mais benéfica ao acusado – Direito Penal.

**ABSTRACT:** The article in question will deal with the hyperactivity of intermittent laws and their application in accordance with article 5, clause XL of the CF, as well as the doctrinal understanding and jurisprudence on the subject.

**Keywords:** Interactivity of intermittent laws - Federal Constitution.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Ultratividade das leis intermitentes e aplicação do artigo 5º, LV da CF. 3. Conclusão. 4. Referencias Bibliograficas.

### **1.Introdução.**

Tema bastante controverso e que será abordado no presente trabalho é a ultratividade das leis intermitentes e a observância obrigatória da retroatividade da lei pena benéfica prevista no artigo 5º, XL da CF.

## **2. Ultratividade das Leis intermitentes e aplicação do artigo 5, XL da CF.**

Preconiza o artigo 3º do Código Penal Brasileiro, in verbis:

A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.  
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

Nosso CPB criou referidas figuras, dando a elas um caráter de temporariedade.

Segundo JULIO FABRINI MIRABETE, p.51, 2016 :

Leis temporárias são as que possuem vigência previamente fixada pelo legislador e leis excepcionais as que vigem durante situações de emergência. Essas espécies de Leis, segundo o dispositivo citado, te ultratividade, ou seja aplicam-se ao fato cometido sob seu império, mesmo depois de revogadas pelo decurso do tempo ou pela superação do estado excepcional.

Existe na doutrina brasileira duas correntes que tratam do tema de forma diferente.

Uma corrente concorda plenamente com a aplicação da norma após cessada a sua vigência, por se tratar de lei de tipo penal diferenciado.

De outra banda temos a corrente que discorda de seu dispositivo por ser inconstitucional e ir em afronta ao artigo 5º, XL da CF.

Em nosso direito pátrio temos a corrente majoritária que admite a ultratividade da lei temporária *in pejus*.

Temos como defensor desse entendimento o doutrinador JULIO FABRINI MIRABETE, já citado acima.

O referido autor diz que : A circunstância de ter sido o fato praticado durante o prazo fixado pelo legislador ( temporária) ou durante a situação de emergência ( excepcional), é elemento temporal do próprio fato típico, como é, por exemplo, a idade escolar, para o crime previsto no artigo 246 do CP. Exemplo recente da lei temporária é a lei 12.663/2012 ( Lei Geral da Copa) que define tipos penais ( arts. 30 a 35) que tem a sua vigência limitada ao período compreendido entre 1-1-2013 e 31-12-2014, conforme normas expressas ( arts.36 e 71). O que possibilita a punição é a circunstancia é de ter sido a conduta praticada durante o prazo de tempo em que a conduta era exigida e a norma necessária a salvaguarda dos bens jurídicos expostos naquela ocasião especial. Não se trata assim da superveniência de lei mais perfeita ou de desinteresse pela punição do agente ( que determinam a elaboração de lei nova) e sim da desnecessidade de vigência da lei após aquela situação excepcional ser superada. Além disso, se não existisse o dispositivo citado, o réu procrastinaria o processo até que a lei não estivesse em vigor, o que a tornaria inócua, em desigualdade com aquele que não o fizesse, vindo a ser condenado e cumprindo pena.

A outra corrente afirma que o artigo 3º do CPB vai na contramão da CF, dizendo ainda que o artigo 3º do CP é inconstitucional.

O doutrinador ROGERIO GRECO, p.30, 2013 nos diz que:

No momento em que o constituinte de 88 consagrou o princípio da irretroatividade da lei prejudicial ao agente sem fazer qualquer ressalva, só se poderia concluir que as leis penais temporárias e excepcionais não possuem ultra-atividade em desfavor do réu. O legislador não pode abrir exceção em matéria que o constituinte erigiu como garantia individual.

Dispõe o artigo 5º , XL da CF:

“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Por outro lado temos a hipótese do artigo 2º do CPB (Ninguém **pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.**), em que a lei temporária deixará de produzir seus efeitos sob os fatos praticados no período da sua vigência, após escoado o seu período de validade, ou seja quando uma lei posterior mais benéfica fizer expressa menção ao tempo de duração da lei em questão, cessando assim todos os efeitos da norma temporária anterior.

A maior parte da doutrina tem razão quanto a aplicação do artigo 3º do CPB, pois as leis temporárias são dotadas de ultra-atividade, pois caso contrario teríamos uma gama de agentes delituosos, fatos criminosos que sairiam impunes, tendo em vista o que dispõe o artigo 107, inciso III do CPB, levando a extinção da punibilidade, pois não raras vezes os processos são morosos, o que levaria a ineficácia da norma penal.

Neste diapasão segue jurisprudência do STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 768.494 GOIÁS

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS  
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO  
ESTADO DE GOIÁS

RECDO.(A/S) :CLESIO ELIANDRO DE ASSIS

RECDO.(A/S) :ELIO DIVINO SOARES ADV.(A/S) :JOSÉ AGUIMAR  
NATIVIDADE

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 543-B DO CPC. REPERCUSSÃO GERAL. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO. ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI Nº 10.826/03). CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 417/2008. NATUREZA JURÍDICA. APLICABILIDADE AOS FATOS PRATICADOS NO PERÍODO EM QUE VEDADO O REGISTRO DA

ARMA DE FOGO. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IRRETROATIVIDADE. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

### **3. Conclusão**

Conclui-se desse modo que a regra do artigo 3º do CPB deve prevalecer sobre o artigo 5º, XL da CF, evitando assim a impunidade de condutas criminosas praticadas pelos seus autores durante a vigência das referidas leis.

### **4. Referencias Bibliográficas**

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Volume 1. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p.30;

MIRABETE, Júlio Fabrini, **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, Volume 1. Ed. Atlas, São Paulo, 2016, p.51;

STF, MINISTRO RELATOR LUIZ FUX, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 768.494;

## **INTER-RELAÇÃO ENTRE SAÚDE MENTAL E TRABALHO: PERTURBAÇÕES MENTAIS NO TRABALHO**

**CLARISSA AZEVEDO ROCHA, o autor:**  
Graduada em Psicologia - FUMEC.

**RESUMO**<sup>[1]</sup>: A intenção deste artigo é entender e investigar como o trabalho contribui para alterações na saúde mental do trabalhador e as ações preventivas para obtenção da saúde mental. Foi realizada pesquisa bibliográfica considerando as orientações e opiniões dos autores, DEJOURS (2011), ZANELLI, ANDRADE E BASTOS (2004) entre outros, em busca de informações acerca da inter-relação do adoecimento mental e trabalho e possíveis prognóstico para a redução da carga das perturbações mentais. Concluiu-se a importância de buscar uma ação integrada, articulada entre os setores assistenciais e da vigilância, sendo desejável que o atendimento seja feito por uma equipe multiprofissional, com abordagem interdisciplinar, capacitada a lidar e a dar suporte ao sofrimento psíquico do trabalhador e aos aspectos sociais e de intervenção nos ambientes de trabalho atuando como minimizador de perturbações mentais, de modo a garantir melhor qualidade de vida no trabalho.

**Palavras-chave:** Saúde Mental. Ambiente organizacional. Adoecimento Mental. Trabalho. Perturbações Mentais. Qualidade de vida.

---

### **Introdução**

O presente trabalho tem como tema a inter-relação entre Saúde Mental e o trabalho que é uma questão, atualmente, muito debatida devido a importância que as pessoas estão dando à saúde mental e, conseqüentemente, a melhora da qualidade de vida no ambiente organizacional.



Neste contexto, este estudo teve como finalidade a investigação de como o trabalho, em muitos casos, prejudica a saúde mental desenvolvendo transtornos mentais variados no trabalhador.

1. Qual a definição de saúde e saúde mental?
2. Quais as doenças específicas relacionadas ao trabalho?
3. Em quais aspectos o trabalho contribui para alterar a saúde mental do trabalhador?
4. Quais as ações preventivas para obtenção da saúde mental no trabalho?

Para as respostas a estas questões e alcançar o objetivo de investigar em quais aspectos o trabalho contribui para alterar a saúde mental do trabalhador e as prevenções para o adoecimento da mente no ambiente organizacional, utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica, em obras publicadas sobre assuntos que regem o universo mental e organizacional.

### **Desenvolvimento**

A Saúde Mental de uma pessoa está diretamente atrelada à forma como ela reage às cobranças da vida e ao modo como equilibra seus desejos, ambições, capacidades e emoções. Ter saúde mental é estar bem consigo mesmo e com os outros, aceitar as exigências da vida, saber lidar com as boas emoções e também com aquelas desagradáveis, mas que fazem parte da vida, reconhecer seus limites e buscar ajuda quando necessário. O termo saúde mental e saúde recebe diferentes significados:

Para Sigmund Freud (2004), a saúde mental é a “capacidade de amar e trabalhar”. O amor traduzido nos afetos, nos amigos, na família e no erotismo, e o trabalho na profissão, no dinheiro, na classe social, na produção, no consumo, entre outros fatores. A doença mental seria a incapacidade de amar e de trabalhar.

Para a organização Mundial de saúde (WHO,1946) definiu, em 1946, a saúde como o completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente como ausência de doença. Segundo a organização, diversos fatores podem colocar em risco a saúde mental dos indivíduos; entre eles, rápidas mudanças sociais, condições de trabalho estressantes, discriminação de gênero, exclusão social, estilo de vida não saudável, violência e violação dos direitos humanos.

Para Dejours (2007), o trabalho tem importância central na construção da identidade social e da saúde do sujeito, bem como na realização pessoal e no estabelecimento de relações sociais.

O trabalho é uma prática transformadora da realidade que viabiliza a sobrevivência e a realização do ser humano. Por meio do ato e do produto de seu trabalho o ser humano percebe sua vida como um projeto, reconhece sua condição ontológica, materializa e expressa sua dependência e poder sobre a natureza, produzindo os recursos materiais, culturais e institucionais que constituem seu ambiente, e desenvolve seu padrão de qualidade de vida. (ZANELLI, ANDRADE E BASTOS, 2004).

No entanto, o ambiente organizacional é considerado tanto fonte de prazer quanto de sofrimento, ao mesmo tempo que proporciona dignidade, liberdade e bem-estar, gera frustrações, aprisionamento e adoecimento no indivíduo.

As vivências de prazer ocorrem quando o trabalhador encontra espaço para imprimir suas características pessoais na atividade realizada e para se sentir reconhecido por seus colegas e chefia, enquanto as vivências de sofrimento são associadas à padronização de tarefas e rigidez hierárquica (FERREIRA, MC e MENDES, 2001).

O equilíbrio entre as vivências de prazer e de sofrimento e a utilização de estratégias de defesa permitem que o trabalhador mantenha a "normalidade", de forma que não ocorra o adoecimento psíquico (DEJOURS e ABDOUCHELI, 2011).

Nesse sentido, é essencial que os trabalhadores, de modo geral, possam desenvolver estratégias de defesa que permitam o equilíbrio entre as vivências de prazer e de sofrimento no trabalho; noutro caso, estarão expostos ao risco de adoecimento psicológico, como apontam Dejours e Abdoucheli (2011).

Todas as pessoas podem apresentar sinais de sofrimento psíquico em alguma fase da vida, entretanto o aparecimento dos transtornos mentais relacionados ao trabalho possui determinadas características ou configuração de certas tarefas que influenciam na manifestação de processos de adoecimento nos trabalhadores.

A Portaria do Ministério da Saúde (MS) nº 1.339, de 18 de novembro de 1999, estabelece uma lista de 'Transtornos Mentais e Comportamentais Relacionados com o Trabalho' e representa um avanço no conhecimento sobre a relação entre aspectos psicológicos da saúde e o trabalho, contribuindo no diagnóstico de patologias associadas com a atividade laboral. Essa lista é denominada de Demência em outras doenças específicas classificadas em outros locais relacionadas com o trabalho (F02.8):

1. Delirium, não sobreposto a demência, relacionado com o trabalho (F05.0).
2. Transtorno cognitivo leve relacionado com o trabalho (F07.0).
3. Transtorno mental orgânico ou sintomático não especificado relacionado com o trabalho (F09.-).
4. Alcoolismo crônico relacionado com o trabalho (F10.2).
5. Episódios depressivos relacionados com o trabalho (F32.-).

6. Transtorno de estresse pós-traumático relacionado com o trabalho (F43.1).
7. Síndrome de fadiga relacionada com o trabalho (F48.0).
8. Neurose profissional (F48).
9. Transtorno do ciclo sono-vigília relacionado com o trabalho (F51.2).
10. Neurastenia (inclui síndrome de fadiga) (F48.0)
11. Outros transtornos neuróticos especificados (inclui neurose profissional) (F48.8)
12. Síndrome do esgotamento profissional ou sensação de estar acabado - burnout (Z73.0).

Os agravos à saúde mental relacionados ao trabalho representam uma das doenças do trabalho de maior prevalência entre os trabalhadores.

Segundo estimativa da OMS, os transtornos mentais menores acometem cerca de 30% dos trabalhadores ocupados, e os transtornos mentais graves, cerca de 5 a 10%. No Brasil, dados do INSS sobre a concessão de benefícios previdenciários de auxílio-doença, por incapacidade para o trabalho superior a 15 dias e de aposentadoria por invalidez, por incapacidade definitiva para o trabalho, mostram que os transtornos mentais ocupam o terceiro lugar entre as causas dessas ocorrências (BRASIL, 2001).

Em nossa sociedade, o trabalho é mediador de integração social, seja por seu valor econômico (subsistência), seja pelo aspecto cultural (simbólico), tendo, assim, importância fundamental na constituição da subjetividade, no modo de vida e, portanto, na saúde física e mental das pessoas. A contribuição do trabalho para as alterações da saúde mental das pessoas dar-se a partir de ampla gama de aspectos:

desde fatores pontuais, como a exposição a determinado agente tóxico, até a complexa articulação de fatores relativos à organização do trabalho, como a divisão e parcelamento das tarefas, as políticas de gerenciamento das pessoas e a estrutura hierárquica organizacional. Os transtornos mentais e dos comportamentos relacionados ao trabalho resultam, assim, não de fatores isolados, mas de contextos de trabalho em interação com o corpo e o aparato psíquico dos trabalhadores.

Tal situação aponta a necessidade de maior integração das áreas de Vigilância em Saúde do Trabalhador, Saúde Mental e Atenção Básica, de modo a contribuir para o reconhecimento e notificação dos Transtornos Mentais e do Comportamento Relacionados ao Trabalho. É preciso dar visibilidade a esses casos, na perspectiva de reordenar os serviços de atenção à saúde mental relacionada ao trabalho e assim, propulsionar ações de prevenção e promoção da saúde dos trabalhadores.

A intervenção sobre as condições de trabalho se baseia na análise ergonômica do trabalho real ou da atividade, buscando conhecer, entre outros aspectos: (COUTO, 2002)

1. conteúdo das tarefas, dos modos operatórios e dos postos de trabalho;
2. ritmo e intensidade do trabalho;
3. fatores mecânicos e condições físicas dos postos de trabalho e das normas de produção;
4. sistemas de turnos;
5. sistemas de premiação e incentivos;
6. fatores psicossociais e individuais;
7. relações de trabalho entre colegas e chefias;

8. medidas de proteção coletiva e individual implementadas pelas empresas;
9. as estratégias individuais e coletivas adotadas pelos trabalhadores.

A participação dos trabalhadores e dos níveis gerenciais é essencial para a implementação das medidas corretivas e de promoção da saúde que envolvam modificações na organização do trabalho. Práticas de promoção da saúde e de ambientes de trabalho saudáveis devem incluir ações de educação e prevenção do abuso de drogas, especialmente álcool.

A prevenção dos transtornos mentais e dos comportamentos relacionados ao trabalho baseia-se nos procedimentos de vigilância dos agravos à saúde e dos ambientes e condições de trabalho. Requer uma ação integrada, articulada entre os setores assistenciais e da vigilância, sendo desejável que o atendimento seja feito por uma equipe multiprofissional, com abordagem interdisciplinar, capacitada a lidar e a dar suporte ao sofrimento psíquico do trabalhador e aos aspectos sociais e de intervenção nos ambientes de trabalho.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que há uma inter-relação entre Saúde Mental e o trabalho e, em muitos casos, este prejudica a saúde mental podendo desenvolver transtornos mentais diversos ao trabalhador.

Nota-se que o trabalho contribui para as alterações da saúde mental dos trabalhadores e que os transtornos mentais relacionados ao trabalho resultam não apenas de fatores isolados, mas da interação do contexto do trabalho e do mecanismo psíquico dos trabalhadores.



A participação dos trabalhadores e dos gestores é indispensável para a implementação de medidas de correção e de promoção da saúde que abrangem alterações na organização do trabalho.

Nesse ínterim, conclui-se a importância de buscar uma ação integrada, articulada entre os setores assistenciais e da vigilância, sendo desejável que o atendimento seja feito por uma equipe multiprofissional, com abordagem interdisciplinar, capacitada a lidar e a dar suporte ao sofrimento psíquico do trabalhador e aos aspectos sociais e de intervenção nos ambientes de trabalho atuando como minimizador de perturbações mentais, de modo a garantir melhor qualidade de vida no trabalho.

#### REFERÊNCIAS

COUTO, Hudson de Araújo. Ergonomia Aplicada ao Trabalho em 18 Lições. 1ª edição. Belo Horizonte. Editora Ergo. 2002. 202p.

DEJOURS, C. A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2015.

DEJOURS, C; ABDOUCHELI, E. Itinerário teórico em psicopatologia do trabalho. In BETIOL, M. I. S. (coord). Psicodinâmica do trabalho: contribuição da escola dejouriana à análise da relação prazer, sofrimento e trabalho. São Paulo; Atlas, 2011.

FERREIRA, M. C. & MENDES. "Só de pensar em vir trabalhar, já fico de mau humor": atividade de atendimento ao público e prazer-sofrimento no trabalho, 2001.

Portaria GM /MS N. 1339 / 1999: editada em 18 de novembro de 1999, pelo Ministério da Saúde, institui a Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho, publicação adotada como referência dos agravos originados no processo de trabalho no SUS, para uso clínico e epidemiológico (Diário oficial da União nº 221, p. 21-29, de 19 de novembro de 1999, seção I).

Ministério da Saúde do Brasil. Organização Pan-Americana da Saúde / OMS Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde /Ministério da Saúde do Brasil, Representação no Brasil da OPAS/OMS; organizado por Elizabeth Costa Dias ; colaboradores Idelberto Muniz Almeida et al. – Brasília:

Ministério da Saúde do Brasil, 2001.

ZANELLI, ANDRADE E BASTOS. Psicologia, Organização e Trabalho no Brasil, 2004.

[1] Artigo Científico Apresentado ao Instituto Superior de Educação Ibituruna – ISEIB, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Gestão de Saúde Mental

## **ETNOCÍDIO E A OBRA 1984, DE GEORGE ORWELL: A CONVERSÃO FORÇADA À IDEOLOGIA POLÍTICA DO ESTADO-REPRESSOR.**

**GUSTAVO JOSÉ CORREIA VIEIRA**, o autor: advogado, possui graduação em Direito pela FARGS (Faculdades Rio-Grandenses). Pós-graduado em "Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos", pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisador na área de direitos humanos (especialmente direitos culturais), poder, violência e macrocriminalidade política (foco especial nas práticas de genocídio e etnocídio).

**Resumo:** Este ensaio procura abordar como o Estado do Grande Irmão, na obra *1984* de George Orwell, configura-se como um Estado etnocida por excelência. Ademais, buscamos neste breve estudo tratar como uma ideologia política pode ser instrumento para a consecução do etnocídio. Verificar-se-á que além do etnocídio buscar impor uma língua, cultura ou religião, pode também ser objeto do etnocídio a imposição, pela violência, de uma ideologia política, fato este nítido na obra de Orwell.

Palavras-chave: Etnocídio. Ideologia Política. Conversão Forçada. 1984.

**Abstract:** This essay seeks to address how the Big Brother State, in George Orwell's *1984* work, sets itself up as an ethnocidal state par excellence. In addition, we seek in this brief study to treat how a political ideology can be instrumental in the attainment of ethnocide. It will be verified that, in addition to ethnocide seeking to impose a language, culture or religion, the ethnocide can be also the imposition, by violence, of a political ideology, a fact that is clear in Orwell's work.

Keywords: Ethnocide. Political Ideology. Forced Conversion. 1984.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Considerações sobre o etnocídio. 2.1. Poder, repressão e extermínio cultural. 2.2. Aspectos conceituais e características do etnocídio. 3. Sobre a ideologia. 3.1. Histórico do termo. 3.2. Concepção marxista de ideologia. 3.3. Ideologia e terror: a concepção arendtiana. 4. Considerações sobre a obra *1984* de George Orwell e sua relação com o etnocídio. 4.1. Contextualização e biografia do autor. 4.2. Aspectos gerais da obra. 4.3. A conversão forçada a uma ideologia

política como instrumento para a prática do etnocídio: uma análise da obra *1984*.  
5. Considerações finais. 6. Referências.

## **1. Introdução**

O livro *1984* de George Orwell é considerado um clássico da literatura moderna. Sua influência perdura até os dias atuais, em que se vivencia a diminuição da privacidade, a existência dos regimes ditatoriais, a alta tecnologia, dentre outros aspectos. Ademais, a sua crítica a toda e qualquer forma de totalitarismo é nítida.

Contudo, este trabalho tem por objetivo estudar uma prática presente no livro e que ainda não tem sido objeto de estudo: a prática do etnocídio. Tal é o objetivo deste trabalho. Demonstrar, através do estudo do livro, como este guarda as características do etnocídio em seu conteúdo.

Para tanto, organizamos o presente trabalho em três eixos fundamentais: por primeiro, examinamos o conceito de etnocídio e suas características, a fim de compreender como se materializa esta prática; por segundo, estudaremos o conceito de ideologia, sobretudo nas concepções marxista e arendtiana, para entender como é o papel da ideologia do Socing (ou IngSoc) na sociedade da Oceania; terceiro, analisamos a novela *1984* e buscamos relacioná-la com o etnocídio. Passemos ao estudo proposto.

## **2. Considerações sobre o etnocídio**

Neste tópico, buscaremos abordar dois itens que servirão como esclarecimento à temática do etnocídio e sua relação com a obra *1984*. Por primeiro, a relação entre poder, repressão e extermínio cultural, seguindo com os aspectos conceituais e as características do etnocídio, aspectos esses essenciais para a compreensão deste fenômeno.

### **2.1. Poder, repressão e extermínio cultural**

Para iniciar nossa exposição, abordaremos neste tópico a relação entre poder, repressão e extermínio cultural, fazendo referência ao trabalho já publicado por este autor sobre o etnocídio[1]. Inicialmente, cabe destacar que o contexto social o qual a humanidade vivencia retrata que sua dinâmica, suas transformações, são compostas de práticas oriundas de relações de poder. A sociedade na forma como está sendo estruturada foi resultante de uma série de práticas de relações de poder e de dominação, estabelecidas principalmente pela colonização, e com a imposição de visões de mundo que destruíram modos de vida distintos do imaginário e do objetivo dos conquistadores, sejam eles provenientes do passado ou do tempo atual[2]. Nesse sentido, a conquista da América mostra-se como exemplo evidente, pois o etnocídio se materializou pelo extermínio de culturas

distintas do imaginário dos conquistadores, com a imposição da fé católica aos índios.

Ainda, para esclarecer qual a relação entre poder e repressão e o inserirmos no enfoque do etnocídio e da obra *1984*, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a ideia de relação de poder em Michel Foucault[3] e de acordo com o trabalho já publicado por este autor[4]. Nesse sentido, o poder é *exercido*, e só existe em *ato*, em uma *relação de força*. Este exercício deve ser compreendido em dois aspectos: primeiro, a partir dos *mecanismos de repressão*; o mecanismo do poder é a repressão (seja da natureza, dos instintos, dos indivíduos). Segundo, se o poder é o emprego e a manifestação de uma relação de força, deve-se analisá-lo em termos de combate, de enfrentamento, de guerra; *o poder como guerra continuada por outros meios*[5]. E este segundo aspecto – do poder como guerra continuada – significaria três coisas:

- Que as relações de poder têm como ponto de ancoragem uma relação de força estabelecida em um dado momento, *historicamente preciso*, na guerra e pela guerra; o poder político reinsere perpetuamente essa relação de força, através de uma *guerra silenciosa* e inserida nas desigualdades econômicas, na linguagem, e até mesmo nos corpos de uns e outros;
- Que no interior da paz civil, as lutas políticas, as relações de força, tudo isto deve ser interpretado como continuação da guerra;
- A “decisão final” só pode vir da guerra, ou seja, uma prova de força em que as armas serão os juízes; o fim do político seria a derradeira batalha, ou seja, a batalha suspenderia o exercício do poder como guerra continuada.

Nesse sentido, Foucault leciona que a partir do momento em que se pretende se desvincular da ideia dos esquemas econômicos de análise do poder, nos encontramos diante de duas hipóteses: primeiro, o mecanismo de poder como *repressão*; segundo, o fundamento da relação de poder como *enfrentamento das forças*. E tais hipóteses seriam conciliáveis, considerando que *a repressão seria uma consequência política da guerra*[6].

Nesse sentido, Foucault ressalta ainda que poderíamos contrapor dois grandes sistemas de análise do poder[7]: o primeiro, denominado “contrato-opressão” (século XVIII), em que se entende o poder como um direito que se *cede*, e a opressão seria um abuso do poder dentro do contrato estabelecido, sob o ponto de vista jurídico; o segundo, denominado “guerra-repressão”, ou “dominação-repressão”, em que o poder é visto como efeito de uma relação de *dominação*; a repressão seria o efeito desta relação de dominação e o emprego, no interior desta “pseudopaz”, solapada pela guerra contínua, de uma relação de força perpétua, havendo uma *oposição entre luta e submissão*. Quanto ao sistema dominação-

repressão, trata-se de uma característica nítida na temática do etnocídio e na obra *1984* de Orwell, como se verá adiante neste estudo.

No curso ministrado entre os anos de 1975 e 1976, Foucault, partindo destes fundamentos sobre os sistemas de análise do poder, busca analisar o problema da *guerra*. Em que medida a guerra, a luta, o enfrentamento de forças pode ser identificado como *o fundamento da sociedade civil, a um só tempo o princípio e o motor do poder político*[8]. Isto significa, a partir da concepção apresentada, que a questão da luta e submissão está no âmago da sociedade, conflito este que para Foucault seria um estado de guerra contínua, guerra esta não entendida somente pelas formas convencionais, em que existem exércitos que se enfrentam. Para Foucault, trata-se de uma guerra por representação, um embate de forças no campo político, em que persiste o conflito entre luta e submissão (podem-se referir como exemplificação as questões entre grupos políticos, étnicos, etc)[9].

Com efeito, a partir desses fundamentos de Foucault, pode-se elaborar uma relação com a temática das relações de poder, a partir da guerra, da luta, da dominação, do enfrentamento de forças e do poder como repressão (estritamente vinculados à obra *1984*, de George Orwell), com a temática do *etnocídio* (genocídio cultural, ou extermínio cultural), objeto de estudo.

## **2.2. Aspectos conceituais e características do etnocídio**

Partindo desses pressupostos anteriores (das relações de poder e da repressão e dominação), pode-se apresentar uma prática que ocorreu em muitos episódios da História, e que ainda repercute na atual sociedade globalizada[10]: o estabelecimento de uma relação de dominação (ou de poder) através do controle e da destruição do corpo, visando o extermínio de traços culturais responsáveis pela perpetuação de um grupo humano, que pode levar à extinção de uma etnia[11]. Nesse campo se insere a questão relativa ao *etnocídio*, também denominado *genocídio cultural*, tema principal a ser analisado e relacionado com a obra *1984* de Orwell.

Primeiramente, para entender o significado do etnocídio é necessária uma breve digressão histórica, com uma breve exposição inicial do conceito de genocídio. Após a Segunda Guerra Mundial, com o advento dos estudos realizados pelo jurista Rafael Lemkin, foi recepcionado pelo ordenamento jurídico internacional, bem como nas leis internas de muitos Países, o conceito de crime de *genocídio*[12] [13]. Cumpre salientar que este jurista de origem polonesa, muito antes do advento do Holocausto já defendia a necessidade de se reprimir a destruição de coletividades raciais, religiosas ou sociais com um delito de caráter universal, aplicável a todos os povos[14]. Na V Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal, realizada em 1933 em Madrid, Lemkin apresentou um projeto de convenção para reprimir determinadas ações, que seriam o *delito de*



*barbárie*, ou também identificado como atentado contra a vida, integridade física, liberdade e dignidade de pessoas pertencentes a uma determinada *coletividade*, e com a denominação de *delito de vandalismo*, a destruição de obras culturais e artísticas em situações semelhantes[15].

Contudo, o projeto efetivo de normatização do delito de genocídio no âmbito internacional começa a ser debatido após a constituição da ONU (Organização das Nações Unidas). Em novembro de 1946, a questão do genocídio foi submetida à Assembleia Geral mediante um projeto de resolução apresentado por Cuba, Índia e Panamá[16]. Em seguida, no mesmo dia, foi confirmada a resolução 95 (I), adotando os princípios do direito de Nuremberg, e após com a resolução 96 (I), concluída em 11 de dezembro de 1946. Esta última resolução era o projeto para a convenção sobre o genocídio, ao espírito dos estudos de Rafael Lemkin. Nesta resolução adotou-se uma definição mais ampla do crime de genocídio, elaborada pelo Conselho Econômico e Social, em que participaram os juristas Rafael Lemkin, Donnedieu de Vabres e Vespasiano Pella. Falava-se em grupos humanos, tais como raciais, nacionais, idiomáticos ou religiosos, abarcando ainda a possibilidade de extermínio de grupos políticos e a concepção de genocídio cultural, que era previsto no artigo I. *Este último conceito era caracterizado por atos que tivessem como objetivo destruir a língua, religião ou cultura dos grupos protegidos, proibir o uso da língua entre seus membros ou destruir locais característicos de uma cultura*[17]. Em resumo, trata-se de uma ideia inicial de etnocídio, embora tal conceito ainda não existisse.

Contudo, ambos os termos – grupos políticos e o genocídio cultural – não foram recepcionados após a apreciação do projeto pela Comissão que integrava os Estados. Os grupos políticos foram retirados, principalmente devido à pressão da antiga União Soviética[18].

Quanto ao *genocídio cultural*, esta concepção também foi excluída, dentre outras justificativas, pelo fato de que seria um conceito muito indefinido. A proposta foi retirada por sugestão dos Estados Unidos, Reino Unido, França, além do Brasil. Desta forma, tanto os grupos políticos quanto o genocídio cultural restaram excluídos do projeto[19].

Posteriormente, em que pese tal violação de direitos humanos não ter sido recepcionada pela convenção sobre o genocídio de 1948, a questão relativa ao extermínio de identidades culturais de povos continuou a ser debatida, principalmente após o advento da concepção de *etnocídio*[20].

O criador desta definição foi o etnólogo francês Robert Jaulin, o qual expôs em sua obra "*La Paix Blanche: introduction à l'ethnocide*" a destruição dos índios Bari, na fronteira entre a Venezuela e a Colômbia[21]. Esta destruição formava-se a partir de múltiplos vetores: pelas ações da Igreja, dos exércitos venezuelanos e

colombianos, além das companhias americanas de petróleo que passaram a se instalar no local onde vivia a tribo[22].

Na década de 60, muitos antropólogos passaram a denunciar as políticas indigenistas dos Estados e as atividades próprias da antropologia, as quais estariam sendo complacentes com um discurso indigenista genocida e etnocida[23].

Este movimento crítico composto por antropólogos mexicanos e latino-americanos, líderes indígenas e missionários formaram o chamado *Grupo Barbados*. Esta denominação do grupo adveio das primeiras reuniões que ocorreram na Ilha de Barbados nos anos de 1971 e 1977, sendo que a terceira reunião ocorreu no Rio de Janeiro, em 1993. Estas reuniões geraram recomendações aos Estados e demais setores da sociedade e dos países da América Latina sobre o estado de marginalização e perigo de extinção de comunidades indígenas no Continente[24].

O documento que tratou expressamente sobre o etnocídio foi a *Declaração de San José*, celebrado na Costa Rica, sob os auspícios da UNESCO, em dezembro de 1981. O documento expõe que o etnocídio tratar-se-ia de um processo complexo, que possui raízes históricas, sociais, políticas e econômicas. Também ressalta que há alguns anos vinha sendo denunciada em foros internacionais a problemática da perda da identidade cultural das populações indígenas da América Latina[25]. No tocante à definição consagrada no documento

[...] El etnocidio significa que a un grupo étnico, colectiva o individualmente, se le niega su derecho de disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua. Esto implica una forma extrema de violación masiva de los derechos humanos, particularmente del derecho de los grupos étnicos al respecto de su identidad cultural, tal como lo establecen numerosas declaraciones, pactos y convênios de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, así como diversos organismos regionales intergubernamentales y numerosas organizaciones no gubernamentales[26].

Ainda no texto da Declaração, há referência expressa que o etnocídio – ou genocídio cultural – *seria um delito de direito internacional igual ao genocídio*. Para esta conclusão se tomou como base o direito às diferenças e o princípio da autonomia dos grupos étnicos[27].

Contudo, é pertinente ressaltar que esta prática lesiva aos direitos humanos ainda não é recepcionada como crime de acordo com o Direito Penal Internacional, e não há referência normativa no Direito Brasileiro. Logo, tanto no ordenamento jurídico internacional como no brasileiro ainda não há a previsão de um delito de etnocídio. Trata-se de uma violação grave de bens jurídicos fundamentais que,

todavia, não é considerada como crime[28]. Por isto, tratar-se-ia de uma prática exercida a partir da *repressão e dominação* (relação de poder), que está situada em um “contexto criminal”, porquanto impõe ao ser humano determinado modo de vida, destruindo sua cultura, língua ou religião[29], mediante o emprego da violência.

Nesta ótica, considerando o etnocídio como grave violação de direitos humanos (advindo principalmente do colonialismo e neocolonialismo), assim como o genocídio, a prática do etnocídio merece ser explorada no contexto jurídico-penal, inclusive internacional[30].

O etnocídio traduz o extermínio dos traços culturais de um povo, que pode ocasionar sua extinção enquanto grupo humano – praticado principalmente contra comunidades indígenas ou afrodescendentes nos processos de colonialismo. Cabe ressaltar que ele pode ser perpetrado *ainda que os membros do grupo sobrevivam, porquanto este crime implicará na desaparecimento da especificidade cultural de um povo*. Vinculado principalmente com a prática da colonização, como ocorreu na conquista da América e da África, ou ainda pelo neocolonialismo proveniente do processo de globalização político e econômico, o denominador comum entre estes acontecimentos é *impor a sua visão de mundo*. Domina-se física, psíquica e culturalmente as populações de potenciais áreas de expansão projetada pelo homem moderno, julgando-se uma sociedade “selvagem”, “sub-humana”, uma espécie de *infracultura*, muitas vezes demonizando outras culturas e civilizações[31]. Estas estão destinadas a serem “elevadas” mediante a dominação, a assimilação (incorporação forçada). Os outros são “maus”, mas podem ser melhorados, obrigando-os a se transformarem no corpo produtivo do projeto civilizador. O Outro é despojado de sua identidade cultural, sendo esta responsável por sua existência enquanto ser humano neste mundo[32]. Cabe ressaltar que um dos aspectos da barbárie europeia, por exemplo, foi chamar de bárbaro o outro, o diferente, em vez de celebrar essa diferença e de ver nela uma ocasião de enriquecimento do conhecimento e da relação entre humanos[33].

Além da justificativa do etnocídio como uma ação para o “bem” de um determinado povo, é de se considerar que esta prática poderia ser perpetrada para fins de domínio de uma coletividade, mediante a intenção de destruição dos traços culturais de uma etnia[34] (imposição de uma língua oficial e proibição do idioma tribal, por exemplo) para fins de domínio e exploração física, bem como domínio territorial sobre uma coletividade[35].

No ano de 1974, o antropólogo e etnólogo francês Pierre Clastres publicou o texto chamado *Do etnocídio*[36] [37]. Neste texto, sustenta que as populações indígenas na América do Sul são simultaneamente vítimas do genocídio e do

etnocídio. E a partir deste pressuposto expõe distinções importantes entre estes atos.

Clastres sustenta que se o genocídio pressupõe a ideia de “raça” e a vontade de extermínio de uma minoria racial, o etnocídio apontaria não para a destruição física, mas para o extermínio de sua cultura. Nesse sentido, o etnocídio é a destruição de modos de vida e pensamento de povos distintos daqueles que praticam esta destruição. Se o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito. É uma morte diferente, uma espécie de *morte em vida, morrer em vida*[38].

O aspecto comum entre genocídio e etnocídio seria uma visão idêntica do Outro, como uma má-diferença. Mas enquanto o genocida puramente nega aquele que é distinto, exterminando-o porque é absolutamente mau, o etnocida admitiria a relatividade deste mal na diferença; os outros são maus, mas poderão ser melhorados, aperfeiçoados, desde que sejam *obrigados a se transformar até se tornarem corpos idênticos ao modelo imposto*[39]. A negação etnocida do outro conduz a uma identificação a si[40].

Além de expor estas considerações, Clastres refere que o horizonte em que se destacam o espírito e a prática do etnocídio pode ser entendido a partir de dois elementos: o primeiro seria a *hierarquia das culturas*, ou seja, as superiores e as inferiores; o segundo seria a afirmação da *superioridade absoluta da cultura ocidental*. Esta mantém com as outras culturas uma relação de negação[41]. Contudo, no etnocídio, seria uma espécie de negação positiva, visando suprimir o inferior e lançá-lo à condição de “superior”, com base no etnocentrismo (condição de avaliar as diferenças pela sua própria cultura). Levando em conta estes critérios, portanto, distingue-se e se estabelece o elo comum entre estas práticas violentas.

Nesse sentido, pode-se dizer que o etnocídio exprime o extermínio dos traços culturais que identificam um grupo humano, mediante a integração violenta ao projeto ideológico do agressor/repressor. Medidas como a supressão da língua, da religião e da cultura de um povo, e a imposição da língua, religião ou cultura do agressor/repressor mediante ações violentas são os aspectos básicos da prática do etnocídio; ressalte-se que a memória coletiva é o vínculo mais importante da identidade nacional, e a primeira a ser ameaçada durante um processo de etnocídio[42]. Este visa a integração total das vítimas ao projeto totalizante do agente, suprimindo toda a espécie de diferença comunitária.

Cabe ressaltar que no etnocídio ocorre um processo de desumanização, devido à relação entre cultura inferior e superior. E este processo de desumanização está ancorado em um aspecto importante: a desumanização da vítima é relacionada com seu corpo[43]. O corpo sempre exprime uma cultura. Através de seu corpo, a vítima sofre, com sua dor, a exteriorização de um projeto violento. É na

corporalidade que os seres humanos manifestam seu contato com o mundo e com os outros seres humanos e, no caso do etnocídio, a desumanização por que passa a vítima atravessa obrigatoriamente seu corpo[44]. A violação de sua integridade físico-psíquica (de sua corporalidade) está no cerne do processo de desumanização, característico do etnocídio. Este afeta profundamente a mente e o espírito de um povo[45]. O genocídio é dar a morte a um povo inteiro com a intenção de fazê-lo desaparecer. Porém o mundo invisível em que desaparece fica fora de alcance, e o povo imolado pode crer que recomeçará uma nova vida em seus santuários inviolados. No entanto, o etnocídio é mais radical: é a pilhagem dos santuários mesmos que asseguram a sobrevivência e a ligação dos vivos com os mortos e, portanto, posteriormente, o equilíbrio do mundo[46]. Provocando a morte da diversidade cultural, implica na morte do humano[47].

Após abordar estas linhas gerais sobre o etnocídio, passaremos a tratar da questão relativa à ideologia, característica por excelência do Estado do Grande Irmão de Orwell.

### **3. Sobre a ideologia**

Nestes próximos tópicos, nos limitamos a analisar a ideologia em seu aspecto histórico, a concepção marxista de ideologia e a visão arendtiana. Trata-se de uma breve abordagem que nos auxiliará na compreensão da ideologia política do Estado do Grande Irmão da obra de George Orwell, bem como de que forma esta ideologia serve como instrumento para a prática do etnocídio.

#### **3.1. Histórico do termo**

O termo *ideologia* aparece pela primeira vez na França, após a Revolução Francesa (1789), no início do século XIX, em 1801, no livro de Destutt de Tracy, denominado *Elementos de Ideologia*. Nesta obra, o autor pretendia elaborar uma ciência da gênese das ideias, tratando-as como fenômenos naturais que exprimem a relação do corpo humano, enquanto organismo vivo, com o meio ambiente. Neste livro, o autor ainda elabora uma teoria sobre as faculdades sensíveis, responsáveis pela formação de nossas ideias: querer (vontade), julgar (razão), sentir (percepção) e recordar (memória)[48].

Cabe salientar que de Tracy, juntamente com um grupo de pensadores como Cabanis, de Gérando e Volney, conhecidos como ideólogos franceses, eram antiteológicos, antimetafísicos e antimonárquicos. Eram críticos a toda explicação sobre uma origem invisível e espiritual das ideias humanas e inimigos do poder absoluto dos reis. Eram ainda materialistas, pois admitiam apenas causas naturais físicas para as ideias e as ações humanas; somente aceitavam conhecimentos científicos baseados na observação dos fatos e na experimentação[49].



O termo ideologia volta a ser empregado com um sentido próximo ao do grupo de ideólogos franceses pelo filósofo Auguste Comte, em seu *Curso de Filosofia Positiva*. O termo, agora, possui dois significados: por um lado, a ideologia continua sendo aquela atividade filosófico-científica que estuda a formação das ideias a partir da observação das relações entre o corpo humano e o meio ambiente, tomando como ponto de partida as sensações; por outro lado, ideologia passa a significar também o conjunto de ideias de uma época, tanto como “opinião geral” quanto no sentido de elaboração teórica dos pensadores dessa época[50].

Também vamos encontrar o termo “ideológico” no capítulo II do livro do sociólogo francês Émile Durkheim, *As Regras do Método Sociológico*. Este autor tem a intenção de criar a sociologia como ciência, isto é, como conhecimento racional, objetivo, observacional e necessário da sociedade. Para tanto, é preciso tratar o fato social como uma *coisa*, exatamente como o cientista da natureza trata os fenômenos naturais. Isso significa que a condição para uma sociologia científica é tomar os fatos sociais como desprovidos de interioridade, isto é, de significações e interpretações subjetivas, de modo a permitir que o sociólogo encare a realidade da qual participa como se não fizesse parte dela. Em outras palavras, a regra fundamental da objetividade científica é a separação entre sujeito de conhecimento e objeto de conhecimento, separação que garante a objetividade porque garante a neutralidade do cientista, que pode, assim, tratar relações sociais (relações entre seres humanos) como coisas diretamente observáveis e transparentes para o olhar do sociólogo. Assim, Durkheim chamará de ideologia todo conhecimento da sociedade que não respeite os critérios de objetividade[51].

Para este sociólogo, o ideólogo é um resto, uma sobra de ideias antigas, pré-científicas. Durkheim as considera pré-conceitos e pré-noções inteiramente subjetivas, individuais, “noções vulgares” ou fantasmas que o pensador acolhe porque fazem parte de toda tradição social em que está inserido. Segundo o autor, um sociólogo não científico assume uma postura ideológica. Por que ideológica? Por três motivos: em primeiro lugar, porque é subjetiva e tradicional, revelando que o pensador não tomou distância em relação à sociedade que vai estudar; em segundo lugar, porque, formando toda a bagagem de ideias prévias do cientista, suas pré-noções ou pré-conceitos, a ciência acaba indo das ideias aos fatos, quando deve ir dos fatos às ideias; e, em terceiro lugar, porque na falta de conceitos precisos o cientista usa palavras vazias e as substitui aos verdadeiros fatos que deveria observar. A ciência é substituída pela invenção pessoal e por seus caprichos; a arte ocupa o lugar da ciência (entendendo-se por arte a engenhosidade, e não, evidentemente, as “belas artes”)[52].

Para Durkheim, o grande princípio metodológico que permite tratar o fato social como coisa e liberar o cientista da ideologia é tomar sempre para objeto da investigação um grupo de fenômenos previamente isolados e definidos por



características exteriores que lhes sejam comuns e incluir na mesma investigação todos os que correspondem a essa definição. Assim, o fato social, convertido em coisa científica, nada mais é do que um dado previamente isolado, classificado e relacionado com outros por meio da semelhança ou constância das características externas. Esse objeto móvel, dado, acabado, é conhecido quando classificado, comparado e submetido a leis de frequência e de constância[53]. Passemos à concepção marxista de ideologia.

### **3.2. Concepção marxista de ideologia**

Aproximando-se da concepção marxista de ideologia, Marilena Chaui[54] define a mesma como

...um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (ideias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros de uma sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto, um conjunto de ideias ou representações com teor explicativo (ela pretende dizer o que é a realidade) e prático ou de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuí-las à divisão da sociedade em classes, determinada pelas divisões na esfera da produção econômica. Pelo contrário, a função da ideologia é ocultar a divisão social das classes, a exploração econômica, a dominação política e a exclusão cultural, oferecendo aos membros da sociedade o sentimento de uma mesma identidade social, fundada em referenciais unificadores como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Justiça, a Igualdade, a Nação.

Por meio da ideologia, são montados um imaginário e uma lógica da identificação social com a função precisa de ocultar a divisão social, ignorar a contradição, escamotear a exploração e a exclusão, dissimular a dominação e esconder a presença do particular, enquanto particular, dando-lhe a aparência do universal. *A ideologia é o exercício da dominação social e política por meio das ideias.* Não é um ideário, mas o conjunto das ideias da classe dominante de uma sociedade e que não se apresenta como tal, e sim oculta essa particularidade, apresentando-se como se valesse para todas as classes sociais[55].

Como exemplo, podemos citar a ideologia burguesa, a qual afirma que o salário é o preço justo ou o pagamento justo do trabalho. Ora, uma vez que o capital só pode acumular-se e reproduzir-se se houver uma fonte que o faça crescer, e uma vez que essa fonte é o trabalho, cabe perguntar como o capital poderia pagar um salário justo, pois é a parte não paga do trabalho que constitui a condição de existência e crescimento do capital. Se, portanto, preenchêssemos as lacunas da frase “o salário é o pagamento justo do trabalho”, dizendo o que são o trabalho, o salário e o capital, essa frase perderia a coerência e se autodestruiria[56].

A ideologia burguesa, através de seus intelectuais, produz ideias que impedem de se compreender a relação de exploração econômica e de dominação política, como por exemplo, fazendo com que os homens creiam que são desiguais por natureza e por talentos, ou que são desiguais por desejo próprio, isto é, os que honestamente trabalham enriquecem, e os preguiçosos empobrecem. Ou então faz com que creiam que são desiguais por natureza, mas que a vida social, permitindo a todos o direito de trabalhar, lhes dá iguais chances de melhorar – ocultando, assim, que os que trabalham não são senhores de seu trabalho e que, portanto, suas “chances de melhorar” não dependem deles, mas de quem possui os meios e as condições de trabalho. Ou, ainda, faz com que os homens creiam que são desiguais por natureza e pelas condições sociais, mas que são iguais perante a lei e perante o Estado, escondendo que a lei foi feita pelos dominantes e que o Estado é instrumento dos dominantes[57].

Cabe salientar que na concepção marxista de ideologia é impossível compreender a origem e a função da ideologia sem compreender a luta de classes, pois a ideologia é um dos instrumentos da dominação de classe e uma das formas da luta de classes. A ideologia é um dos meios usados pelos dominantes para exercer a dominação, fazendo com que esta não seja percebida como tal pelos dominados[58].

Para Chauí, a peculiaridade da ideologia, e que a transforma numa força quase impossível de remover, decorre dos seguintes aspectos[59]:

- 1) O que torna a ideologia possível, isto é, a suposição de que as ideias existem em si e por si mesmas desde toda a eternidade, é a separação entre trabalho material e trabalho intelectual, ou seja, a separação entre trabalhadores e pensadores. Portanto, enquanto esses dois trabalhos estiverem separados, enquanto o trabalhador for aquele que “não pensa” ou que “não sabe pensar”, e o pensador for aquele que trabalha, a ideologia não perderá sua existência nem sua função;

2) O que torna objetivamente possível a ideologia é o fenômeno da alienação, isto é, o fato de que, no plano da experiência vivida e imediata, as condições reais de existência social dos homens não lhes apareçam como produzidas por eles, mas, ao contrário, eles se percebem produzidos por tais condições e atribuam a origem da vida social a forças ignoradas, alheias às suas, superiores e independentes (deuses, Natureza, Razão, Estado, destino, etc), de sorte que as ideias quotidianas dos homens representem a realidade de modo invertido e sejam conservadas nessa inversão, vindo a constituir os pilares para a construção da ideologia. Portanto, enquanto não houver um conhecimento da história real, enquanto a teoria não mostrar o significado da prática imediata dos homens, enquanto a experiência comum de vida for mantida sem crítica e sem pensamento, a ideologia se manterá;

3) O que torna possível a ideologia é a luta de classes, a dominação de uma classe sobre outras. Porém, o que faz da ideologia uma força quase impossível de ser destruída é o fato de que a dominação real é justamente aquilo que a ideologia tem por finalidade ocultar. Em outras palavras, a ideologia nasce para fazer com que os homens criem que suas vidas são o que são em decorrência da ação de certas entidades (a Natureza, os deuses ou Deus, a Razão ou a Ciência, a Sociedade, o Estado), que existem em si e por si e às quais é legítimo e legal que se submetam. Ora, como a experiência vivida imediata e a alienação confirmam tais ideias, a ideologia simplesmente cristaliza em “verdades” a visão invertida do real. Seu papel é fazer com que no lugar dos dominantes apareçam ideias “verdadeiras”. Seu papel é o de fazer com que os homens criem que tais ideias representam efetivamente a realidade. E, enfim, também é seu papel fazer com que os homens criem que essas ideias são autônomas (não dependem de ninguém) e representam realidades autônomas (não foram feitas por ninguém).

Para tanto, pode-se afirmar que a ideologia na acepção marxista é resultado da luta de classes e que tem por função esconder a existência dessa luta. Podemos acrescentar que o poder ou eficácia da ideologia aumentam quanto maior for sua capacidade para ocultar a origem da divisão social em classes e a luta de classes[60].

No significado genérico de ideologia dado por Marx, prevalece o sentido negativo, de esconder a divisão injusta da sociedade. Portanto, para Marx, ideologia era o termo atribuído à concepção de mundo da classe dominante, imposta sobre a dominada[61]. Contudo, tem-se outras concepções de ideologia, vinculadas à teoria marxista.

Embora Marx não se referisse ao socialismo como ideologia, pensadores marxistas posteriores o fizeram. Lênin (1870-1924), ao analisar a intensificação da luta de classes, disse que também o proletariado tinha uma ideologia. Nesse caso, o conceito perde a conotação negativa, porque o que está em questão são os interesses de classe a que a ideologia serve. Também o marxista Lukács (1885-1971) caracterizou o materialismo histórico como a expressão ideológica do proletariado no esforço de se libertar[62].

O filósofo italiano Antonio Gramsci (1891-1937), reconhecendo o sentido pejorativo de ideologia, dizia ser importante não considerar de antemão toda ideologia como arbitrária e, portanto, inútil para transformar a realidade. Segundo Gramsci, pode-se dar ao conceito de ideologia o significado mais alto de uma concepção de mundo que se manifesta implicitamente na arte, no direito, na atividade econômica, em todas as manifestações de vida individuais e coletivas e que tem por função conservar a unidade do bloco social. Em um primeiro momento, portanto, a ideologia teria a função positiva de atuar como cimento da estrutura social, quando, incorporada como senso comum, ajudaria a estabelecer o consenso, conferindo hegemonia a uma determinada classe que assume o poder, como aconteceu com a burguesia, na luta contra os privilégios da nobreza[63].

Para Louis Althusser (1918-1990), a ideologia é disseminada pelos mais diferentes canais da sociedade – família, escola, empresa, igreja, quartel, meios de comunicação de massa –, responsáveis pela sua reprodução. Esse filósofo francês partiu da concepção marxista segundo a qual o Estado aparece como defensor do bem comum, mas na verdade representa os interesses da classe dominante, cujos valores mantém ao garantir a ordem vigente, reproduzindo as condições adequadas ao capitalismo[64].

Althusser distingue no Estado dois tipos de aparelho:

1) O *aparelho repressivo de Estado*, que compreende: governo, administração, exército, polícia, tribunais, prisões, etc., e chama-se repressivo porque funciona pela violência;

2) O *aparelho ideológico de Estado*, que é composto por uma pluralidade de instituições da sociedade civil que funciona não mais pela repressão, mas pela ideologia, veiculando as ideias e os valores que interessam à classe dominante. São

elas as instituições religiosa, escolar, familiar, jurídica, política, sindical, de informação (imprensa, rádio, TV, etc), cultural (letras, belas artes, esportes, etc)[65].

O filósofo alemão Jurgen Habermas (1929), inicialmente vinculado à escola de Frankfurt, deve muito de suas ideias ao marxismo. No entanto, não deixa de ser um crítico dessa teoria, à luz das transformações ocorridas no capitalismo, decorrentes da sociedade industrial avançada nos últimos cem anos. Ao analisar o sistema tecnocrático, com seu batalhão crescente de administradores e especialistas, constatou que suas decisões, justificadas em termos técnicos, conferem-lhes uma aparência não-ideológica. No seu entender, porém, apesar de a consciência tecnocrática se impor em nome da economia e da eficiência, é possível identificar seu caráter ideológico[66].

Se a interação humana se acha distorcida, na medida em que a ideologia produz relações assimétricas na sociedade, será preciso resgatá-la por meio da ação comunicativa. A novidade do seu pensamento está no fato de que o conhecimento da realidade não se restringe à relação sujeito-objeto nem tem como finalidade agir sobre a natureza e dominá-la. Ampliando essa noção, conhecer resulta do entendimento com outros sujeitos sobre o que pode significar “conhecer objetos” ou “agir sobre eles”. O que está em destaque é o entendimento intersubjetivo que se estabelece em uma comunidade comunicativa[67].

O próprio Habermas reconhece as dificuldades em implantar esse processo na sociedade autoritária, uma vez que a interação comunicativa supõe que todos os membros da sociedade tenham igual oportunidade de usar a palavra e que, portanto, a discussão esteja livre da manipulação e da prepotência. Ou seja: precisamos viver em uma real democracia[68].

### **3.3. Ideologia e terror: a concepção arendtiana**

A relação entre a ideologia e o terror parece determinante, estando na própria base do sistema totalitário e, por consequência, na obra de Orwell. A ideologia (isto é, a lógica de uma ideia) pretende se impor a todos pelo terror e, em contrapartida, o terror justifica todos os crimes em nome da ideologia[69]. Passemos à compreensão da visão de Hannah Arendt acerca deste tema.

Os habitantes de um país totalitário são arremessados e engolfados num processo da natureza ou da história para que se acelere o seu movimento; como tal, só podem ser carrascos ou vítimas da sua lei inseparável. O processo pode decidir que aqueles que hoje eliminam raças e indivíduos ou membros das classes agonizantes e dos povos decadentes serão amanhã os que devam ser imolados. Aquilo de que o sistema totalitário precisa para guiar a conduta dos seus súditos é um preparo para que cada um se ajuste igualmente bem ao papel de carrasco ou



de vítima. Essa preparação bilateral, que substitui o princípio de ação, é a *ideologia*[70].

As ideologias – os ismos que podem explicar, a contento dos seus aderentes, toda e qualquer ocorrência a partir de uma única premissa – são fenômeno muito recente e, durante várias décadas, tiveram papel insignificante na vida política. Somente agora, com a vantagem que nos dá o seu estudo retrospectivo, podemos descobrir elementos que as tornaram tão perturbadoramente úteis para o governo totalitário. As grandes potencialidades das ideologias não foram descobertas de Hitler e de Stálin[71].

Para Arendt, as ideologias são notórias por seu caráter científico: combinam a atitude científica com resultados de importância filosófica, e pretendem ser uma filosofia científica. A palavra “ideologia” parece sugerir que uma ideia pode tornar-se o objeto do estudo de uma ciência, como os animais são objeto de estudo na zoologia, e que o sufixo *-logia* da palavra ideologia, como em zoologia, indica nada menos que os *logoi* – os discursos científicos que se fazem a respeito da ideia. Se isso fosse verdadeiro, a ideologia seria realmente uma pseudociência e uma pseudofilosofia, violando ao mesmo tempo os limites da ciência e da filosofia. O deísmo, por exemplo, passaria a ser a ideologia que trata da ideia de Deus, da qual se ocupa a filosofia, à maneira científica da teologia, para a qual Deus é uma realidade revelada. (Uma teologia que não se baseasse na revelação como realidade admitida, mas tratasse Deus como ideia, seria tão louca como uma zoologia que já não estivesse segura da existência física e tangível dos animais.) Contudo, a autora refere que isso é apenas parte da verdade. O deísmo, embora negue a revelação divina, não faz meras afirmações “científicas” a respeito de um Deus que é apenas uma “ideia”, mas usa a ideia de Deus para explicar os destinos do mundo. As “ideias” dos ismos – a raça no racismo, Deus no deísmo, etc. – nunca constituem o objeto das ideologias, e o sufixo *-logia* nunca indica simplesmente um conjunto de postulados “científicos”[72].

Uma ideologia seria bem literalmente o que seu nome indica: *é a lógica de uma ideia*. O seu objeto de estudo é a história, à qual a “ideia” é aplicada; o resultado dessa aplicação não é um conjunto de postulados acerca de algo que *é*, mas a revelação de um processo que está em constante mudança. A ideologia trata o curso dos acontecimentos como se seguisse a mesma “lei” adotada na exposição lógica da sua “ideia”. As ideologias pretendem conhecer os mistérios de todo o processo histórico – os segredos do passado, as complexidades do presente, as incertezas do futuro – em virtude da lógica inerente de suas respectivas ideias.[73]

As ideologias nunca estão interessadas no milagre do ser. São históricas, interessadas no vir-a-ser e no morrer, na ascensão e queda das culturas, mesmo que busquem explicar a história através de alguma “lei da natureza”. A palavra



“raça” no racismo não significa qualquer curiosidade genuína acerca das raças humanas como campo de exploração científica, mas é a “ideia” através da qual o movimento da história é explicado como um único processo coerente[74].

A “ideia” de uma ideologia não é a essência eterna de Platão, vislumbrada pelos olhos da mente, nem o princípio regulador da razão, de Kant, mas passa a ser instrumento de explicação. Para uma ideologia, a história não é vista à luz de uma ideia (o que significaria ver a história sob forma de alguma eternidade ideal que, por si, está além do movimento histórico), mas como algo que pode ser calculado por ela. O que torna a “ideia” capaz dessa nova função é a sua própria “lógica”, que é um movimento decorrente da própria “ideia” e dispensa qualquer fator externo para colocá-la em atividade. O racismo é a crença de que existe um movimento inerente da própria ideia de raça, tal como o deísmo é a crença de que existe um movimento inerente da própria noção de Deus[75].

O movimento da história e o processo lógico da noção de história supostamente correspondem um ao outro, de sorte que o que quer que aconteça, acontece segundo a lógica de uma “ideia”. Mas o único movimento possível no terreno da lógica é o processo de dedução a partir de uma premissa. Nas mãos de uma ideologia, a lógica dialética, com seu processo de ir da tese, através da antítese, para a síntese, que por sua vez se torna a tese do próximo movimento dialético, não difere em princípio; a primeira tese passa a ser a premissa, e a sua vantagem para a explicação ideológica é que esse expediente dialético pode fazer desaparecer as contradições factuais, explicando-se como estágios de um só movimento coerente e idêntico[76].

Assim que se aplica a uma ideia a lógica como movimento de pensamento – e não como o necessário controle do ato de pensar – essa ideia se transforma em premissa. As explicações ideológicas do mundo realizaram essa operação muito antes que ela se tornasse tão eminentemente útil para o raciocínio totalitário. A coerção puramente negativa da lógica, a proibição das contradições, passou a ser “produtiva”, de modo que se podia criar toda uma linha de pensamento e forçá-la sobre a mente, pelo fato de se tirarem conclusões através da mera argumentação. Esse processo argumentativo não podia ser interrompido nem por uma nova ideia (que teria sido outra premissa com um diferente conjunto de consequências) nem por uma nova experiência. As ideologias pressupõem sempre que uma ideia é suficiente para explicar tudo no desenvolvimento da premissa, e que nenhuma experiência ensina coisa alguma porque tudo está compreendido nesse coerente processo de dedução lógica. O perigo de trocar a necessária insegurança do pensamento filosófico pela explicação total da ideologia e por sua *Weltanschauung* não é tanto o risco de ser iludido por alguma suposição geralmente vulgar e sempre destituída de crítica quanto o de trocar a liberdade

inerente da capacidade humana de pensar pela camisa-de-força da lógica, que pode subjugar o homem quase tão violentamente quanto uma força externa[77].

As *Weltanschauungen* e ideologias do século XIX não constituem por si mesmas o totalitarismo. Embora o racismo e o comunismo tenham se tornado as ideologias decisivas do século XX, não eram, em princípio, “mais totalitárias” do que outras; isso aconteceu porque os elementos da experiência nos quais originalmente se baseavam – a luta entre as raças pelo domínio do mundo, e a luta de classes pelo poder político nos respectivos países – vieram a ser politicamente mais importantes que os das outras ideologias. Nesse sentido, a vitória ideológica do racismo e do comunismo sobre todos os outros ismos já estava definida antes que os movimentos totalitários se apoderassem precisamente dessas ideologias. Por outro lado, todas as ideologias contêm elementos totalitários, mas estes só se manifestam inteiramente através de movimentos totalitários – o que nos dá a falsa impressão de que somente o racismo e o comunismo são de caráter totalitário. Mas, no fundo, é a verdadeira natureza de todas as ideologias que se revelou no papel que a ideologia desempenhou no mecanismo do domínio totalitário. Vistas desse ângulo, surgem três elementos especificamente totalitários, peculiares de todo pensamento ideológico[78].

Em primeiro lugar, na pretensão de explicação total, as ideologias têm a tendência de analisar não o que é, mas o que vem a ser, o que nasce e passa. Em todos os casos, elas estão preocupadas unicamente com o elemento de movimento, isto é, a história no sentido corrente da palavra. As ideologias sempre se orientam na direção da história, mesmo quando, como no caso do racismo, parecem partir da premissa da natureza; nesse caso, a natureza serve apenas para explicar as questões históricas e reduzi-las a elementos da natureza. A pretensão de explicação total promete esclarecer todos os acontecimentos históricos – a explanação total do passado, o conhecimento total do presente e a previsão segura do futuro[79].

Em segundo lugar, o pensamento ideológico, nessa capacidade, liberta-se de toda experiência da qual não possa aprender nada de novo, mesmo que se trate de algo que acaba de acontecer. Assim, o pensamento ideológico emancipa-se da realidade que percebemos com os nossos cinco sentidos e insiste na realidade “mais verdadeira” que se esconde por trás de todas as coisas perceptíveis, que as domina a partir desse esconderijo e exige um sexto sentido para que possamos percebê-la. O sexto sentido é fornecido exatamente pela ideologia, por aquela doutrinação ideológica particular que é ensinada nas instituições educacionais, estabelecidas exclusivamente para esse fim, para treinar “soldados políticos” nas *Ordensburgen* do nazismo ou nas escolas do Comintern e do Cominform. A propaganda do movimento totalitário serve também para libertar o pensamento da experiência e da realidade; procura sempre injetar um significado secreto em cada evento público tangível e farejar intenções secretas atrás de cada ato político

público. Quando chegam ao poder, os movimentos passam a alterar a realidade segundo as suas afirmações ideológicas. O conceito de inimidade é substituído pelo conceito de conspiração, e isso produz uma mentalidade na qual já não se experimenta e se compreende a realidade em seus próprios termos – a verdadeira inimidade ou a verdadeira amizade – mas automaticamente se presume que ela significa outra coisa[80].

Em terceiro lugar, como as ideologias não têm o poder de transformar a realidade, conseguem libertar o pensamento da experiência por meio de certos métodos de demonstração. O pensamento ideológico arruma os fatos sob a forma de um processo absolutamente lógico, que se inicia a partir de uma premissa aceita axiomáticamente, tudo mais sendo deduzido dela; isto é, age com uma coerência que não existe em parte alguma no terreno da realidade. A dedução pode ser lógica ou dialética: num caso ou no outro, acarreta um processo de argumentação que, por pensar em termos de processos, supostamente pode compreender o movimento dos processos sobre-humanos, naturais ou históricos. Atinge-se a compreensão pelo fato de a mente imitar, lógica ou dialeticamente, as leis dos movimentos “cientificamente” demonstrados, aos quais ela se integra pelo processo de imitação. A argumentação ideológica, sempre uma espécie de dedução lógica, corresponde aos dois elementos das ideologias que foram mencionados acima – o elemento do movimento e o elemento da emancipação da realidade e da experiência –, primeiro, porque o movimento do pensamento não emana da experiência, mas gera-se a si próprio e, depois, porque transforma em premissa axiomática o único ponto que é tomado e aceito da realidade verificada, deixando, daí em diante, o subsequente processo de argumentação inteiramente a salvo de qualquer experiência ulterior. Uma vez que tenha estabelecido a sua premissa, o seu ponto de partida, a experiência já não interfere com o pensamento ideológico, nem este pode aprender com a realidade[81].

O expediente que ambos os governantes totalitários usaram para transformar suas respectivas ideologias em armas, com as quais cada um dos seus governados podia obrigar-se a entrar em harmonia com o movimento do terror, era enganadoramente simples e imperceptível: levavam-nas mortalmente a sério e orgulhavam-se, um, do seu supremo dom de “raciocínio frio como o gelo” (Hitler), e o outro, da “impiedade de sua dialética” (Stálin), e passaram a levar as implicações ideológicas aos extremos da coerência lógica que, para o observador, pareciam despropositadamente “primitivos” e absurdos: a “classe agonizante” consistia em pessoas condenadas à morte; as raças “indignas de viver” eram pessoas que iam ser exterminadas. Quem concordasse com a existência de “classes agonizantes” e não chegasse à consequência de matar os seus membros, ou com o fato de que o direito de viver tinha algo a ver com a raça e não deduzisse que era necessário matar as “raças incapazes”, evidentemente era ou estúpido ou covarde. Essa lógica

persuasiva como guia da ação impregna toda a estrutura dos movimentos e governos totalitários. Deve-se exclusivamente a Hitler e a Stálin, que, embora não acrescentassem um único pensamento novo às ideias e aos *slogans* de propaganda dos seus movimentos, só por isso merecem ser considerados ideólogos da maior importância[82].

Esses novos ideólogos totalitários distinguiram-se dos seus predecessores por já não serem atraídos basicamente pela “ideia” da ideologia – a luta de classes e a exploração dos trabalhadores, ou a luta de raças e a proteção dos povos germânicos – mas sim pelo processo lógico que dela pode ser deduzido. Segundo Stálin, nem a ideia nem a oratória mas “a força irresistível da lógica subjogava completamente o público” (de Lênin). Verificou-se que a força, que Marx julgava surgir quando a ideia se apossava das massas, residia não na própria ideia, mas no seu processo lógico, que, ‘como um poderoso tentáculo, nos aperta por todos os lados, como um torno, e de cujo controle não temos a força de sair; ou nos entregamos, ou nos resignamos à mais completa derrota’[83]. Essa força somente se manifesta quando está em jogo a realização dos objetivos ideológicos, a sociedade sem classes (no caso do comunismo) ou a raça dominante (no caso do nazismo). No processo da realização, a substância original que servia de base às ideologias no tempo em que buscavam atrair as massas – a exploração dos trabalhadores ou as aspirações nacionais da Alemanha – gradualmente se perde, como que devorada pelo próprio processo: em perfeita consonância com o “raciocínio frio” e a “irresistível força da lógica”, os trabalhadores perderam, sob o domínio bolchevista, até mesmo aqueles direitos que haviam tido sob a opressão czarista, e o povo alemão sofreu um tipo de guerra que não tinha a mais leve ligação com as necessidades humanas de sobrevivência da nação alemã. É da natureza das políticas ideológicas – e não simples traição cometida em benefício do egoísmo ou do desejo de poder – que o verdadeiro conteúdo da ideologia (a classe trabalhadora ou os povos germânicos), que originalmente havia dado azo à “ideia” (a luta de classes como lei da história, ou a luta de raças como lei da natureza), seja devorado pela lógica com que a “ideia” é posta em prática[84].

O preparo das vítimas e dos carrascos, que o totalitarismo requer em lugar do princípio de ação de Montesquieu, não é a ideologia em si – o racismo ou o materialismo dialético –, mas a sua lógica inerente. Nesse ponto, o argumento mais persuasivo – argumento muito do gosto de Hitler e de Stálin – é: não se pode dizer A sem dizer B e C, e assim por diante, até o fim do mortífero alfabeto. Parece ser esta a origem da força coerciva da lógica: emana do nosso pavor à contradição. Quando o expurgo bolchevista faz com que as vítimas confessem delitos que nunca cometeram, confia principalmente nesse medo básico e argumenta da seguinte forma: todos concordamos com a premissa de que a história é uma luta de classes e com o papel do Partido nessa luta. Sabemos, portanto, que, do ponto de vista

histórico, o Partido sempre tem razão (nas palavras de Trótski, 'só podemos ter razão com o Partido e através dele, pois a história não nos concede outro meio de termos razão'). Nesse momento histórico, que obedece à lei da história, certos crimes certamente serão cometidos, e o Partido, conhecendo a lei da história, deve puni-los. Para esses crimes, o Partido necessita de criminosos; pode suceder que o Partido, conhecendo os crimes, não conheça inteiramente os criminosos; porém, mais importante que ter certeza quanto aos criminosos é punir os crimes, porque, sem essa punição, a História não poderia progredir, e até mesmo o seu curso poderia ser tolhido. Tu, portanto, ou cometeste os crimes ou foste convocado pelo Partido para desempenhar o papel de criminoso – de qualquer forma, é objetivamente um inimigo do Partido. Se não confessares, deixarás de ajudar a História através do Partido, e te tornarás um verdadeiro inimigo. A força coerciva do argumento é: se te recusas, te contradizes e, com essa contradição toda a tua vida perde o sentido; pois o A que pronunciaste domina toda a tua vida através das consequências do B e do C que se lhe seguem logicamente[85].

Para a limitada mobilização das pessoas, que nem ele pode dispensar, o governante totalitário conta com a compulsão que nos impele para a frente; essa compulsão interna é a tirania da lógica, contra a qual nada se pode erguer senão a grande capacidade humana de começar algo novo. A tirania da lógica começa com a submissão da mente à lógica como processo sem fim, no qual o homem se baseia para elaborar os seus pensamentos. Através dessa submissão, ele renuncia à sua liberdade interior, tal como renuncia à liberdade de movimento quando se curva a uma tirania externa. A liberdade, como capacidade interior do homem, equivale à capacidade de começar, do mesmo modo que a liberdade como realidade política equivale a um espaço que permita o movimento entre os homens. Contra o começo, nenhuma lógica, nenhuma dedução convincente pode ter qualquer poder, porque o processo da dedução pressupõe o começo sob forma de premissa. Tal como o terror é necessário para que o nascimento de cada novo ser humano não dê origem a um novo começo que imponha ao mundo a sua voz, também a força autocoerciva da lógica é mobilizada para que ninguém jamais comece a pensar – e o pensamento, como a mais livre e a mais pura das atividades humanas, é exatamente o oposto do processo compulsório de dedução. O governo totalitário só se sente seguro na medida em que pode mobilizar a própria força de vontade do homem para forçá-lo a mergulhar naquele gigantesco movimento da História ou da Natureza que supostamente usa a humanidade como material e ignora nascimento ou morte[86].

Por um lado, a compulsão do terror total – que, com o seu cinturão de ferro, comprime as massas de homens isolados umas contra as outras e lhes dá apoio num mundo que para elas se tornou um deserto – e, por outro, a força autocoerciva da dedução lógica – que prepara cada indivíduo em seu isolamento solitário contra



todos os outros – correspondem uma à outra e precisam uma da outra para acionar o movimento dominado pelo terror e conservá-lo em atividade. Do mesmo modo como o terror, mesmo em sua forma pré-total e meramente tirânica, arruína todas as relações entre os homens, também a autocompulsão do pensamento ideológico destrói toda relação com a realidade. O preparo triunfa quando as pessoas perdem o contato com os seus semelhantes e com a realidade que as rodeia; pois, juntamente com esses contatos, os homens perdem a capacidade de sentir e de pensar. O súdito ideal do governo totalitário não é o nazista convicto nem o comunista convicto, mas aquele para quem já não existe a diferença entre o fato e a ficção (isto é, a realidade da experiência) e a diferença entre o verdadeiro e o falso (isto é, os critérios do pensamento)[87]. Passemos a buscar compreender como a ideologia política do Grande Irmão se relaciona com o fenômeno do etnocídio.

#### **4. Considerações sobre a obra *1984* de George Orwell e sua relação com o etnocídio**

Nesta parte do trabalho, passaremos a destacar como determinados fatos descritos na obra *1984* configuram o etnocídio, sobretudo como uma ideologia política pode ser objeto desta prática. Por primeiro, será apresentado uma contextualização, na história, da obra do autor, seguindo pela sua biografia. A seguir, serão apresentadas as características principais da obra e, posteriormente, abordar-se-á como a obra *1984* é marcada pelo contexto do etnocídio, salientando três exemplos de configuração desta forma de violência: a imposição da novilíngua, a tortura e conversão de Winston à ideologia do Grande Irmão, e a conversão de Julia.

##### **4.1. Contextualização e biografia do autor**

Quando a obra *1984* começa a ser escrita, em 1947, e quando se publica (1949), a Europa segue recuperando-se da situação vivida durante a Segunda Guerra Mundial. Tem passado poucos anos desde o fim daquela guerra, iniciada pela Alemanha Nazi, que deixou episódios tais como o Holocausto ou o uso de armas nucleares e que submeteram a Europa a um duro estado de desconcerto, sofrimento e pobreza. Uma das consequências da guerra foi a distinção de duas superpotências que dividiram o mundo em dois eixos: Estados Unidos (eixo capitalista junto com Europa Ocidental) e a União Soviética (eixo comunista junto com Europa Oriental)[88].

Assim, a Segunda Guerra Mundial trouxe consigo o medo aos movimentos totalitários. Este medo, que seguia arraigado, se incrementou com o início de uma guerra entre as duas superpotências conhecida como Guerra Fria, que começou praticamente com o fim da Segunda Guerra Mundial, ainda que as tensões entre as potências vinham de antes, e que duraria até a dissolução da União Soviética[89].



O Reino Unido também teve um papel neste conflito. O medo ao comunismo no Reino Unido por parte do governo crescia. Os intelectuais de esquerda apoiavam este movimento e isto conduziu a um movimento massivo de propaganda antissoviética que se emitia através dos meios de comunicação e outros meios, como os discursos políticos. Ademais, o país passava por um período de crise econômica que repercutia na indústria de guerra e defesa, e incrementava o medo de que o inimigo comunista adentrasse nas colônias britânicas. Este momento de debilidade fez o país perder o status de “grande poder”. Em definitivo, o Reino Unido se viu rodeado por um inimigo poderoso que avançava pelo leste. As consequências mais notáveis desta situação para o Reino Unido foi o medo ao idealismo político[90].

Na esteira destes acontecimentos, George Orwell se aventurou a escrever a novela distópica *1984*, que tratava das preocupações com a sociedade em que vivia. Orwell escolheu o cenário da Inglaterra e a cidade de Londres no futuro, para especular sobre uma possível sociedade dominada por um regime totalitário[91].

A interpretação da obra foi bastante variada, já que os críticos não entravam em acordo com os temas sobre os quais o texto fazia uma reflexão. Assim, alguns consideravam que o texto era uma crítica do capitalismo, totalitarismo, socialismo, tecnologia moderna, propaganda de massa, o partido trabalhista britânico, os intelectuais ingleses, a Guerra Fria, as armas nucleares, e a isolamento e anomia da vida moderna. As diferentes possíveis interpretações conduziram os críticos a refletir sobre a orientação política do próprio autor que havia sido associada à esquerda da qual parecia distanciar-se. Assim, Orwell foi definido por adjetivos como anarquista, socialista desiludido ou um conservador reacionário. No entanto, apesar dos variados significados da novela, a maioria de críticos resumia que era um ataque à União Soviética e ao comunismo, devido à data de sua publicação que coincidia com o apogeu da Guerra Fria, e inclusive ao socialismo em geral[92].

Não obstante, o pensamento de Orwell não se separava totalmente do marxismo. Atacava o sistema de classes, o imperialismo e defendia a igualdade econômica. No entanto, afirmava que o regime de União Soviética não era socialismo nem marxismo, senão outra forma, sem valores morais, do sistema capitalista. É possível que esta visão antissoviética do escritor conduzisse a uma redução de sua novela a simplesmente uma crítica do comunismo da União Soviética[93].

Devido a esta oposição ao marxismo e em que pese o fato de que Orwell seguia sendo considerado membro dos intelectuais de esquerda, o texto foi utilizado por ambos os extremos como propaganda de seus respectivos pensamentos. Nos Estados Unidos, o texto se reproduziu massivamente e se utilizou para defender o capitalismo como “a causa do mundo livre”. Pelo contrário, na

União Soviética, *1984* sofreu a censura das autoridades. As cópias reduzidas que circulavam se vendiam como uma defesa do comunismo e uma exaltação das falhas do capitalismo e do fascismo, ainda que os contrários ao regime dentro da União Soviética também viam o texto como uma crítica exclusiva ao comunismo soviético[94].

Em definitivo, a intenção de Orwell era mostrar as possíveis consequências de uma sociedade regida por um governo totalitário, sem a necessidade de nomear um lado da balança a que pertencia este regime imaginário que o escritor representou através do Grande Irmão. Portanto, a associação exclusiva do sentido da novela à crítica ao comunismo ou do fascismo seria limitar seu significado, já que o que se reflete é o perigo de ambos os extremos, é dizer, de qualquer tipo de totalitarismo[95].

Para entender *1984* temos que conhecer a vida de George Orwell. Nascido em 1903 em Montihari (Índia), Eric Arthur Blair é filho de um funcionário do governo imperial. É enviado à Inglaterra, onde sua mãe, de origem anglo-francesa, lhe ensina sobre a leitura e desperta seus dotes literários: com a idade de cinco anos compõe um poema o qual mais tarde renegaria, aduzindo que se tratava de uma cópia do "Tigre, tigre", de William Blake. Após sua passagem pela escola de St. Cyprien obtém uma bolsa para estudar no colégio de Eton, em que Aldous Huxley foi seu professor de francês durante um curso. Sua origem humilde lhe traz problemas em ambos os centros, sempre no ponto de vista de seus companheiros mais classistas: é seu primeiro contato com a luta de classes. Renuncia a seguir estudos universitários e em 1922 se alista na Polícia Imperial, servindo na Birmânia durante cinco anos. Ali observa autênticas atrocidades por parte de seus companheiros de armas, o qual lhe leva a afirmar: "Quando o homem branco se converte em tirano, destrói sua própria liberdade"[96].

Sua renúncia à Polícia Imperial segue acompanhada por uma dupla renúncia: a seu nome (a partir de agora será conhecido pelo pseudônimo George Orwell: George, por São Jorge, patrono da Inglaterra; e Orwell, por um rio que conheceu em sua infância) e a sua classe social: passa uma década à beira da indigência, alternando a escrita com a vida entre as classes mais humildes. Fruto desta experiência é seu primeiro livro, *Sem branco em Paris e Londres* (1933). A paulatina aquisição de consciência social, que o tem levado a se distanciar das forças de ocupação imperiais para aproximar-se da pobreza, dá passo a uma nova etapa em que Orwell exerce o periodismo de denúncia. Até agora, Orwell tem vivido a situação das classes inferiores; a partir de agora consagra seu tempo a explicar e divulgar esta situação. Seu novo objetivo são os mineiros e obreiros desempregados de uma região industrial atrasada. Ao término do livro, *O caminho de Wigan Pier* (1936), Orwell radicaliza seu discurso. Descobre o socialismo. No

entanto, a ditadura do proletariado propugnada pelo comunismo soviético o inquieta: não deixa de ser uma ditadura[97].

Após contrair matrimônio com Eileen O'Shaughnessy, viaja à Espanha. O livro resultante, *Homenagem à Catalunha* (1938), sua obra de destaque, vai um passo além em seu discurso. Orwell viaja como periodista, porém se filia a uma milícia do POUM (Partido Obreiro de Unificação Marxista), de Andreu Nin e Joaquím Maurím, de raiz trotskista. É testemunha de uma série de fatos que transtornam suas convicções ideológicas. A experiência da autogestão coletivizadora na frente aragonesa, em um ponto a ponto entre trotskistas e anarquistas contrasta com os sucessos que presencia em 1937 em Barcelona. Ferido na frente, Orwell regressa a Barcelona. Durante sua convalescência, presencia um fato de guerra civil dentro da guerra civil. Os enfrentamentos armados entre o exército regular republicano (bem equipado pela União Soviética) e as milícias anarquista-trotskistas dão lugar a uma autêntica purga à maneira das soviéticas, e levam a um desarme das milícias. As convicções de Orwell sofrem duro revés. O comunismo ortodoxo, segundo ele, é outra forma de ditadura equiparável ao nazismo, duas caras da mesma moeda que não fazem senão despojar as classes trabalhadoras. A manipulação informativa e propagandística pode esquecer os fatos em Barcelona como se não houvessem existido. Nada diferencia o capitalismo do fascismo ou do estalinismo. Orwell já maneja os pontos centrais de *1984*[98].

A Segunda Guerra Mundial termina de oferecer-nos um quadro cabal das inquietudes político-literárias de Orwell. Durante o conflito é membro da Home Guard, colabora na BBC e é diretor literário do periódico *Tribune*. É, pois, um personagem de relevo na vida cultural britânica. Enquanto Londres padece dos bombardeios das V-2, Orwell escreve a *Revolução dos Bichos* (1945). Traz uma aparência de uma inofensiva fábula acerca dos animais que despojam o proprietário de uma granja e se lançam à autogestão da mesma, uma paródia definitiva do comunismo estalinista. O porco Mayor é uma imagem de Lênin, que antes de morrer marca as pautas a seguir até a definitiva libertação do jugo dos humanos (o capitalismo). Seus herdeiros, Napoleão (Stálin) e Bola de Neve (Trótski), terminam enfrentando-se pelo controle da granja[99].

Esta fábula mostra a progressiva degradação dos ideais revolucionários, o linchamento público da memória do porco traidor (Bola de Neve), a instauração da ditadura mais opressiva, a implantação de slogans (se passa do "quatro patas sim, dois pés não", identificando a classe animal, a "quatro patas sim, dois pés melhor", com o que se adverte para o abandono definitivo dos princípios revolucionários por parte da classe dirigente) e o ressentimento de Orwell contra um comunismo traidor de seus próprios ideais[100].

Ainda que Bernard Crick opine que a data de elaboração da obra date de 1945 e que em todo caso sua publicação demorou em função da escassez de papel, a tradição afirma que Orwell concluiu este livro no final de 1943. No entanto, teve que tentar por mais de um ano, de editor em editor, uma espécie de censura editorial: ninguém estava disposto a publicar um livro que era um ataque frontal à União Soviética, em um momento em que a mesma resultava a maior e melhor garantia de triunfo na guerra frente ao fascismo internacional. 'Qualquer crítica séria ao regime soviético, qualquer revelação de fatos que o governo russo prefira manter ocultos, não sairá à luz' escreve Orwell em seu ensaio "A liberdade de imprensa". 'Vemos, paradoxalmente, que não se permite criticar o governo soviético, ao passo que se é livre de fazer com o nosso. Será raro que alguém possa publicar um ataque contra Stálin, no entanto é muito frequente atacar Churchill desde qualquer classe de livro ou periódico'[101].

Este é George Orwell que, desencantado definitivamente com a classe política britânica (mais zelosa, segundo ele, de defender os comunistas soviéticos que a seus próprios políticos), com a censura exercida pelos meios de comunicação (fato que lhe leva a se demitir da BBC), com a vida mesma (sua mulher falece em 1945), com sua própria saúde (seus problemas de tuberculose se acentuam), elabora sua obra mais conhecida, seu testamento literário, a novela que marcou o devir da literatura fantástica de caráter político na segunda metade do século XX e, por que não, o devir da própria humanidade. Falece em 21 de janeiro de 1950, recém desposado com Sonia Brownel. Orwell já havia dito o que tinha que dizer[102]. Passemos às características gerais da obra *1984*.

#### **4.2. Aspectos gerais da obra**

Pode-se dizer que *1984* é uma obra distópica. A distopia seria o oposto à utopia. Se na utopia temos um lugar imaginário, que descreve um futuro estado feliz da humanidade, em que cada pessoa tem satisfeitas suas necessidades e existe um governo benévolo que provê todo o necessário, na distopia temos a descrição de uma sociedade opressiva e fechada em si mesma, geralmente sob o controle de um governo autoritário. A distopia é o pior dos mundos, a submissão definitiva e absoluta[103]. É o contrário do paraíso cristão ou dos mitos de felicidade eterna[104].

Durante os anos de entre guerras se produzem três obras fundamentais na chamada literatura distópica; três obras que à sua maneira influenciam *1984* e que constituem advertências muito sérias de quão terrível poderia chegar o futuro se o poder recair em mãos dispostas a cortar os direitos do indivíduo. Estas obras são *Nós*, de Yevgueni Zamiátin (1921), *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley (1932) e *A Guerra das Salamandras*, de Karel Capek (1936)[105].

Pode-se afirmar, portanto, que *1984* apresenta uma distopia. Nela, o mundo está dividido em três grandes potências: Oceania, Eurásia e Lestásia. A primeira delas compreende a América, Austrália, Grã-Bretanha e o sul da África. Eurásia é o resultado da absorção da Europa por parte da União Soviética. Lestásia compreende China, Japão e Indochina. O resto do planeta padece de uma guerra interminável que as três potências travam, em um cambiável ir e vir de alianças e rompimento das mesmas. No início da novela, a Oceania está em guerra com a Eurásia; sempre esteve em guerra com a Eurásia e está aliada à Lestásia[106].

Winston Smith é um funcionário do departamento de Registro do Ministério da Verdade, que ironicamente é o organismo encarregado de falsear a realidade e manipular a opinião pública. É um quadro inferior do todo-poderoso Partido, muito longe do nível de vida alcançado pelos membros do Partido Interior (a autêntica elite da sociedade, cujo topo é o todo-poderoso Grande Irmão), e muito por cima das privações dos proletas, a classe inferior. Winston Smith é, pois, um representante da chamada classe média de um dos Estados mais repressores que a literatura tem apresentado[107].

Porém Winston tem dúvidas. Um incidente isolado, ocorrido anos antes, lhe faz suspeitar de que o Partido manipula a realidade até extremos inauditos. Por erro, caiu em suas mãos um documento que demonstrava que três dissidentes políticos caídos em desgraça (Jones, Aaronson e Rutherford), a quem ele mesmo havia visto em uma ocasião, haviam sido considerados heróis do Partido para, em continuação, desaparecer de qualquer fonte documental como se nunca houvessem existido. O trabalho de Winston consiste precisamente nisto: em alterar a imprensa de tal maneira que as notícias que incomodam o Partido sejam substituídas por outras que se adequem à verdade oficial. Ao desaparecer da imprensa e de qualquer outro meio de comunicação, se pode dizer que estas notícias nunca existiram. De maneira análoga, as pessoas caídas em desgraça aos olhos do Partido deixam de existir aos olhos do mundo. Mais ainda: *nunca* existiram. São não-pessoas. Oceania pode estar em guerra com a Lestásia, e mais ainda: Oceania *sempre* esteve em guerra com a Lestásia; porém, se o Partido diz que a Oceania está em guerra com a Eurásia, deve-se crer no Partido: Oceania está em guerra com a Eurásia; mais ainda: Oceania sempre esteve em guerra com a Eurásia. A faculdade de mudar de ideia ao compasso dos ditames do Partido se conhece como *duplipensar*. Um objeto branco pode ser negro se o Partido disser que é negro, e a tarefa do bom membro do Partido (e por conseguinte, do bom duplipensador) consiste em adquirir a habilidade mental necessária para convencer-se a si mesmo de quando um objeto branco é negro. A capacidade do duplipensar de gerar paradoxos se manifesta na nomenclatura dos órgãos governamentais: o Ministério da Verdade se encarrega de manipular a mente dos cidadãos; o Ministério da Abundância (da fartura ou da pujança) gere



cada vez mais escassos recursos alimentícios e matérias primas; o Ministério da Paz é o que trata da guerra; e o Ministério do Amor é encarregado de exercer a coação física e mental sobre a população[108].

O duplipensar é só um estado mental conducente a estabelecer uma concepção imutável da história; uma ferramenta intelectual, que encontra sua base na novlíngua (ou novafala), uma linguagem artificial criada pelo Partido e que modelará a mentalidade dos súditos do Grande Irmão. A linguagem determina a estrutura do pensamento humano. Ao prescindir de determinadas palavras, se prescinde de seu conceito. Deste modo, o Partido pode controlar e uniformizar com maior facilidade os pensamentos de seus membros, para assim evitar o maior dos delitos concebíveis na sociedade da Oceania: o crimental (ou pensamento-crime). O delito de pensamento oposto ao duplipensar e às diretivas do Partido (o Ingsoc, ou Socing, ou socialismo inglês). Um cidadão pode ter uma conduta irreprovável, ser um modelo do Partido, cantar seus hinos e dominar a novlíngua; no entanto, em seu foro íntimo não está convencido da verdade do Ingsoc, e tarde ou cedo se delatará a si mesmo mediante o crimental. Um fato, um indício, um simples pensamento ou inclusive uma frase murmurada em sonhos bastará para acabar com essa pessoa. E esse “acabar com essa pessoa” funciona tanto no sentido individual (será *vaporizado*) como no coletivo (ao ser uma *nãopessoa*, nunca haverá existido; nada demonstrará que tem existido; ninguém o recordará)[109].

O medo de cometer um crimental é o primeiro sinal de que se está cometendo um crimental. E Winston já alcançou essa fase desde o momento em que começa a escrever um diário. Não existe intimidade. Qualquer ato solitário é antissocial, contrário aos princípios do Ingsoc e leva ao crimental[110].

A primeira manifestação de submissão ao Partido é o acatamento de seus três grandes slogans: *A guerra é a paz; a liberdade é a escravidão; a ignorância é a força*. Estas três frases constituem o resumo do pensamento do Ingsoc, são tudo que um bom membro do Partido necessita saber para ser um cidadão de comportamento correto. A única maneira de alcançar a paz é manter-se em estado de guerra contra as outras potências, pois cedo ou tarde Oceania haverá de triunfar. A submissão ao Partido é a única maneira de manter um pouco de liberdade; caso contrário, morres, deixa de existir. O falseamento da realidade é a base do sistema: crer nas mentiras impostas nos fará fortes para manter-nos dentro do jogo proposto pelo Partido; quanto mais ignorantes sejamos, menos risco de descobrir incoerências, menos possibilidade de cair em crimental[111].

O segundo ato que produz submissão é a abstinência sexual. Winston odeia com todas as suas forças duas mulheres: sua ex-esposa Katharine e Julia. Ambas são o protótipo de mulher entregue ao Partido. Sua ex-esposa não quis dar-lhe descendência ao considerar a maternidade um ato de submissão ao Partido: está



condicionada para considerar o sexo por prazer como uma abominação, sua friquidez é sua força. Julia encarna a mulher militante na Liga Juvenil Antisexo, que trabalha no departamento de ficção do Ministério da Verdade; é dizer, se encarrega de escrever novelas pornográficas que logo são distribuídas clandestinamente entre os proletas, para fazerem crer que consomem produto proibido. Seu cinturão de castidade é a recordação de que o sexo é intrinsecamente abominável. Proibido o amor, que outra alternativa tem os habitantes da Oceania? O ódio[112].

O ódio. O terceiro a mais forte motor de coesão da sociedade de 1984. Mas ódio a quê? Ao estranho, ao estrangeiro, ao contrário ao Partido. As manifestações populares mais fortes são as imagens de propaganda bélica, as execuções de prisioneiros de guerra inimigos e sobretudo os Dois Minutos de Ódio. Que são os dois minutos de ódio? A razão diária de ódio necessária para fazer funcionar o sistema. Quem é objeto de ódio? Emmanuel Goldstein. O grande inimigo da Oceania, do Partido e do Grande Irmão. O adversário necessário. O traidor ao Ingsoc. O artífice da revolução que se vendeu às potências estrangeiras. A população expressa seu ódio irracional, válvula de escape de todos os seus instintos primários, enquanto se apresentam imagens de Goldstein com um fundo de matanças e atrocidades do inimigo escolhido, seja Eurásia ou Lestásia. Os cidadãos estão condicionados para odiar Goldstein. Odiar Goldstein é amar o Partido e ao Grande Irmão e tudo o que representa o Ingsoc. Duvidar da maldade de Goldstein é a pior forma de crimental[113]. E Winston caiu nela.

Winston odeia o Partido. Odeia o Grande Irmão. Sabe que o Partido manipula a informação, altera a percepção cotidiana da realidade. Sabe porque ele mesmo tinha em suas mãos uma prova desta fraude. Mas ao mesmo tempo sabe que outros como ele também odeiam o Partido. Por exemplo, O'Brien, um destacado membro do Partido Interior, que aparece em sonhos prometendo-lhe um encontro "no lugar onde não há escuridão". Guiado por uma cumplicidade inexplicável, mais intuitiva que fundamentada, Winston segue os passos de O'Brien, convencido de que ele pode aclarar dúvidas acerca da existência de Confraria (ou Irmandade), uma organização clandestina, não se sabe se existente ou não, inimiga do Partido e do Grande Irmão, talvez impulsionada pelo próprio Goldstein, o inimigo[114].

Porém, antes de ir até O'Brien, Winston deve consumir seu crimental, deve transgredir todas as regras impostas pelo Partido. A primeira parte da novela nos refere ao processo mental que Winston segue antes de estar preparado para saltar esta fase. O ato de escrever o diário faz Winston questionar cada vez mais sobre o funcionamento do Partido e seu sistema de mentiras. É a tomada de consciência por parte de Winston de que a pretendida utopia não é senão uma terrível distopia. Isto leva Winston a cada vez mais contestar o regime. Logo chega à conclusão de que a única solução possível é a queda do Grande Irmão. Porém os membros do Partido, sujeitos à férreos condicionamentos, não serão a força capaz de acabar com

a opressão. Winston fixa seus olhos nos proletas, os proletários, aqueles cidadãos alheios ao jugo do Grande Irmão. Os proletas levam Winston a querer recordar uma existência anterior ao Grande Irmão. Winston, que carece de família (foi separado de sua mãe e sua irmã na infância) foi criado pelo Partido, e recorda linhas soltas de uma canção da infância, que converterá em símbolo de sua individualidade e de sua rebeldia. Esta rebeldia o leva a alugar uma habitação em um bairro proletário. Ali poderá escrever seu diário, longe da visão onipresente das teletelas[115].

Após a tomada de consciência, a comissão do crimental, é hora de passar à ação. A segunda parte da novela nos mostra a aproximação entre Winston e Julia. Em princípio odiada, ela se revela como uma sediciosa. Porém, ao contrário de Winston, a rebeldia de Julia é acrítica e intuitiva. Julia carece de base teórica, todas as ideias de Winston a favor dos proletas e contra o Partido são incompreensíveis. A rebeldia de Julia é de outra índole. Ela busca a liberdade sexual. O amor clandestino de Julia e Winston é desesperado: ambos sabem que seus dias estão contados. Não tem planos para o futuro. Neste instante entra O'Brien em ação[116].

O'Brien, em um primeiro momento, introduz Winston e Julia na Confraria. Perpetrado o crimental, violada a abstinência sexual, Winston penetra no mundo do ódio graças a O'Brien, e ele e Julia são iniciados. Juramentados ambos, Julia e Winston brindam com O'Brien pelo passado. Pelo passado que existiu, não pelo passado eternamente mutável que defende o Partido. É o momento em que ambos passam a formar parte da Confraria. Por fim, podem ler o livro chave da rebelião, o tratado teórico escrito por Emmanuel Goldstein: Teoria e Prática do Coletivismo Oligárquico. Em realidade, se trata de um ensaio analítico, uma descrição das instituições e história da Oceania. É a resposta à pergunta que Winston havia formulado em seu diário: "Compreendo como. Não compreendo por quê". A certeza do porquê das coisas, a compreensão por parte de Winston de por que odeia o partido e tudo o que encarna é o último passo em sua trajetória moral e política. Somente agora, e não antes, poderá enfrentar a seguinte etapa, referida na terceira parte da novela: sua tortura[117].

Evidentemente, Winston não podia fugir de seu destino: ser encarcerado. O próprio O'Brien, comissário da polícia do pensamento (ou polícia das ideias), se encarrega de capturá-lo e conduzi-lo ao Ministério do Amor. Ali, sofrerá todas as humilhações imagináveis, uma lavagem cerebral que o leve a amar o Partido e o Grande Irmão. A temível sala 101 marca o final de Winston como pessoa; nela enfrenta os fantasmas mais terríveis. Uma vez superada a humilhação lá dentro, Winston está disposto a crer em qualquer coisa que diga o Partido. Os discursos doutrinadores de O'Brien surtem efeito. Winston já é capaz de duplipensar. Vê cinco dedos quando O'Brien lhe mostra quatro. Melhor ainda, ama o Grande Irmão[118].

Após este resumo da novela, podemos nos deter em quatro aspectos fundamentais da exposição de Orwell: o controle social, a ditadura, o falseamento da realidade e a violência.

No que tange ao *controle social*, pode-se afirmar que o sistema político apresentado por Orwell está encaminhado para alienar o indivíduo, a fazê-lo virtualmente incapaz de pensar por si mesmo. Seguindo a definição anteriormente exposta sobre a distopia, trata-se de uma sociedade fechada sobre si mesma, que se apresenta como a sociedade perfeita. Somente isolando as influências externas se poderá realizar o ideal do Ingsoc. O exterior só pode ser mau. Somente o Grande Irmão e o Partido são capazes de oferecer algo bom ao cidadão da Oceania. A guerra exterior frente aos inimigos identificáveis (um inimigo físico: as potências que enfrentam a Oceania; um inimigo ideológico: Goldstein) é um fator de coesão, que chega onde o Grande Irmão não alcança[119].

Existem muitos meios coercitivos para assegurar este controle. O Ministério do Amor dispõe de um aparato repressor sem fissuras. Não é infrequente que teu próprio filho te delate, à semelhança dos jovens camisas pardas nazis. Assim, pois, vemos que existem diversos níveis de controle social:

1) A guerra exterior contra o inimigo físico e ideológico. É a razão de ser última do Estado. Há que odiar Goldstein e a potência inimiga; só assim, por contraposição, se poderá amar o Grande Irmão[120].

2) A guerra interior contra o crimental. Fomenta a participação de seus próprios cidadãos em seu sistema repressor. Passa ineludivelmente pela aprendizagem e repetição dos aspectos fundamentais do Partido. É o segundo nível de coesão: o amor ao Grande Irmão[121] [122].

3) A guerra contra a verdade. Orquestrada pelos meios de comunicação, consiste em uma lavagem cerebral permanente das massas. Configura a realidade que o Partido quer impor. À falta de provas em contrário, termina por ser A Verdade. É um nível mais profundo de coesão do sistema: se o recurso ao inimigo externo e ao desvio ideológico não são suficientes, se encarrega de anular as últimas manifestações espontâneas de contestação. Não só há que amar o Grande Irmão: há que agradecer-lhe o bem-estar atual. Todos os logros, sejam da índole que sejam, são obra exclusiva do Grande Irmão[123].

4) A guerra contra os costumes. Consiste em dar aparência de virtuosismo a todos os atos cotidianos. Nenhuma conduta pode ser considerada errônea, sob pena de incorrer em crimental. Há que praticar a abstinência sexual. Há que sustentar os autos de fé contra os inimigos do Partido e do Estado. Há que gritar nos dois minutos de ódio. Há que estar sempre visível para a teletela. O Grande

Irmão te vigia e, como corresponde a uma figura fortemente paternalista, está disposto a castigar o filho que trai sua confiança e deprecia seu amor[124].

Quanto à *ditadura*, trata-se do regime característico da Oceania. Se exerce um autoritarismo sem limites. Não se contempla nenhuma instituição de participação cidadã, nem sequer um parlamento fictício em que exista uma democracia fingida. Não há que convencer a ninguém das bondades do regime. Ao estar fechado ao exterior, o Estado não tem que render contas à instituição ou potência estrangeira alguma. Ao ser a ditadura perfeita, a opinião pública é irrelevante. E mais: a opinião pública não existe[125].

Como já conhecemos a trajetória de George Orwell, sabemos de suas reflexões internas no seio das forças esquerdistas. Estamos a par dos seus desencantos com os partidos obreiros. A teor de suas experiências na frente aragonesa e em Barcelona durante a guerra civil espanhola, descritas em *Homenagem à Catalunha*, e à raiz do lido em *A Revolução dos Bichos*, resultaria muito fácil ceder à tentação de catalogar *1984* como uma obra anticomunista. O qual é certo, porém inexato[126].

Orwell se cuida de traçar um mapa geopolítico em que tem existência três totalitarismos ferozes e sem fissuras, produto de uma repartição do mundo que, pelo sugerido na novela, se produziu em algum momento em torno da década de 1950. A Lestásia caiu sob a influência da China, e já sabemos que a China é um estado comunista desde que Mao Tsé Tung depôs Chiang Kai Chek da China continental e instaurou seu regime, por volta de 1949, período em que *1984* estava em processo de redação. A Eurásia é uma colônia da União Soviética, em funcionamento desde o triunfo da Revolução Bolchevique de 1917; no entanto, com o status de superpotência mundial desde que em 1945, ao vencer o nazismo alemão de Hitler, tomou controle da Europa do Leste, após a constituição, em 1949, do Conselho de Ajuda Econômica (COMECON), germe do Pacto de Varsóvia. Oceania é o resultado da absorção por parte dos Estados Unidos da América de todos os países da língua inglesa (Canadá, Grã-Bretanha, África do Sul, Austrália e Nova Zelândia) mais suas colônias naturais (de acordo com o estabelecido na Doutrina Monroe e a Doutrina do Destino Manifesto, México, América central e América do Sul). Vemos, pois, que se a crítica de Orwell houvesse tido como objetivo o comunismo estalinista, haveria feito cair a Grã-Bretanha sob influência da Eurásia, algo que desde o ponto de vista geográfico teria mais sentido. O Grande Irmão pratica uma ideologia, o Ingsoc, indistinguível do comunismo estalinista (o que é certo), porém também indistinguível do nazismo ou de qualquer outra forma de fascismo. Seu antissemitismo (Goldstein é um apelido judeu) pode ser tão próprio de um nazi alemão como de um comunista soviético, ou como de um ultrarepublicano estadunidense (Henry Ford, por exemplo, foi cabeça visível do antissemitismo em seu país) ou um *tory* britânico. Sua xenofobia adentra suas raízes

na supremacia da raça branca e na primazia da língua inglesa, que somente será superada pela novilíngua, de raízes igualmente inglesas[127].

Se Orwell quisesse, o Grande Irmão poderia haver sido russo, ou chinês, ou alemão. Mas não. O Grande Irmão é anglo-saxão. Oceania é uma ditadura, uma de três ditaduras globais surgidas na raiz da Segunda Guerra Mundial, e acompanha o comunismo estalinista soviético e ao comunismo maoísta chinês, porém não se trata de nenhum dos, ainda que comparta de elementos ideológicos e de *modus operandi*. Também possui todos os atributos que convertem em ditadura totalitária ao fascismo italiano e ao nazismo. Porém não é nenhuma delas. Não se pode identificar com nenhum totalitarismo existente no momento da redação da novela. É uma extrapolação do que se poderia ser um comunismo ou um fascismo à lá anglo-saxão. De onde devemos chegar à conclusão de que Orwell está criticando todos os tipos de totalitarismo. Sua crítica é de caráter universal, e tanto da forma que este totalitarismo adquire: comunismo, nazismo, fascismo ou Ingsoc[128].

Com relação ao *falseamento da realidade*, outro aspecto fundamental da exposição de Orwell, trata-se da única forma de perpetuar um regime ditatorial: perpetuando a mentira. Para que o sistema funcione, há que acabar com a dissidência. O crimental é o maior delito, e para evitá-lo há que acabar com as causas que conduzem ao mesmo. Há que manipular o passado, fazê-lo inexistente se é necessário. *'Quem controla o presente, controla o passado. Quem controla o passado, controla o futuro'*. Este axioma tem uma interpretação evidente: o futuro será daquele que manipular o passado ao ponto de modelá-lo à sua vontade. Mediante a anulação de qualquer tempo que não seja o mesmo presente se poderá evitar a contestação do regime: a dissidência recorre a fatores históricos, a um passado em que as coisas não eram como agora, e esse recurso ao passado conduz a retificar o presente e melhorar o futuro. Anulando a linha temporal se apagam estas possibilidades. O único passado existente é aquele que o Partido dispõe, e pode mudar à sua vontade; se o plano trienal não se cumpre, se a produção de chocolate não aumenta, se líderes antirrevolucionários devem ser vaporizados, tudo é modificado. Qualquer discordância entre o passado e a propaganda oficial pode induzir a pensar que o presente não é perfeito e não está completamente controlado. Ante a impossibilidade de viajar no tempo para modificar esses processos descontrolados, a única maneira possível de eliminar o problema é apagando da memória. Se se manipulam e adulteram, os novos registros passarão a ser a única verdade. A antiga verdade nunca existiu, logo não será verdade. Não será. Uma pessoa incômoda para o regime, um culpado confesso de crimental (pois o crimental sempre leva a uma confissão de culpabilidade), será anulado como pessoa; primeiro se despojará de sua personalidade e mais tarde, quando seu exemplo vivente já tenha sido interiorizado pelo súdito, será vaporizado, será uma não pessoa. Não será. Não terá sido nunca[129].



Esta realidade configura um futuro perfeito. O passado, em perpétuo movimento, dará lugar a um futuro imóvel, em que não existe dissidência porque já não existirá palavra para dissidência. A novílingua se encarregará disso. A linguagem modelará a mentalidade dos homens e mulheres futuros, na mesma medida da manipulação da História. Chegará um momento em que o tempo se estanca, pois, como todo corpo perfeito, a entropia haverá desaparecido e se encontrará um estado de repouso absoluto. Só neste momento será igual o passado, posto que só se viverá no presente. Este momento não está longe. Os especialistas prevêem que até 2050 se publicará a edição definitiva do *Dicionário de novílingua*. Esta é a data que o Ingsoc tem marcado para controlar a realidade. Uma data talvez utópica, porquanto (e isto somente pode significar que o Partido está próximo a alcançar seus fins) Winston não tem a certeza de em que data ele vive. Elege 1984 como data para começar seu diário por aproximação, não porque lhe conste. É provável que a ação de 1984 nem sequer transcorra em 1984. O tempo está deixando de existir[130].

No entanto este ideal pode não ser alcançado. Enquanto não se apagam todos os registros do passado que possam comprometer o presente, e enquanto não se tenha aperfeiçoado a estrutura mental dos habitantes da Oceania futura, existe o risco do livre pensamento. E somente com a violência se pode erradicar o germe do individualismo[131].

Por fim, no que concerne à *violência*, deve-se salientar que o Estado deve exercer coerção para assegurar o cumprimento das leis. Isto é aplicável a qualquer tipo de Estado, seja totalitário ou democrático. Somente o nível em que se exerce essa coerção determina o tipo de regime político. Um Estado em que se destacam os mecanismos violentos de coerção é um estado totalitário. A Oceania de 1984 o é. Sob a aparência de utopia, todos sabem o que lhes espera se caem em desgraça. O crimental é arbitrário, não respeita ninguém, pais ou família ou membros do Partido. Nem sequer Syme, ideólogo da novílingua, escapa à prisão, às sinistras masmorras do Ministério do Amor. A violência é o último recurso, ao que tarde ou cedo chegarão todos os culpados de crimental, e se exerce de uma maneira desmedida. O Grande Irmão parece um deus bíblico, exercendo seu castigo. O'Brien é uma figura quase paternalista, e tenta por todos os meios ensinar a Winston seus erros, buscando convencê-lo de sua atitude errônea modelando sua mente à vontade do Partido, induzindo-o ao duplipensar. Para isto, Winston deve trair aquilo que mais quer e, em que pese Orwell se utiliza sem piedade das cenas de tortura física, o mais terrível da novela é o que acontece dentro da sala 101, onde Winston enfrenta o que mais teme. Violência intelectual e violência física estão unidas em um binômio indissolúvel que somente tem uma finalidade: perpetuar o Estado de terror e opressão, e não só isso, senão fazê-lo com o beneplácito e a firme adesão e convicção dos cidadãos oprimidos[132].



Estabelecidas estas características fundamentais da obra de Orwell, passemos a apresentar como a ideologia política do Grande Irmão é assimilada, apontando três fatos da obra que, sob a nossa leitura, caracterizam o etnocídio.

#### **4.3. A conversão forçada a uma ideologia política como instrumento para a prática do etnocídio: uma análise da obra 1984**

Como visto anteriormente, o etnocídio se traduz em uma conversão forçada, que se perpetra no corpo do indivíduo, mas que tem reflexos além do corpo. Medidas como destruição da língua de um povo e imposição de outra; destruição da religião e imposição da crença do dominador; e destruição da cultura de um povo e imposição da cultura do repressor são circunstâncias em que se configura o etnocídio. Esta prática, portanto, se traduz como a imposição da língua, cultura ou religião para estender um domínio espiritual sobre um povo específico, mediante a violência.

No entanto, como demonstraremos neste tópico, uma *ideologia política* também pode ser instrumento para a prática do etnocídio. Na obra *1984* de Orwell, trata-se claramente da imposição da ideologia política do Grande Irmão sobre a população da Oceania; trata-se de um Estado etnocida; a população deve renunciar à sua liberdade individual e adotar de corpo e alma a ideologia do Socing (ou IngSoc). Para demonstrar como o etnocídio está presente em *1984*, abordaremos três fatos descritos na obra de Orwell que, ao nosso juízo, configuram essa forma de violência: por primeiro, a destruição da língua inglesa e a imposição da novilíngua (ou novafala); segundo, a tortura de Winston e seu diálogo com O'Brien; e, terceiro, a conversão de Julia à ideologia do Socing e ao Grande Irmão.

No que concerne à *destruição da língua inglesa e à imposição da novilíngua (ou Novafala)*, podemos verificar esta hipótese quando Syme, amigo de Winston, expõe como é realizada a destruição da língua inglesa e a imposição da novilíngua, no momento em que fala sobre o dicionário deste idioma[133]:

'A Décima Primeira Edição é a edição definitiva' (...)  
'Estamos dando os últimos retoques na língua – para que ela fique do jeito que há de ser quando ninguém mais falar outra coisa. Depois que acabarmos, pessoas como você serão obrigadas a aprender tudo de novo. Tenho a impressão de que você acha que a nossa principal missão é inventar palavras novas. Nada disso! Estamos *destruindo palavras* – dezenas de palavras, centenas de palavras todos os dias. *Estamos reduzindo a língua ao osso*. A Décima Primeira Edição não conterà uma única palavra que venha a se tornar obsoleta antes de 2050'.

(...)

'Que coisa bonita, a destruição de palavras! Claro que a grande concentração de palavras inúteis está nos verbos e adjetivos, mas há centenas de substantivos que também podem ser descartados. Não só os sinônimos; os antônimos também. Afinal de contas, o que justifica a existência de uma palavra que seja simplesmente o oposto de outra? Uma palavra já contém em si mesma o seu oposto. Pense em 'bom', por exemplo. Se você tem uma palavra como 'bom', qual é a necessidade de uma palavra como 'ruim'? 'Desbom' dá conta perfeitamente do recado. É até melhor, porque é um antônimo perfeito, coisa que a outra palavra não é. Ou então, se você quiser uma versão mais intensa de 'bom', qual é o sentido de dispor de uma verdadeira série de palavras imprecisas e inúteis como 'excelente', 'esplêndido' e todas as demais? 'Maisbom' resolve o problema; ou 'duplimaisbom', se quiser algo ainda mais intenso. Claro que já usamos essas formas, *mas na versão final da Novafala tudo o mais desaparecerá*. No fim o conceito inteiro de bondade e ruindade será coberto por apenas seis palavras – na realidade por uma palavra apenas. Você consegue ver a beleza da coisa, Winston? Claro que a ideia partiu do 'G. I'.

Neste ponto, Syme declara claramente que a Novafala (ou novilíngua) será imposta a todos, e que a língua inglesa está sendo destruída. Trata-se, evidentemente, de uma prática etnocida.

Adiante, Syme esclarece em sua fala[134]:

*'Você não vê que a verdadeira finalidade da Novafala é estreitar o âmbito do pensamento? No fim teremos tornado o pensamento-crime literalmente impossível, já que não haverá palavras para expressá-lo. Todo conceito de que pudermos necessitar será expresso por apenas uma palavra, com significado rigidamente definido, e todos os seus significados subsidiários serão eliminados e esquecidos. Na Décima Primeira Edição já estamos quase atingindo esse objetivo. Só que o processo continuará avançando até muito depois que você e eu estivermos mortos. Menos e menos palavras a cada ano que passa, e a consciência com um alcance cada vez menor. Mesmo agora, claro, não há razão ou desculpa para cometer pensamentos-crimes. É pura e*

simplesmente uma questão de autodisciplina, de controle da realidade. Mas, no fim, nem isso será necessário. A Revolução estará completa quando a linguagem for perfeita. A Novafala é o Socing, e o Socing é Novafala’.

(...)

‘Lá por 2050 – ou antes, talvez – todo conhecimento real de Velhafala terá desaparecido. *Toda a literatura do passado terá sido destruída*’.

Destarte, o objetivo da Novafala (ou novilíngua) não era somente fornecer um meio de expressão compatível com a visão de mundo e os hábitos mentais dos adeptos do Socing (ou IngSoc), mas também *inviabilizar todas as outras formas de pensamento*. A ideia era que, uma vez definitivamente adotada a Novafala e esquecida a Velhafala, um pensamento herege – isto é, um pensamento que divergisse dos princípios do Socing – fosse literalmente impensável, ao menos na medida em que pensamentos dependem de palavras para ser formulados. A Novafala foi concebida para restringir os limites do pensamento[135].

O segundo fato que se passa na obra de Orwell e que se configura como etnocídio é *a tortura de Winston e seu diálogo com O’Brien*. Depois de Winston ser apanhado pela polícia do pensamento (ou polícia das ideias), ele é levado ao Ministério do Amor, que tem como característica controlar cada vez mais severamente a população, praticando a tortura como mecanismo de conversão dos indivíduos. Passemos a apresentar as passagens do livro que evidenciam esta prática etnocida.

De início, dentro do Ministério do Amor, O’Brien revela a Winston o motivo pelo qual este foi trazido ao Ministério. Revela que foi para curá-lo e transformá-lo. O’Brien diz[136]:

‘(...) Não! Não é apenas para obter sua confissão nem castigar você. Será que preciso explicar por que o trouxemos para cá? Foi para *curá-lo!* Para fazer de você uma pessoa equilibrada! Será que é tão difícil assim você entender, Winston, que ninguém sai deste lugar sem estar curado? Não estamos preocupados com aqueles crimes idiotas que você cometeu. O partido não se interessa pelo ato em si: é só o pensamento que nos preocupa. Não nos limitamos a destruir nossos inimigos; *nós os transformamos*. Entende o que estou querendo dizer?’.

Nesse contexto o etnocídio se evidencia. Se na conquista da América o recurso da violência foi determinante para destruir as religiões indígenas e impor a

religião católica, aqui em 1984 tem-se o mesmo método. Não se trata de apenas extirpar a identidade do indivíduo. Deve-se transformá-lo, integrá-lo ao modelo imposto pelo repressor. Tanto na conquista da América quando em 1984, o modelo de violência é semelhante.

Mais adiante no livro, O'Brien expõe sobre eventos passados que não teriam sido frutíferos para os repressores. Como primeiro exemplo ele cita a inquisição. Diz que ela teria sido um fracasso, porque as pessoas morriam e não renunciavam às suas verdadeiras crenças. Por segundo, retrata sobre os totalitários do século XX, dizendo que as confissões das pessoas eram falsas, o que não teria igualmente sido satisfatório. Nesse sentido, O'Brien aduz que o Partido não comete esses erros passados, porque todas as confissões proferidas no Ministério do Amor são verdadeiras. Eles fazem com que sejam verdadeiras. E, sobretudo, não permitem que os mortos se levantem contra eles[137].

Mais adiante, podemos verificar como O'Brien esclarece como a política etnocida do Estado é realizada[138]:

'Você é uma peça defeituosa, Winston. Uma nódoa a ser limpa. Não acabei de dizer que somos diferentes dos perseguidores do passado? Não nos contentamos com a obediência negativa nem com a submissão mais abjeta. Quando finalmente se render a nós, terá de ser por livre e espontânea vontade. Não destruímos o herege porque ele resiste a nós; enquanto ele se mostrar resistente, jamais o destruiremos. Nós o *convertemos*, capturamos o âmago de sua mente, remodelamos o herege. Extirpamos dele todo o mal e toda a ilusão; *trazemos o indivíduo para o nosso lado*, não de forma superficial, mas genuinamente, de corpo e alma. Antes de eliminá-lo, *fazemos com que se torne um de nós*. É intolerável para nós a existência, em qualquer parte do mundo, de um pensamento incorreto, por mais secreto e impotente que seja. Nem no momento da morte podemos permitir o mínimo desvio. Antigamente, o herege ia para a fogueira ainda herege, proclamando sua heresia, regozijando-se dela. Até a vítima dos expurgos russos tinha permissão para levar a revolta armazenada no crânio enquanto avançava pelo corredor, à espera da bala. Nós tornamos o cérebro perfeito antes de destruí-lo. A ordem dos antigos despotismos era: 'Não farás'. A ordem dos totalitários era: 'Farás'. Nossa ordem é: 'És'. Ninguém que seja trazido para este lugar se rebela contra nós. Todos passam por uma lavagem completa'.

Destarte, mostra-se claramente como o etnocídio está presente na obra de Orwell. A conversão é realizada de corpo e alma, o que é característico do etnocídio. O'Brien deixa Winston em um estado no qual não há retorno[139]. 'Vamos espremê-lo até deixá-lo vazio, e depois o preencheremos conosco mesmos'[140]. Em seguida, refere que se o indivíduo atingir a submissão total e completa ao Partido, se conseguir *abandonar sua própria identidade*, se conseguir fundir-se com o Partido a ponto de *ser o Partido*, então será todo-poderoso e imortal[141]. No caso, Winston está renunciando à sua liberdade individual para se converter em um membro do Partido, de corpo e alma, sem qualquer resquício de individualidade. A única lealdade será para com o Partido. O único amor será o amor ao Grande Irmão. O único riso será o do triunfo sobre o inimigo derrotado. Não haverá arte, nem literatura, nem ciência[142].

Em seguida, O'Brien diz a Winston[143]:

'E lembre-se de que é para sempre. O rosto estará sempre ali para ser pisoteado. Os heréticos, os inimigos da sociedade estarão sempre ali para ser derrotados e humilhados o tempo todo. Tudo o que você tem sofrido desde que caiu em nossas mãos – tudo isso continuará e ficará pior. A espionagem, as traições, as prisões, as torturas, as execuções, os desaparecimentos nunca cessarão. Será um mundo de terror, tanto quanto um mundo de triunfo. Quanto mais poderoso for o Partido, menos tolerante será. Quanto mais fraca a oposição, tanto mais severo será o despotismo. Goldstein e suas heresias viverão para sempre. Todos os dias, todos os momentos, eles serão derrotados, desacreditados, ridicularizados. Cuspirão neles – e mesmo assim eles sempre sobreviverão. Este drama em que eu e você estamos atuando há sete anos continuará ocorrendo continuamente, geração após geração, sob formas cada vez mais sutis. Sempre teremos os hereges aqui, à nossa mercê, gritando de dor, alquebrados, desprezíveis – e, por fim, em total penitência, salvos deles próprios, rastejando a nossos pés por livre e espontânea vontade. Esse é o mundo que estamos preparando, Winston. Um mundo de vitória após vitória, triunfo após triunfo: uma sucessão infinita de pressões, pressões, pressões sobre o nervo do poder. Vejo que você está começando a perceber como será esse mundo. Mas no fim você fará mais do que simplesmente entendê-lo. Você o aceitará, ficará contente com ele e *fará parte dele*'.



Nesse aspecto, O'Brien, quando refere que Winston fará parte deste mundo que o Partido está construindo, está praticando o etnocídio, de forma explícita, ao buscar converter Winston a aderir à ideologia política vigente na Oceania.

Por fim, surge a derradeira prova em que O'Brien executa sobre Winston, onde aquele busca destruir as ideias de liberdade deste e fazer com que este ame o Grande Irmão, outro fato evidente de etnocídio. Não basta obedecer ao Grande Irmão; tem de amá-lo[144] e Winston, finalmente após enfrentar a tortura no Quarto 101, passa a amar o Grande Irmão.

Por derradeiro, temos a conversão de Julia. Não obstante o fato de termos pouquíssimas informações a respeito do caso dela, no diálogo entre Winston e O'Brien fica evidente quando este refere que foi uma *"conversão perfeita"*[145].

'O que fizeram com a Julia?'

(...)

'Ela traiu você, Winston. Imediatamente – incondicionalmente. Raras vezes vi alguém passar para o nosso lado com tamanha presteza. Você mal a reconheceria se a visse. Sua rebeldia, sua astúcia, sua loucura, sua mente suja – tudo foi extraído dela. Foi uma *conversão perfeita*, um caso para figurar em nossos livros-textos'.

Como fica evidente nesta passagem do livro, Julia é convertida forçadamente à ideologia do Socing, configurando o etnocídio. Trata-se de uma conversão forçada, uma assimilação como a de Winston. Para tanto, temos aqui as três circunstâncias que caracterizam o etnocídio no livro *1984* de Orwell, e como o Estado do Grande Irmão se define como um Estado etnocida por excelência. A seguir, passaremos às considerações finais.

## 5. Considerações finais

Nestas linhas deste trabalho, expusemos como o etnocídio se concretiza na obra *1984* de Orwell. Para tanto, podemos afirmar que o trabalho proposto se resume em três conclusões:

- 1) Como o Estado do Grande Irmão é um Estado etnocida por excelência;
- 2) Como, através da concepção de etnocídio e de ideologia, uma *ideologia política* pode servir para a prática do etnocídio; e
- 3) Apontando, a partir do estudo da obra, os fatos que demonstram a prática do etnocídio no regime vigente na Oceania.

Ademais, para se chegar a estas conclusões descritas acima, teve-se de se apresentar primeiramente no que consiste o etnocídio. Sua definição e



características foram fundamentais para esclarecer como esta forma de violência opera, para posteriormente relacioná-la com a novela *1984*. Por segundo, tivemos que examinar igualmente a concepção de ideologia, a fim de compreender melhor o universo ideológico da obra de Orwell. Tanto a concepção marxista de ideologia, quanto a concepção arendtiana foram importantes para entender o processo da ideologia nos movimentos totalitários, como é o caso de *1984*.

Por fim, adentramos na análise da obra, primeiro apresentando a contextualização e a biografia do autor, para posteriormente examinar as características e o teor da mesma. Ao final, apresentamos como a conversão forçada a uma ideologia política pode servir como instrumento para a prática do etnocídio, examinando as passagens do livro em que se destaca este fenômeno.

## 6. Referências

AKÇAM, Taner. *El crimen de lesa humanidad de los jóvenes turcos – el genocidio armênio y la limpeza étnica en el Imperio Otomano*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2016.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Temas de filosofia*. São Paulo: Moderna, 2005.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BÁEZ, Fernando. *A história da destruição cultural da América Latina: da conquista à globalização*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

CHAUÍ, Marilena. *Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro*. Belo Horizonte: Autêntica Editora; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2014.

\_\_\_\_\_. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da Violência*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

DAVIDSON, Lawrence. *Cultural genocide*. New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2012.

ESPARZA, José Javier. *El etnocidio contra los pueblos: Mecánica y consecuencias del neo-colonialismo cultural*. Disponível em: <  
<http://www.robertexto.com/archivo12/etnocidio.htm>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JAULIN, Robert. *El etnocidio a través de las américas*. Madrid: Siglo XXI editores, 1976.

\_\_\_\_\_. *La Paz Blanca – Introducción al etnocidio*. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1973.

*La UNESCO y la lucha contra el etnocidio: declaración de San José, diciembre 1981.* Disponível em:

<[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000049951\\_spa?posInSet=1&queryId=fc90db91-2504-4fd3-9d6b-eff5b4e720c4](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000049951_spa?posInSet=1&queryId=fc90db91-2504-4fd3-9d6b-eff5b4e720c4)>. Acesso em: 07 mai. 2019.

LEMKIN, Raphael. *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Buenos Aires: Prometeo libros; Caseros: Universidad Nacional Tres de Febrero, 2009.

LÓPEZ-ZURIAGA, Eloísa Suárez. *Estalinismo y religión política: entre la ficción y los acontecimientos históricos*. Disponível em: <<https://revistas.uam.es/bajopalabra/article/view/3592>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

MAIER, Hans. *Political Religion: a Concept and its Limitations*. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14690760601121614>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

MARTÍNEZ, Bárbara Martínez. *1984 y los peligros del totalitarismo*. Disponível em: <<https://revistas.ucm.es/index.php/RFRM/article/viewFile/55868/50646>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

MORIN, Edgar. *Cultura e barbárie europeias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

MORRISON, Wayne. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos editorial, 2012.

NOVIC, Elisa. *The concept of cultural genocide – an international law perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ROGGERO, Franco Savarino. *Fascismo y sacralidad: Notas em torno al concepto de "religión política"*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5236234.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

RONCATTO, Gabriel Muttoni. *George Orwell: modernidade e contemporaneidade em 1984*. 2011. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Letras, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/39424>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

SANTIAGO, Juan Manuel. *1984, de George Orwell*. Disponível em: <<http://www.bibliopolis.org/articulo/1984.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

SÉMELIN, Jacques. *Purificar e destruir: usos políticos dos massacres e dos genocídios*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

VIEIRA, Gustavo José Correia. Breves notas sobre a concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos. *Revista Lex Humana*, Petrópolis, vol.

3, n. 1, 2011. Disponível em:  
<<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/106>>. Acesso em: 07  
mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Crimes contra a humanidade e a perspectiva anamnética da justiça: a relação  
entre a corporalidade e a memória. *Revista Jurídica Unigran*, v. 19, n. 37, p. 149-157,  
2017. Disponível em:  
<[https://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/37/sumario.php](https://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/37/sumario.php)>. Acesso  
em: 25 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Extermínio cultural como violação de direitos humanos: o contexto criminal  
do etnocídio e seu desenvolvimento no campo do saber jurídico-penal*. 2011. 224f.  
Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do  
Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

WILL, Karhen Lola Porfirio. *Um retrato do genocídio cultural no campo jurídico  
internacional*. Disponível em:  
<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.969.06.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.969.06.PDF)>  
. Acesso em: 11 abr. 2018.

ZUO, Jiping. *Political Religion: The case of the Cultural Revolution in China*.  
Disponível em:  
<[https://www.researchgate.net/publication/261825261\\_Political\\_Religion\\_The\\_Case\\_of\\_the\\_Cultural\\_Revolution\\_in\\_China](https://www.researchgate.net/publication/261825261_Political_Religion_The_Case_of_the_Cultural_Revolution_in_China)>. Acesso em: 08 mai. 2019.

#### NOTAS:

[1] Nesse sentido, vide VIEIRA, Gustavo José Correia. Breves notas sobre a  
concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos. *Revista  
Lex Humana*, Petrópolis, vol. 3, n. 1, 2011. Disponível em:  
<<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/106>>. Acesso em: 07  
mai. 2019, p. 2.

[2] *Ibidem*, p. 2.

[3] *Ibidem*, p. 2. Nesse sentido, para mais informações sobre o tema do poder e da  
repressão, vide FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins

Fontes, 2005. Trata-se do estudo de Foucault sobre o problema da guerra, a fundação da sociedade civil e a temática da raça.

[4] VIEIRA, Gustavo José Correia. Breves notas sobre a concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos, *op. cit.*, p. 2.

[5] *Ibidem*, p. 3.

[6] *Ibidem*, p. 3.

[7] *Ibidem*, p. 3.

[8] *Ibidem*, p. 4.

[9] *Ibidem*, p. 4.

[10] *Ibidem*, p. 4.

[11] *Ibidem*, p. 4.

[12] Cabe ressaltar que o termo *genocídio* é em grande medida resultado dos trabalhos de Rafael Lemkin, especialista em Direito Penal Internacional. Este autor visualizou duas fases existentes no genocídio – o que podemos transpor para o etnocídio: *a destruição dos modelos nacionais dos grupos oprimidos e, mais tarde, a imposição dos padrões nacionais do grupo opressor*. Para ele, o genocídio não precisava de uma aniquilação física; era suficiente um programa de destruição cultural. Dado que Lemkin acreditava que a essência de uma nação era sua cultura, a destruição da cultura nacional (através dos ataques a sua religião ou seu idioma) era uma espécie de genocídio. Nesse sentido, vide MORRISON, Wayne. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos

editorial, 2012, p. 88-89; e LEMKIN, Raphael. *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Buenos Aires: Prometeo libros; Caseros: Universidad Nacional Tres de Febrero, 2009, p. 154.

[13] Ressalte-se que Lemkin defendia a ideia de que haveriam oito técnicas de genocídio: político, social, cultural, econômico, biológico, físico, religioso e moral. Vide NOVIC, Elisa. *The concept of cultural genocide – an international law perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 18.

[14] VIEIRA, Gustavo José Correia. Breves notas sobre a concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos, *op. cit.*, p. 4.

[15] *Ibidem*, p. 5.

[16] *Ibidem*, p. 5.

[17] *Ibidem*, p. 5.

[18] *Ibidem*, p. 5.

[19] *Ibidem*, p. 5.

[20] *Ibidem*, p. 5.

[21] *Ibidem*, p. 6. Para mais informações, vide JAULIN, Robert. *La Paz Blanca – Introducción al etnocidio*. Buenos Aires: Tiempo Contemporaneo, 1973.

[22] VIEIRA, Gustavo José Correia. Breves notas sobre a concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos, *op. cit.*, p. 6.

[23] *Ibidem*, p. 6.

[24] *Ibidem*, p. 6.

[25] *Ibidem*, p. 6.

[26] Nesse sentido, vide *La UNESCO y la lucha contra el etnocidio: declaración de San José, diciembre 1981*. Disponível em: <[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000049951\\_spa?posInSet=1&queryId=fc90db91-2504-4fd3-9d6b-eff5b4e720c4](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000049951_spa?posInSet=1&queryId=fc90db91-2504-4fd3-9d6b-eff5b4e720c4)>. Acesso em: 07 mai. 2019, p. 1.

[27] VIEIRA, Gustavo José Correia. Breves notas sobre a concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos, *op. cit.*, p. 7.

[28] *Ibidem*, p. 7.

[29] Contudo, conforme se verá na exposição deste estudo, o etnocídio também pode ser praticado mediante a imposição de uma ideologia política, visando exterminar a ideologia política diversa daquela empregada pelo dominador-repressor. Trata-se de um aspecto fundamental da obra *1984*, qual seja, o extermínio de ideologias políticas que busquem a liberdade individual, e a imposição do culto e adoração ao Grande Irmão, como se verá adiante neste trabalho.

[30] VIEIRA, Gustavo José Correia. Breves notas sobre a concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos, *op. cit.*, p. 8.

[31] DAVIDSON, Lawrence. *Cultural genocide*. New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2012, p. 17.

[32] VIEIRA, Gustavo José Correia. Breves notas sobre a concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos, *op. cit.*, p. 9.



[33] MORIN, Edgar. *Cultura e barbárie europeias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 51.

[34] Cabe ressaltar que no Genocídio Armênio havia um programa de turquificação e islamização dos armênios. O partido no poder (Comitê de União e Progresso) implementou uma política de homogeneização étnica e religiosa, com a imposição da religião muçulmana aos cristãos armênios, dentre outras medidas. Para mais informações, vide AKÇAM, Taner. *El crimen de lesa humanidad de los jóvenes turcos – el genocidio armênio y la limpeza étnica en el Imperio Otomano*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2016.

[35] VIEIRA, Gustavo José Correia. Breves notas sobre a concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos, *op. cit.*, p. 10.

[36] Para mais informações, vide CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da Violência*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

[37] VIEIRA, Gustavo José Correia. *Extermínio cultural como violação de direitos humanos: o contexto criminal do etnocídio e seu desenvolvimento no campo do saber jurídico-penal*. 2011. 224f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 117.

[38] *Ibidem*, p. 83.

[39] Trata-se de uma clara medida adotada pelo Estado do Grande Irmão na obra *1984* de George Orwell, como abordaremos posteriormente.

[40] VIEIRA, Gustavo José Correia. *Extermínio cultural como violação de direitos humanos: o contexto criminal do etnocídio e seu desenvolvimento no campo do saber jurídico-penal*, op. cit., p. 120.

[41] *Ibidem*, p. 120.

[42] BÁEZ, Fernando. *A história da destruição cultural da América Latina: da conquista à globalização*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010, p. 49.

[43] Nesse sentido, para mais informações sobre a temática da corporalidade e da memória vide VIEIRA, Gustavo José Correia. Crimes contra a humanidade e a perspectiva anamnética da justiça: a relação entre a corporalidade e a memória. *Revista Jurídica Unigran*, v. 19, n. 37, p. 149-157, 2017. Disponível em: <[https://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/37/sumario.php](https://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/37/sumario.php)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

[44] Pode-se referir que todo poder etnocida busca colocar sua marca no corpo. Este é o receptáculo da vontade de poder de destruir e de estabelecer uma nova identidade, qual seja, a identidade imposta pelo repressor. Para mais informações, vide SÉMELIN, Jacques. *Purificar e destruir: usos políticos dos massacres e dos genocídios*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009, p. 25-26.

[45] Vide WILL, Karhen Lola Porfirio. *Um retrato do genocídio cultural no campo jurídico internacional*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_bi](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bi)

bliblioteca/bibli\_servicos\_produtos/bibli\_boletim/bibli\_bol\_2006/RTrib\_n.969.06.PDF>

. Acesso em: 11 abr. 2018, p. 02.

[46] JAULIN, Robert. *El etnocidio a través de las américas*. Madrid: Siglo XXI editores, 1976, p. 333.

[47] ESPARZA, José Javier. *El etnocidio contra los pueblos: Mecánica y consecuencias del neo-colonialismo cultural*. Disponível em: <  
<http://www.robertexto.com/archivo12/etnocidio.htm>>. Acesso em: 08 mai. 2019, p. 1.

[48] CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 25.

[49] *Ibidem*, p. 25.

[50] *Ibidem*, p. 28.

[51] *Ibidem*, p. 32.

[52] *Ibidem*, p. 32.

[53] *Ibidem*, p. 32-33.

[54] CHAUI, Marilena. *Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro*. Belo Horizonte: Autêntica Editora; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2014, p. 117-118.

[55] *Ibidem*, p. 126.

[56] *Ibidem*, p. 126.

[57] CHAUI, Marilena. *O que é ideologia, op. cit.*, p. 73.

[58] *Ibidem*, p. 79.

[59] *Ibidem*, p. 79-80.

[60] *Ibidem*, p. 82.

[61] ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Temas de filosofia*. São Paulo: Moderna, 2005, p. 150.

[62] *Ibidem*, p. 150.

[63] *Ibidem*, p. 150.

[64] *Ibidem*, p. 151.

[65] *Ibidem*, p. 151.

[66] *Ibidem*, p. 151.

[67] *Ibidem*, p. 151.

[68] *Ibidem*, p. 151.

[69] SÉMELIN, Jacques, *op. cit.*, p. 60-61.

[70] ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 520.

[71] *Ibidem*, p. 520.

[72] *Ibidem*, p. 521.

[73] *Ibidem*, p. 521.

[74] *Ibidem*, p. 521.

[75] *Ibidem*, p. 521.

[76] *Ibidem*, p. 521-522.

[77] *Ibidem*, p. 522.

[78] *Ibidem*, p. 522.

[79] *Ibidem*, p. 523.

[80] *Ibidem*, p. 523.

[81] *Ibidem*, p. 523-524.

[82] *Ibidem*, p. 524.

[83] Discurso de Stálin de 28 de janeiro de 1924. *Ibidem*, p. 524.

[84] *Ibidem*, p. 525.

[85] *Ibidem*, p. 525.

[86] *Ibidem*, p. 525-526.

[87] *Ibidem*, p. 526.

[88] MARTÍNEZ, Bárbara Martínez. *1984 y los peligros del totalitarismo*. Disponível em: <<https://revistas.ucm.es/index.php/RFRM/article/viewFile/55868/50646>>.

Acesso em: 16 ago. 2018, p. 155.

[89] *Ibidem*, p. 156.

[90] *Ibidem*, p. 156.

[91] *Ibidem*, p. 156.

[92] *Ibidem*, p. 157.

[93] *Ibidem*, p. 157.

[94] *Ibidem*, p. 157.

[95] *Ibidem*, p. 157.

[96] SANTIAGO, Juan Manuel. *1984, de George Orwell*. Disponível em: <<http://www.bibliopolis.org/articulo/1984.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2018, p. 01.

[97] *Ibidem*, p. 02.

[98] *Ibidem*, p. 02.

[99] *Ibidem*, p. 02.

[100] *Ibidem*, p. 02.

[101] *Ibidem*, p. 03.

[102] *Ibidem*, p. 03.

[103] *Ibidem*, p. 03.

[104] MOISÉS, citado por RONCATTO, Gabriel Muttoni. *George Orwell: modernidade e contemporaneidade em 1984*. 2011. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Letras, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 15. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/39424>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

[105] SANTIAGO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 04.

[106] *Ibidem*, p. 05.

[107] *Ibidem*, p. 05.

[108] *Ibidem*, p. 05.

[109] *Ibidem*, p. 05.

[110] *Ibidem*, p. 06.

[111] *Ibidem*, p. 06.



[112] *Ibidem*, p. 06.

[113] *Ibidem*, p. 07.

[114] *Ibidem*, p. 07.

[115] *Ibidem*, p. 07. As teletelas são dispositivos televisores existentes nos locais públicos e privados que captam o movimento e o som de todas as pessoas da Oceania.

[116] SANTIAGO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 07.

[117] *Ibidem*, p. 08.

[118] *Ibidem*, p. 08.

[119] *Ibidem*, p. 09.

[120] *Ibidem*, p. 09.

[121] *Ibidem*, p. 09.

[122] Pode-se afirmar que o amor (ou o culto e adoração) ao Grande Irmão se configura como uma *religião política*, ou seja, é aquela que politiza e se apropria de certos elementos religiosos, com o fim de unir os membros de uma sociedade em torno de uma ideologia. Estes seguidores estão guiados por um guia, espiritual e político, que é o máximo expoente de dita ideologia. Nesse sentido, LÓPEZ-ZURIAGA, Eloísa Suárez. *Estalinismo y religión política: entre la ficción y los acontecimientos históricos*. Disponível em: <<https://revistas.uam.es/bajopalabra/article/view/3592>>. Acesso em: 08 mai. 2019, p. 166. Para mais informações sobre a questão da religião política, vide ZUO,

Jiping. *Political Religion: The case of the Cultural Revolution in China*. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/261825261\\_Political\\_Religion\\_The\\_Case\\_of\\_the\\_Cultural\\_Revolution\\_in\\_China](https://www.researchgate.net/publication/261825261_Political_Religion_The_Case_of_the_Cultural_Revolution_in_China)>. Acesso em: 08 mai. 2019; MAIER, Hans. *Political Religion: a Concept and its Limitations*. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14690760601121614>>. Acesso em: 08 mai. 2019; e ROGGERO, Franco Savarino. *Fascismo y sacralidad: Notas en torno al concepto de "religión política"*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5236234.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

[123] SANTIAGO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 09.

[124] *Ibidem*, p. 09.

[125] *Ibidem*, p. 09.

[126] *Ibidem*, p. 09.

[127] *Ibidem*, p. 10.

[128] *Ibidem*, p. 10.

[129] *Ibidem*, p. 11.

[130] *Ibidem*, p. 11.

[131] *Ibidem*, p. 11.

[132] *Ibidem*, p. 11.

[133] ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 67-68.

[134] *Ibidem*, p. 68-69.

[135] *Ibidem*, p. 348-349.

[136] *Ibidem*, p. 296-297.

[137] *Ibidem*, p. 297-298.

[138] *Ibidem*, p. 298-299.

[139] *Ibidem*, p. 300.

[140] *Ibidem*, p. 300.

[141] *Ibidem*, p. 309.

[142] *Ibidem*, p. 312.

[143] *Ibidem*, p. 312-313.

[144] *Ibidem*, p. 328.

[145] *Ibidem*, p. 303.

## **A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: CONTORNOS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE POR ABUSO DE DIREITO E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.**

**THOMAS UBIRAJARA CALDAS DE ARRUDA**, o autor: Advogado licenciado. Assessor Jurídico na Procuradoria-Geral de Justiça (MP/MT). Especialista em Direito Processual Civil (UFMT).

Antes de adentrarmos no tema central, mais especificamente em relação às situações em que o bem de família poderá sofrer os efeitos da penhora, é necessário tecer algumas considerações a respeito deste instituto. O que é o bem de família? Quais são os fundamentos legais e constitucionais da proteção ao bem de família?

Pois bem. Em suma, **bem de família** consiste no “**imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental, ou entidade de outra origem, protegido por previsão legal**” (TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017).

Para Paulo Lobo, “é o imóvel destinado a moradia da família do devedor, com os bens móveis que o guarnecem, que não pode ser objeto de penhora judicial para pagamento de dívida. Tem por objetivo proteger os membros da família, que nele vivem da constrição decorrente da responsabilidade patrimonial, que todos os bens econômicos do devedor ficam submetidos, os quais, na execução, podem ser judicialmente alienados a terceiros ou adjudicados ao credor” (Direito Civil: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

Trata-se, portanto, da propriedade imóvel utilizada pela família para fins de moradia permanente, sendo que para incidência da regra de impenhorabilidade conforme prevista em lei, é indispensável que a entidade familiar resida no local ou dependa do seu aluguel para manutenção de sua subsistência.

É de rigor destacar que o **Superior Tribunal de Justiça** ampliou o conceito de bem de família, para abranger, também, **“o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”**, entendimento cristalizado no enunciado de **súmula n. 364**.

São duas as espécies de bem de família: o bem de família **legal**, decorrente da própria condição de se tratar de única moradia do núcleo familiar, ou seja, possui essa natureza independentemente de sua inscrição no cartório; e o bem de família **convencional** ou **voluntário**, que é aquele oriundo do ato de vontade da entidade familiar, instituído mediante a formalização do registro no cartório de imóveis.

A impenhorabilidade do bem de família legal possui previsão no **art. 1º da Lei n. 8.009/1990**, o qual disciplina que **“o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”** (art. 3º da Lei n. 8.009/90). Dentro das regras de proteção contra a penhora compreende-se, ainda, “o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

Já a impenhorabilidade convencional ou voluntária encontra amparo no **art. 1.711 do Código Civil**. Referido dispositivo estabelece que **“podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família”**. A parte final do dispositivo acrescenta a ressalva de que o valor do bem convencionado não poderá ultrapassar um terço do patrimônio líquido existente no momento do ajuste. Além

disso, a sua alienação apenas poderá se efetivar com a autorização dos interessados, conforme disciplina o art. 1.717 do Código Civil.

Dito isto, é preciso delimitar o âmbito de incidência das regras de impenhorabilidade, já que em determinadas situações o devedor se utiliza da proteção legal conferida ao imóvel para firmar negócios jurídicos economicamente inviáveis e oferecem o referido bem como garantia fiduciária, como por exemplo, nos contratos de financiamento.

Assim como nos casos em que o devedor investe grande parte do seu patrimônio em imóvel excessivamente caro e luxuoso, com o intuito de obstar eventual penhora, a impenhorabilidade vem sendo afastada pelo STJ em determinadas situações em que as condutas dos devedores contrariam a boa-fé, princípio basilar que deve permear todos os negócios jurídicos.

Em relação à ocorrência de fraude à execução, por exemplo, o Tribunal já havia firmado o entendimento no sentido de ser possível desconstituir a impenhorabilidade. Embora a Corte Superior tenha conferido a mais ampla proteção ao bem de família, sempre atribuindo a interpretação mais favorável ao art. 3º da Lei n. 8.009/90, na ocasião do julgamento do **REsp n. 1.494.394/SP** esclareceu que **“essa proteção não pode ser utilizada para abarcar atos diversos daqueles visados pela Lei 8.009/1990, tornando imperioso o afastamento da proteção quando verificada a existência de atos fraudulentos ou constatado o abuso de direito pelo devedor que se furta ao adimplemento da sua dívida, sendo inviável a interpretação da norma sem a observância do princípio da boa-fé”**.

Mais recentemente, vemos dois julgados que reafirmam a compreensão acima, ou seja, para afastar a impenhorabilidade em decorrência de oferecimento do bem de família como garantia em contratos de financiamento e empréstimos com instituições financeiras.



Trata-se do **REsp n. 1.560.562/SC** (julgado em 02/04/2019), de relatoria da ministra Nancy Andrighi, o qual consignou que **“não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnando pela sua exclusão”** e do **REsp n. 1.559.348/DF** (julgado em 18/06/2019), de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, no qual se construiu similar interpretação. Neste último, o magistrado se convenceu de que **“o abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário devem ser reprimidos, tornando ineficaz a norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico”**.

Como se vê, há uma tendência da jurisprudência de flexibilizar a proteção ao bem de família quando restar evidente que o devedor abusou do seu direito ou empreendeu medida que contraria a cláusula geral da boa-fé objetiva contratual.

No caso dos empréstimos, financiamentos e outros contratos similares, parece não haver dúvidas de que a indicação do bem de família como garantia fiduciária implica na desconstituição da impenhorabilidade deste bem. Pensar de modo contrário é o mesmo que avalizar a má-fé e transformar a proteção legal em um escudo em favor de planejadas ilegalidades.

Mas nada é tão simples quanto parece, pois sabemos que na prática os casos concretos levados ao Judiciário carregam contorno tão particulares que a lei ou os entendimentos construídos jurisprudencialmente devem ser analisados com destacada atenção, com os olhos sempre voltados ao direito constitucional – fundamental - à moradia.

Assim, a título de exemplificação, pode ocorrer de um devedor ter oferecido como garantia, na época do ajuste contratual (financiamento bancário), um determinado bem imóvel X, o qual naquele momento não era utilizado para fins de moradia e não era o único imóvel da família, pois possuía, também, os imóveis Y e

Z. Suponhamos que após alguns anos, em virtude de crise financeira, a família se mudou para o imóvel X, onde os custos de manutenção eram bem inferiores aos demais. Com o tempo, a crise se agravou e os imóveis Y e Z precisaram ser alienados para pagar dívidas, restando apenas o imóvel X, local onde a família passou a residir. Ocorre que a situação financeira ficou tão difícil que o devedor começou a atrasar as parcelas do financiamento até não conseguir mais efetuar os pagamentos mensais, levando a instituição financeira a iniciar um processo de execução, requerendo a penhora do imóvel X.

No hipotético cenário acima descrito, restou claro que o bem imóvel foi dado em garantia no contrato bancário por livre vontade da parte contratante, mas, no decorrer do contrato, se tornou o seu único bem imóvel e, ainda, o local de moradia sua e de sua família. A pergunta a ser feita é: seria razoável permitir a penhora do único imóvel da família, atualmente utilizado para fins de moradia?

Nesse caso, é possível observar algumas peculiaridades que exigem uma análise mais acurada por parte do julgador. Deve-se analisar, em primeiro lugar, se, de fato, o imóvel X é o único bem imóvel do devedor e se está sendo utilizado como residência da entidade familiar. Outra questão que deverá ser avaliada é se as alienações dos demais imóveis foram estrategicamente planejadas e realizadas com o intuito de impedir a penhora do imóvel X, sob o pálio da impenhorabilidade do bem de família.

Assim, o ponto de partida é a análise da narrativa fática e dos documentos apresentados, dos quais se permitirá extrair uma visão geral do contexto situacional da entidade familiar no aspecto da suposta crise econômica enfrentada e, por conseguinte, a inocorrência de abuso de direito ou má-fé do devedor.

O direito fundamental à moradia prevalece, ao menos em regra, sobre o direito ao crédito, sobre o direito à livre iniciativa, bem como sobre outros de caráter meramente patrimonial. O seu núcleo essencial reflete o espaço mínimo existencial

destinado a assegurar uma subsistência digna ao indivíduo, motivo pelo qual não deverá ser sacrificado descriteriosamente sob o argumento de que o devedor se encontrava no pleno exercício da sua autonomia de vontade.

Não se pode concluir, portanto, que a mera indicação de determinado bem como garantia em um contrato seja suficiente para desconstituir a regra da impenhorabilidade do bem de família. Há limites significativos para a restrição (ou renúncia) de direitos fundamentais. Por isso, a eficácia da norma protetiva poderá ser excluída apenas excepcionalmente, repise-se, quando identificados o abuso do direito de propriedade, a fraude ou a má-fé do devedor, conforme o entendimento gravado pelo Superior Tribunal de Justiça.

## VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E O JUIZ PRESIDENCIALISTA

**LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO  
HENRIQUE DA SILVA JUNIOR**, o autor:  
Acadêmico do curso de direito da  
Universidade Cândido Mendes - Campus  
JPA.

De acordo com o extraído do Art.212 do Código de Processo Penal, o ordenamento processual penal pátrio adotou, com o advento da lei 11.690/08 o sistema Cross Examination, pelo qual as perguntas são feitas pelas partes diretamente à testemunha, sem intervenção do magistrado, salvo no que se refere à repetição de perguntas, indução de respostas ou que não tenham relação com a causa.

Diferenciando-se do sistema de inquirição anteriormente adotado, o sistema presidencialista, pelo qual o Juiz detinha o papel de verdadeiro presidente da inquirição, devendo as perguntas serem solicitadas a este, que as fazia diretamente as partes, fazendo com que o contato entre as partes e a testemunha fosse reduzido ao mínimo necessário para o engendramento da instrução probatória, conforme expunha a antiga redação do Art.212:

*Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.*

Nota-se, portanto, que o juiz exercia papel de protagonista na instrução, visto que este detinha total poder para negar ou aceitar as perguntas, colocando os verdadeiros atores processuais em posição de submissão à autoridade judiciária, exacerbando o efeito psicológico causado pelas perguntas feitas diretamente pelo juiz-presidente, que se colocava num patamar acima dos presentes e detinha poder quase absoluto no deslinde dos trabalhos instrutórios.

Desta forma, a promulgação da lei 11.690/08 trouxe a participação direta das partes na inquirição de testemunhas, permitindo que estas façam as perguntas cabíveis diretamente às testemunhas, cabendo ao juiz nega-las nas hipóteses determinadas no dispositivo processual, restando à autoridade judiciária apenas complementar a inquirição, caso julgue necessário, por meio de perguntas próprias, realizadas diretamente pelas partes, pelo que se convencionou chamar de "esclarecimentos".

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que

puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Contudo, apesar da clareza com que se expõe os imperativos contidos nos dispositivos legais retro colacionados, magistrados seguem negando a posição subsidiária que a eles foi atribuída na instrução, colocando-se em posição presidencial, abusando de sua discricionariedade por meio de interpretações equivocadas do texto legal e se protegendo pelo inefável manto do *pas de nullité sans grief*.

Ante isto, em 2017 o Supremo Tribunal Federal apreciou o HC 111.815/SP, o qual levou a apreciação da corte o caso de uma magistrada que tinha como “praxe” na realização de suas audiências dar início as perguntas as testemunhas e, só após esgotadas suas perguntas, passaria a palavra para as partes, sem prejuízo de, ao final, realizar a complementação.

Sustentava a magistrada que o método agilizava os trabalhos, preservava a imparcialidade na colheita das provas e não importava qualquer prejuízo as partes. Nos reservamos o direito de pular as críticas relacionadas ao absurdo das fundamentações, visto que seria necessário todo um compêndio abordando temas de direito constitucional e processual penal, não é o objetivo desta explanação.

Nos concentramos, todavia, na reserva ao julgamento emanado da Suprema Corte, o qual deferiu parcialmente a ordem, declarando nula a oitiva das testemunhas, assentando a nulidade apenas a partir do vício de procedimento.

Em termos práticos, permitiu a corte que fosse realizada nova oitiva pela mesma magistrada, com observância da norma insculpida no Art.212 do Código de Processo Penal.

Segue ementa do acórdão:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO. ARTIGO 121 DO CÓDIGO PENAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DENULDADES. ORDEM DEFERIDA PARCIALMENTE PARA DECLARAR INSUBSISTENTE A OITIVA DAS TESTEMUNHAS. (HC 111.815/SP, Relator: Min. Marco Aurélio)

Da análise do acórdão, extrai-se que os Ministros entenderam que a atitude de utilizar resquícios do sistema presidencialista gerava nulidade meramente relativa, não sendo necessário anular todo o processo, adotando uma “medida intermediária e de caráter pedagógico” para que a magistrada refizesse a inquirição observando o imperativo do Art.212.

Em debates, os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio concordaram que a inversão da ordem de perguntas altera substancialmente a “correlação de forças” no processo.

Na ocasião, os julgadores não entenderam tratar-se de vício de parcialidade no trâmite da inquirição, razão pela qual permitiram que a fosse realizada nova inquirição pela mesma magistrada, mas com a observância dos postulados processuais cabíveis.

Logramos discordar do exposto, em razão da reserva psicológica do magistrado ao analisar a prova ulteriormente colhida, após a declaração de nulidade da prova anterior.

Isto é, entendemos que a repetição do ato pelo mesmo magistrado perfaz-se em vício de parcialidade, visto que este já está viciado pela prova colhida anteriormente sob o manto de procedimento defasado que permitiu que, em realidade, este protagonizasse a colheita da prova.

A consequência disto será a vinculação psicológica do juiz aos elementos colhidos por meio de procedimento nulo, fazendo com que este busque, conscientemente ou não, corroborar os conhecimentos já adquiridos por meio da nova inquirição.

Pautamos esta cognição na clara alteração do produto oriunda da ordem dos fatores modificada, conforme pontuada pelos magistrados integrantes da Corte Constitucional, desaguando na possível modificação da prova em razão da alteração do meio de colheita desta. Isto é, mudando a perspectiva que se observa, mudar-se-ia o observado.

De toda forma, não se podendo afirmar com total convicção, sem margem de erros, se a inversão da ordem modificaria substancialmente ou não a prova obtida ou a visão do magistrado, redundaria decisão mais adequada a hipótese a anulação do ato, mas também a adequada redistribuição do feito para a realização da inquirição por outro magistrado, não viciado pela prova já colhida e por sua cognição viciada pelos conhecimentos transpassados pelos seus sentidos.



## **INSTRUMENTOS LEGAIS PARA COIBIR PUBLICIDADES ILÍCITAS.**

**MARIA EDUARDA BERNARDES PEREIRA**, o

autor: Estudantes do 10º período do curso de Direito  
no Centro Universitário de Mineiros – UNIFIMES;

JERÔNIMO ARAÚJO RODRIGUES NETO

(Coautor)

**RESUMO:** O presente trabalho foi desenvolvido por meio de análises bibliográficas e tem como objetivo identificar e distinguir as modalidades de publicidades ilícitas previstas no Código do Consumidor para depois apresentar os meios legais de coibi-las. As ideias defendidas nesta monografia são por interpretação e exploração aos conceitos de consumidor, fornecedor, publicidades e direitos coletivos em seu sentido extenso, com o intuito de abranger o maior número de indivíduos que possam ser tutelados pelas ações coletivas e incluir todos os participantes na veiculação de um anúncio como responsáveis às sanções aplicadas na divulgação de publicidades ilícitas. Desta forma, pretende-se identificar os responsáveis na construção e transmissão das mensagens publicitárias para que possam responder frente às demandas legais que visam efetivar as vedações expressas na lei consumerista por meio de sanções dispostas na legislação pertinente. Por fim, analisará os meios judiciais e administrativos de aplica-las, bem como a extensão da coisa julgada material. Ao que foi dito, demonstrará os procedimentos mais adequados e efetivos para dissuadir publicidades ilícitas.

**Palavras-chave:** Publicidade ilícita. Fornecedor. Direito coletivo. Responsabilidade.

**ABSTRACT:** The present work was developed through bibliographical analyzes and aims to identify and distinguish the forms of illicit advertising provided for in the Consumer Code and then present the legal means of restraining them. The ideas defended in this monograph are by interpretation and exploitation of the concepts

of consumer, supplier, publicity and collective rights in its broad sense, with the aim of covering the largest number of individuals that can be protected by collective actions and include all the participants in the placement of an advertisement as responsible for the sanctions applied in the dissemination of illegal advertising. In this way, it is intended to identify those responsible in the construction and transmission of advertising messages so that they can respond to the legal demands that aim to effect the prohibitions expressed in the consumer law through sanctions set forth in the pertinent legislation. Finally, it will analyze the judicial and administrative means of applying them, as well as the extent of the res judicata material. That said, it will demonstrate the most appropriate and effective procedures to deter illicit publicity.

**Keywords:** Illegal advertising. Provider. Collective rights. Responsibility.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A Proteção Constitucional aos Direitos do Consumidor. 3 Conceito de Consumidor. 4 Conceito de Fornecedor. 5 Conceito de Publicidade. 5.1 Publicidade Abusiva. 5.2 Publicidade Enganosa. 5.3 Publicidade Clandestina. 6 A Defesa em Juízo nas Relações Consumeristas. 7 Responsabilidades às Publicidades Ilícitas. 8 A Extensão Efeitos da Coisa Julgada sob a Tese do STJ. 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa individualizar as espécies de publicidades ilícitas e indicar formas de restringi-las, tanto no âmbito judicial, quanto por meio dos órgãos responsáveis a sua fiscalização, além de mostrar soluções aplicáveis a essas práticas através dos instrumentos já previstos pela própria legislação, assim sendo, as sanções elencadas na Lei Federal nº 8.078/90 denominada Código do Consumidor - CDC.

Como se sabe, o mercado de consumo é o regrador da economia de um país, logo, importante que as partes contraentes estejam em equilíbrio para o desenvolvimento nacional. Nesse sentido, a lei consumerista reconheceu a vulnerabilidade do consumidor, demonstrando a existência de uma disparidade de conhecimento técnico, jurídico, econômico e, principalmente, informacional entre fornecedor e consumidor, inserindo como garantia fundamental na Constituição Federal, proteção aos seus interesses.

Ao se pensar em consumo, remete-se ao ditado popular “a propaganda é a alma do negócio” que, em análise a função publicitária, denota-se seu cunho, não só informativo, mas também, persuasivo, pois não apenas torna público o conhecimento de uma marca ou empresa, como também tenta convencer o consumidor à aquisição. E para tanto, principalmente em razão da livre concorrência, muitas vezes usa-se técnicas desleais que visam ludibriar o consumidor, porém todas elas expressamente vedadas pelo Código do Consumidor, que as classifica em três modalidades: clandestina, enganosa e abusiva.

Adiante, evidenciaram-se os meios judiciais e administrativos para a aplicação das sanções mais eficazes e, para isso, expôs-se os tipos de demandas coletivas e os tipos de interesses que a envolvem (difuso, coletivo e individual homogêneo), bem como a legitimidade para propor essas ações e a extensão de seus efeitos.

No que tange a responsabilização, demonstrou-se que o anunciante possui características que se assemelham ao conceito de fornecedor, de modo que frente às publicidades ilícitas, todos respondem de forma igualitária. Por fim, a pretensão final do trabalho busca esclarecer a prejudicialidade das publicidades ilícitas e, dito isso, mostrar as formas de coibi-las e responsabilizar não apenas o fornecedor, mas também todos os envolvidos na veiculação da mensagem publicitária.

## 2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Os direitos e garantias fundamentais à pessoa foram conquistados ao longo de décadas, por desbravamentos e reivindicações civis tão gloriosas e delineadas no tempo, que a doutrina as atribuiu classificações denominadas gerações — ou, por alguns doutrinadores, dimensões — que dizem respeito à evolução dos direitos; doutrinariamente, destaca-se a proximidade da progressão dos direitos individuais e coletivos ao popular lema francês: liberdade, igualdade e fraternidade, respectivamente a 1ª, 2ª e 3ª geração, conforme será observado a seguir às concepções de LENZA (2016).

Na primeira dimensão, o recém Estado de Direito — pós-autoritarismo —, que dá ao indivíduo, não somente a titularidade de direitos políticos e civis, como também, liberdade pública e tem como fator central a não intervenção estatal nas relações entre particulares.

Quanto à segunda geração, esta é marcada pelas reivindicações de direitos trabalhistas e assistências sociais devido às péssimas condições de trabalho após a Revolução Industrial europeia, desta forma, voltaram-se os olhos aos direitos sociais, culturais e econômicos, referência à igualdade. Em virtude disto, a intervenção estatal mostrou-se fundamental para disciplinar e proteger as partes de uma relação particular-particular.

Na terceira geração nasceram os direitos transindividuais — matéria que será tratada mais à frente — isto é, solidariedade atribuída ao direito coletivo, a qual se instaurou por efeito à mudança na sociedade internacional e pelo crescimento científico. Pode-se destacar, a esta época, o surgimento dos direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e, como destaque a esse trabalho, o direito do consumidor, todos relativos à coletividade. Há aqui a forte presença da fraternidade.

À quarta dimensão vê-se a universalização dos direitos, em outras palavras, a conhecida globalização política dos direitos fundamentais no campo institucional, com ênfase ao direito à democracia, informação e pluralismo político.

E, por fim, Garcia (2017) defende uma quinta dimensão direcionada às relações constituídas ciberneticamente; neste ponto, as publicidades enquadram-se, pois em sua esmagadora maioria são transmitidas por meios eletrônicos, tais como televisão, celulares e outros; mesmo neste mundo virtual, o Estado ainda atua como garante dos direitos fundamentais e regras devem ser observadas.

Como se pode inferir da evolução acima narrada, é imprescindível que o Estado atue como garantidor dos direitos indisponíveis, individuais e coletivos, tanto ao legisla-los, quanto ao atribuir-se legitimidade para tutela-los, pois como a própria história denota, sem a atuação estatal como protetor de tais direitos, em uma situação litigiosa, não seria possível um justo julgamento, em razão da disparidade de armas e de conhecimento entre quem tem o domínio da coisa e quem é vulnerável dentro da relação, principalmente ao se falar de consumo, já que na maioria absoluta das vezes tem-se de um lado o fornecedor com conhecimento técnico e disponibilidade econômica e, do outro lado, o consumidor vulnerável jurídica, fática, informacional e tecnicamente.

Demonstrado o direito do consumidor em meio à evolução histórica das conquistas fundamentais para a dignidade humana, torna-se evidente a importância do estudo dessa matéria, ademais, ao passo que a massa populacional aumenta, há evolução na sociedade e, conseqüentemente, surgem novas necessidades aquisitivas, com isso, passa-se a existir mais relações consumeristas, as quais resultam novos conflitos a serem solucionados, como também novos direitos a serem incluídos no ordenamento jurídico; por conseqüência, adotou-se um Estado intervencionista e mediador que propõe uma igualdade nas relações no âmbito jurídico.

A tutela estatal aos direitos do consumidor expressa-se na Constituição Federal, fator importante por estar prestigiado no inciso XXXII do artigo 5º, que traz um rol de direitos individuais e coletivos tidos como fundamental. Isso transcreve o que foi dito anteriormente: o Estado propõe ao consumidor igualdade ante os litígios judiciais ao criar, assegurar e pleitear tais direitos. Assim prescreve o dispositivo mencionado: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, não somente, faz disto, princípio da ordem econômica.

Portanto, para efetivar a proteção ao consumidor exposta na Constituição Federal é que se promulgou o Código do Consumidor, onde se trata em um capítulo específico sobre publicidades ilícitas, como também, os instrumentos processuais e punitivos aplicáveis a estas práticas, atendendo o Estado o interesse coletivo e assim intervindo no âmbito das relações econômicas.

### 3 CONCEITO DE CONSUMIDOR

Para se explorar determinadas peculiaridades de uma relação de consumo, importante tratar sobre o alcance conceitual da palavra consumidor e abranger não apenas o adquirente destinatário final, mas também, aquele que integre a relação devido a um pré-contrato.

O artigo 2º da lei n. 8.078/90 delimita o conceito de consumidor a “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”; Garcia (2017, p. 27) destrincha esse conceito em três elementos: subjetivo, objetivo e teleológico, nos quais correspondem respectivamente ao sujeito “pessoa física ou jurídica”, à “aquisição ou utilização de produtos ou serviços” e à “finalidade pretendida caracterizado pela expressão destinatário final”.

Por não haver em lei uma definição, a doutrina instituiu teorias que denotam os elementos constitutivos do destinatário final, resumidamente são elas: a) teoria finalista (subjetiva) em que para ser considerado um destinatário final, o uso seria



apenas de quem adquiriu e de forma pessoal, para si próprio, sem intuito lucrativo; b) teoria maximalista (objetiva) que para caracterizar destinatário final é prescindível a finalidade da aquisição do produto ou serviço, pois ao adquirir para fins lucrativos quem ora desempenhava como fornecedor passa a ser consumidor; e, a que mais se adequa a legislação vigente c) teoria finalista aprofundada em que a vulnerabilidade apresentada pelo consumidor é o que caracteriza como destinatário final, não importando diretamente o fim lucrativo ou mesmo se é o último a utilizar o produto ou serviço.

Quanto ao eixo central que traduz a todas essas teorias a fim da aplicação das normas consumerista é a vulnerabilidade, tida como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, que se dividem em técnica, jurídica, fática e informacional.

A vulnerabilidade técnica diz respeito à ausência de conhecimento do adquirente acerca do produto ou serviço comprado, isto facilita que seja induzido a erro pelo fornecedor; a jurídica ou científica refere-se à falta de conhecimento sobre questões incidentes à relação que compõe todo o processo que permite aquela transação, como exemplo, as leis e impostos concernentes àquela mercadoria.

Já a vulnerabilidade fática são as escassezes econômicas, físicas e psicológicas, a qual se relaciona com anúncios publicitários, principalmente na parte psicológica, em que para persuadir o consumidor busca atingir seu subconsciente, pois muitos anunciantes se aproveitam das crenças dos consumidores que, por vezes, reduzem a capacidade de raciocinar sobre a veracidade do que é anunciado.

Por último, a informacional, como o próprio nome indica, cuida-se de uma vulnerabilidade muito explorada pelos anúncios publicitários, pois seu objetivo é justamente o convencimento, em que para tanto se utiliza a ausência de informações ou informações inverídicas que induzam a erro.

A vulnerabilidade divide-se em diversas modalidades, ademais é o ponto principal que classifica alguém como consumidor e implica a incidência do CDC, como também se verifica a não taxatividade, em outras palavras, poderá haver mais modalidades.

Entende-se assim que, em uma discussão sobre a possibilidade de alguém ser ou não consumidor, seja pessoa física ou jurídica, os operadores do direito possuem a liberdade em deliberar o tipo de vulnerabilidade que cerca a situação, inclusive as que não estejam descritas doutrinariamente e, assim, encontrar uma resposta àquele caso.

O parágrafo único do artigo 2º da lei consumerista, responsável por conceituar consumidor traz a seguinte redação: “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Depreende-se da leitura deste dispositivo, uma conexão direta com as publicidades, pois nas proporções que atualmente são veiculadas, é impossível determinar o alcance do dano, porém as sanções aplicadas ao veiculador de anúncio publicitário ilícito, responderá da mesma forma e, já adiantado, mesmo que haja uma ação que discuta a ilicitude de uma publicidade no âmbito coletivo, pode cada qual interpor sua própria ação individual para cuidar das peculiaridades que concernem ao seu caso, isto será tratado de forma mais aprofundada a frente.

Ao se discutir quem é o consumidor em determinada situação concreta, importante analisar o artigo 29 do Código do Consumidor, que traz a seguinte redação “para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”, averigua-se da estrutura do código consumerista que o capítulo aludido no artigo mencionado, trata-se da seção referente às modalidades ilícitas de publicidade.

Consoante ao dispositivo anterior, conclui-se ser consumidor, quanto às publicidades ilícitas, aquele que recebe a mensagem publicitária ou, quando se fala em agir preventivamente, quem poderiam recebê-la, mesmo que não o tenha.

No que diz respeito à publicidade, em consequência do que fora dito acima, se é transmitido qualquer modalidade ilícita e lhe é aferida a capacidade de enganar ou que há abusividade, já se é passível penalização (as sanções serão apresentadas adiante), mesmo que não haja a consumação por parte do consumidor; se perfazem necessários simplesmente o intuito e/ou a probabilidade de lesionar.

Neste raciocínio, mesmo que a pessoa não tenha adquirido a oferta veiculada, é considerada consumidora por ser suscetível disto — verifica-se presente desta forma, as vulnerabilidades ditas acima — o que por si só dá ao Estado o direito e o dever de agir em desfavor do fornecedor que procedeu maliciosamente. Um exemplo disto:

Dessa forma, por exemplo, se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém jamais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anúncio não é enganoso, nem que não se possa — por exemplo, o Ministério Público — ir contra ele. O órgão de defesa do consumidor, agindo com base na legitimidade conferida pelos arts. 81 e s. do CDC pode tomar toda e qualquer medida judicial que entender necessária para impedir a continuidade da transmissão do anúncio enganoso, para punir o anunciante etc., independentemente do aparecimento real de um consumidor contrariado. (NUNES, 2012, p. 134)

Deste modo, em vista da disparidade de armas entre fornecedor e consumidor que levou ao reconhecimento das vulnerabilidades descritas acima, é imperioso o

alcance conceitual de consumidor, porquanto abrangem todos aqueles expostos aos atos dos fornecedores, sendo eficaz em sua finalidade protetora.

#### 4 CONCEITO DE FORNECEDOR

Posterior ao que já foi dito, importante dizer quem é considerado fornecedor, estabelecido de forma genérica e ampla pelo CDC ao englobar todos que exerçam atividade econômica de forma habitual e autonomicamente, como informado pelo artigo 3º da Lei 8.078/90 “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados” desenvolvedoras de atividade “de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”.

Indiscutível a constante mudança no cenário econômico atual, pois como se pode observar, muitos produtos que antes eram apenas vendidos presencialmente, hoje em dia são comercializados *online*, o que faz refletir sobre a aplicação do Código de Consumidor às relações de consumo cibernéticas e, até mesmo, um aprimoramento do Decreto 7.962/13 que cerne sobre contratação no comércio eletrônico, pois nem para tudo há regras específicas e exigem aplicações análogas às normas existentes, porém muitas vezes insatisfatórias para solução de conflitos. Importante lembrar que o CDC foi promulgado em uma época onde o comércio eletrônico começava a ganhar forma.

Conforme novos produtos e serviços ganham espaço no comércio eletrônico, novas relações surgem e, conseqüentemente novos conflitos; apesar de não haver muitas discussões acerca do conceito de fornecedor, justamente pela abrangência de sua definição legal, se defenderá, neste trabalho, a possibilidade do anunciante responder como se fornecedor fosse pelas razões que serão expostas a frente.

O artigo 3º do Código de Autorregulamentação Publicitária traz a seguinte redação “todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da

Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor”; o artigo 15 adiciona nesse mesmo sentido o dever de respeitar os padrões que disciplinam a ética todos que participam do processo publicitário, ademais, expressamente inclui a figura do anunciante.

Tomado por base fundamental os dois artigos acima descritos, defende-se a ideia do anunciante equiparar-se ao fornecedor no que diz respeito às consequências advindas por desobediência ao Código do Consumidor, principalmente quando a intenção recai sobre ludibriar ou induzir o consumidor a erro, pois ao analisar a situação fática, o anunciante expõe ao consumidor determinado produtos/serviço de forma pessoal o que acaba por influenciar a aquisição do que é anunciado, em algumas situações oferece descontos ou promoções em nome da empresa, de forma a agir como intermediário, uma ponte entre o fornecedor principal e o consumidor, do qual por vezes o consumidor adquiriu apenas devido a influência exercida pelo anunciante.

Valioso pensar-se no papel que o anunciante exerce e as circunstâncias fáticas, econômicas e jurídicas que envolvem sua atividade, pois assim é possível harmonizar o conceito de fornecedor com a atividade exercida pelo anunciante.

- Mas quem é o anunciante?

É a pessoa de grande visibilidade que assina um contrato, como pessoa física ou como pessoa jurídica que tem como fim os anúncios publicitários; desta forma, se há a prestação de serviço de anunciar uma empresa ou uma marca, que é exercida como atividade econômica, fica evidente que o anunciante se enquadra perfeitamente ao conceito de fornecedor descrito no CDC.

Deste modo, caso a empresa não cumpra com o que fora anunciado, leva-se ao raciocínio de quem anuncia deve ser responsabilizado por ter oferecido ao consumidor inverdades, o que acarretam prejuízos. Em situações como a do

anunciante não ter conhecimento sobre o intuito enganoso do fornecedor, caberia ação regressiva, além de uma rescisão contratual contra quem o contratou.

Assim, pela possibilidade de o anunciante assumir solidariamente, já que sua imagem está associada ao produto ou serviço, com o fornecedor, seria mais cauteloso em seus anúncios, pois como aferido dos artigos, também é lhe dado a responsabilidade por aquilo que reproduz, logo também o cabe este encargo.

Por ter maior cautela, ambos os lados estariam mais reprimidos em promover atitudes ilícitas que pudessem prejudicar o consumidor, pois neste caso, não teria apenas um lado preocupado sobre a possibilidade de responder por seus atos erráticos, mas ambos os lados com os olhos voltados ao cumprimento estrito da lei — apesar de que muitas das vezes não lhe é uma preocupação devido às sanções aplicáveis serem ínfimas ante o poder econômico e visionário da empresa.

Portanto, enquadra-se no conceito de fornecedor, em seu sentido lato, não só quem fornece o bem ou produto, mas todos aqueles envolvidos na veiculação da mensagem publicitária.

## 5 CONCEITO DE PUBLICIDADE

A publicidade é o meio pelo qual se utiliza de um espaço para divulgar um serviço ou produto dos quais tenham um público alvo com o fim de atrair a atenção e mostrar ao interlocutor sobre a qualidade daquilo que se oferece, ademais, devido a vasta concorrência, convencer a eminência do mesmo.

Nesse sentido, Tartuce (2012, p. 278), conceitua publicidade como “sendo qualquer forma de transmissão difusa de dados e informações com o intuito de motivar a aquisição de produtos ou serviços no mercado de consumo”.

No atual cenário econômico e tecnológico, aquele pela ampla concorrência e este por possibilitar diversos meios de comunicação, a publicidade se mostra um



mecanismo indispensável para capturar a atenção do consumidor e ganhar sua confiança.

Há anúncios sendo realizados a todo o momento e por todo lugar, principalmente nas redes sociais. Porém, nem sempre a mensagem transparecida no anúncio é, em seu todo, verdadeira, o que faz o consumidor recebê-la com olhar crítico. E, com isso, o Código do Consumidor, traz uma breve seção, dedicada à proteção contra publicidades que visam ludibriar o consumidor.

Ticianelli (2007, p. 63), brilhantemente, descreve o porquê da preocupação com as publicidades “Apesar de suas conotações positivas, a publicidade é capaz de representar grandes riscos para os consumidores. A razão disso está no fato de que o desejo de seduzir raramente se harmoniza com a divulgação de informações corretas e adequadas sobre os produtos. ”.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, editado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, que tem como finalidade coibir as publicidades ilícitas e resguardar o consumidor e a empresa ao defender a liberdade de expressão comercial, em seu artigo 8º, aponta o conceito de publicidade “assim entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços”, e ainda, em seu artigo 7º deixa claro a importância do anúncio para o mercado econômico “de vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população...”, ao reconhecer o papel do anúncio na sociedade, está-se um passo a frente para melhor adequá-los à ética necessária para resguardar o consumidor, outro passo é delimitar a liberdade da empresa, e as sanções para quando ultrapassarem tais limites.

Com o intuito de persuasão, os publicitários se valem de inúmeros mecanismos para realizar essas publicidades. O Código de Defesa do Consumidor a fim de restringir aquilo o que poderia ser divulgado, e principalmente a forma como isso seria feito, além de impor condições e normas a serem observadas para

realizalas, estabeleceu modalidades de publicidade das quais são consideradas ilícitas, sejam por serem abusivas enganosas ou até mesmo por não serem perceptíveis.

Independente da esfera jurídica, todo o ordenamento brasileiro estrutura-se em bases principiológicas que dão sustento às normas que dão vida a legislações. Com o código do consumidor não é diferente; Benjamin (2012) destaca o princípio da identificação, da vinculação contratual, da veracidade, da inversão do ônus da prova e, da correção do desvio publicitário como principais.

Primeiramente, o princípio da identificação publicitária está positivado no CDC, especificamente no artigo 36 que impõe que toda veiculação de publicidade deve ser identificável como tal de forma imediata e que não demande esforço; temos aí caracterizado a ilicitude da denominada publicidade invisível, que retira do consumidor a capacidade de formar um pensamento justo sobre o produto ou serviço que está sendo exposto.

O artigo 4º do Código de Consumidor no Capítulo da Política Nacional das Relações de Consumo faz da transparência objetivo da legislação consumerista, ou seja, a informação faz-se indispensável para que as partes possam ter justa noção do que está a contratar.

O princípio da vinculação contratual diz respeito a tudo o que for transmitido na mensagem publicitária, deverá ser cumprido pelo fornecedor. É o chamado pré-contrato que está disposto no artigo 30 da Lei 8.078/90 "Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. " .

Como o próprio nome sugere, o princípio da veracidade refere-se à obrigatoriedade de ser verdadeiro e honesto na mensagem transmitida, não referente apenas à legislação em si, mas também ao exercício da moral e da boa-fé, que regem as relações pessoais e também comerciais e civis.

Penúltimo, a inversão do ônus da prova tem uma exceção positivada no artigo 38 por ser automática quando referente à publicidade, veja-se: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina. ”, assim, em caso de ações ou procedimentos administrativos, cabe ao próprio fornecedor provar o que veiculou, independentemente do autor da ação o requerer, a bastar apenas insinuação da ilicitude.

Por fim, a correção publicitária, verificada no artigo supramencionado, dá ao fornecedor o dever de corrigir as informações veiculadas erroneamente, além de impor sanções as ações feitas por má-fé.

Evidencia-se essa preocupação com o resguardo ao consumidor contra as publicidades, ao ler-se o artigo 6º do CDC onde constitui como direito básico do consumidor, no inciso IV, “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

As vedações publicitárias têm grande importância no cenário jurídico quando o assunto é marketing, pois assim, resguarda o consumidor, cumprindo seu papel, restritivo e punitivo, ao passo que estabelece vedações, impõe sanções.

Em março de 2016, ocorreu um seminário do Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional - CCS, em que o Senado Federal, noticiou em seu site, a preocupação dos órgãos de regulação quanto às publicidades clandestinas, abusivas e enganosas.

Os conselheiros do CCS manifestaram preocupação com algumas características da publicidade no Brasil, como o papel subalterno da mulher, a falta de veracidade em determinados anúncios, associando-os ao uso por determinada celebridade, as publicidades de medicamentos, em que o tempo para a divulgação das contraindicações é muito curto, e o merchandising em novelas.

É de suma importância tratar o conceito jurisdicional e doutrinário das publicidades ilícitas para que se entenda a dimensão e o âmbito o qual cada uma se perfaz, além de discutir a falta de processamento dessas publicidades, e questionar sobre os meios de coibi-las.

#### 5.1 Publicidade Abusiva

O artigo 37 da mesma legislação, em seu parágrafo segundo, traz um rol exemplificativo sobre quais são as publicidades consideradas abusivas. Logo, dá-se ao magistrado a discricionariedade de aplicar ao caso concreto o conceito de abusividade, não estando vinculado apenas ao que está descrito no código.

É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (BRASIL, 1990)

A primeira caracterizante é a discriminação feita pelo anúncio que se dá por meio da ofensa e incentivo à segregação por diferenças étnicas, sociais, sexuais ou por qualquer outro motivo; é extremamente vedada por seu cunho desrespeitador.

Seguinte a isto, há a incitação à violência, a exploração do medo e da superstição, todas vedadas por sua abusividade, pois expõem a vulnerabilidade do

consumidor e alimentam problemas sociais que a muito se tenta dirimir da sociedade, como exemplo disto, racismo.

Ulteriormente, tem-se o aproveitar da “deficiência de julgamento e experiência da criança”, porém destacam-se não só as crianças, mas também qualquer consumidor, nesse sentido o artigo 23 do código autorregulamentador dispõe que “os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade. ”.

Nota-se a preocupação dos legisladores em englobar a todos, porquanto todo consumidor, independentemente da idade, é passível de ser enganado ou ser abusado ao tratar de publicidades. Por fim, ressalta a cautela publicitária quanto à conservação ambiental e a saúde e segurança do consumidor, não as ofendendo, nem as incitando.

Consuma-se publicidade abusiva pela simples veiculação da mensagem publicitária, não há que se falar em dano consumado, nem sobre a intenção dolosa ou culposa do agente, mas sim no seu teor abusivo que enquadre no artigo 37, ainda mais pelo fato que a atuação é preventiva, já que a finalidade é a proteção do consumidor.

O plenário do Senado Federal, em primeira votação, aprovou o Projeto de Lei da deputada Erika Kokay, que altera o artigo 37 da lei consumerista; a nova redação conceituaria publicidade abusiva como “informação de texto ou apresentação sonora ou visual que, direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambiguidade, leve o consumidor a engano quanto ao produto ou serviço anunciado”.

Como sanção para esse tipo de procedência, o Código do Consumidor abrange tanto a esfera administrativa quanto a esfera penal, que veremos no capítulo das sanções, explicado.

Para finalizar, publicidade abusiva é o meio desleal de ferir, por qualquer razão intrínseca ao ser humano, o consumidor e, desta forma, incitar aquilo que é prejudicial para o indivíduo ou mesmo, para coletividade como um todo.

## 5.2 Publicidade Enganosa

Um dos métodos antiéticos utilizados a fim de persuadir o consumidor a adquirir certa marca, do qual despertou o legislador a vedar expressamente pelo código, é a enganosa. Conceituada no código de defesa do consumidor ela visa garantir que a verdade sobre o anunciado seja transmitida, sem nenhuma dissimulação.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitária, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 3º para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (BRASIL, 1990)

Nos escritos de Tartuce (2012, p. 280), diz ser imprescindível tratar o dolo existente nessa conduta, isto é, o “intuito de enganar alguém e ter benefício próprio”, seja por meio de um ato comissivo ou omissivo.

O mesmo autor, diz ser ato comissivo do agente em que produz uma ação ou transmite uma informação que induz a erro o consumidor, trata-se de um dolo



positivo, já quando o fornecedor ou o anunciante deixa de fornecer uma informação que leva o consumidor a ter uma concepção errônea da realidade do produto ou serviço oferecido, diz sobre a omissão do agente, logo, o dolo existente será o dolo negativo.

Quanto à intenção do agente, não é necessário comprovar a existência de um dano ocorrido, mas a pura e simples capacidade de induzir a erro, assim em sua obra elucida:

CAPACIDADE DE ENGANAR E ERRO REAL - A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. A enganabilidade é aferida, pois, em abstrato. O que se busca é sua "capacidade de induzir em erro o consumidor", não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual. (BENJAMIN, 2011, p. 384)

Com o mesmo raciocínio, Tartuce (2012, pág. 284), diz ser necessária a capacidade de induzir a erro, não bastando apenas não corresponder à realidade.

"Dessa forma, se a conduta publicitária for capaz de causar qualquer tipo de engano, mesmo que indireto, a gerar prejuízos mediatos ao consumidor, ficará configurada a publicidade ilícita. Caso não haja prejuízo, não se pode falar em publicidade enganosa".

Na decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, a relatora, ao fundamentar seu voto, citou a publicidade que muito gerou polêmica por ousar ao imputar dados falsos em sua veiculação. Porém, apesar de oferecer dados falsos, a relatora aludiu

a capacidade de induzir a erro ser inexistente ao “homem médio” como verificado abaixo.

Um exemplo recente disto é a propaganda da RedBull, na qual o consumidor, ao ingerir a bebida, cria asas e voa. Ora, a informação transmitida é inteiramente falsa, mas não há enganabilidade porque nenhum ‘homem médio’ irá tomar aquela propaganda falsa como verdadeira. Trata-se apenas de um artifício da empresa, para mobilizar as emoções dos consumidores, atrair sua atenção e simpatia pelo produto fabricado, o que é permitido e não representa agressão ao direito dos telespectadores à mensagem verdadeira, porque a percepção do fantasioso afasta a enganabilidade. O ponto principal para a aferição da enganabilidade de determinado anúncio ou propaganda diz respeito à possibilidade de indução de consumidores em erro. É necessário, portanto, que a informação inverídica, pelo contexto em que se insere, seja capaz de ludibriar as pessoas que a contemplam. (TJPR - 10ª C.Cível em Composição Integral - EIC - 909157-8/02 - Foz do Iguaçu - Rel.: Ângela Khury - Unânime - - J. 13.08.2015) (TJ-PR - EI: 909157802 PR 909157-8/02 (Acórdão), Relator: Ângela Khury, Data de Julgamento: 13/08/2015, 10ª Câmara Cível em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 1676 26/10/2015).

Conclui-se que para averiguar se a mensagem transmitida caracteriza publicidade ilícita por enganabilidade, deve ser ponderado não apenas o intuito do fornecedor e do anunciante, mas a capacidade de induzir o consumidor a erro.

Assim, protege-se não apenas o lado vulnerável da relação, como também o elo mais forte, ou seja, a empresa que anuncia, resguardando-a de ser condenada a sanções por publicidades enganosas, quando na verdade o “homem médio” era capaz de notar a realidade transmitida da mensagem em hipérbole, apenas usando de má-fé para obter vantagem sob o fornecedor, e, principalmente, do anunciante quando se trata de pessoas com grande visibilidade.

### **5.3 Publicidade Clandestina (Invisível)**

Como dito anteriormente, as pessoas estão vis-à-vis com publicidades na maioria do tempo, e não obstante as normas e sanções impostas por lei, ainda assim, existem anúncios dos quais deixam de transparecer a realidade do que ofertam. Destarte, os consumidores adquiriram um olhar criterioso quanto a essas publicidades devido ao receio e desconfiança nas informações transmitidas nestas mensagens.

Por meio da saturação de publicidades, e da suspeita dos consumidores quanto a estas, uma das formas encontradas por publicitários fora a técnica da Publicidade Invisível, proibida pela legislação atual de Defesa do Consumidor, da qual consiste contratar um anunciante, geralmente com grande visibilidade em determinado setor, a fim de divulgar uma marca ou uma empresa, indicando-a, de maneira pessoal e não profissional, ao aludir o próprio uso do que anuncia, não identificando a ação publicitária.

Sendo a informação o ato que dá discernimento para a tomada de decisões, é de suma importância que quando um produto ou um serviço é ofertado, sejam também apresentadas informações no mínimo adequadas sobre eles.

Diante disso, o legislador se preocupou em estabelecer, no artigo 31, o dever de informar, que deve ser rigorosamente cumprido pelo fornecedor, assim, cabe ao

fornecedor prestar informações claras, corretas, ostensivas e absolutamente precisas.

A publicidade invisível, também chamada de clandestina, é vedada expressamente no artigo 36 da Lei n. 8.078/90, *in verbis*, **“a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”** (grifo nosso). Logo, sempre que alguém estiver falando sobre um produto ou serviço, ou ainda seja demonstrado algo sobre os mesmos, o consumidor deverá ser capaz de identificar a publicidade.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária tem determinações análogas. Segundo seu art. 9º, “a atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva, com indicação clara da marca, da firma ou da entidade patrocinadora de qualquer anúncio ou campanha”, no mesmo sentido o art. 28 estabelece **“o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou seu meio de veiculação”** (grifo nosso).

A deslealdade nessas técnicas consiste na ausência de consciência do consumidor de poder enxergar a publicidade como tal, pois ao ver uma pessoa na qual ele credita pela visibilidade do trabalho que exerce ou mesmo por ser referência naquele assunto, propalar um produto ou serviço, sem identificar o anúncio como publicitário, a transparecer como se o que é transmitido fosse um uso do seu dia a dia, mascarado por recomendação, lesiona a capacidade do consumidor de olhar para o anúncio com criticidade, para que possa decidir sobre a credibilidade do que é ofertado.

Um bom exemplo disso é dado por Rizzatto Nunes ao lecionar exemplificando como funciona essa técnica.

Pelo uso dessa técnica o consumidor é levado a acreditar em situações que em princípio não correspondem à realidade.

Por exemplo: uma personagem na novela das 8 torna-se famosíssima e muito querida dos telespectadores consumidores. (...) Pois bem, aprisionada a crença do consumidor pela personagem que se tornou querida, há a possibilidade inevitável de esse personagem vender o que anuncia. Quando esse personagem é incorporado num anúncio publicitário, sua influência é atenuada, pois o consumidor está assistindo a uma publicidade e sabe disso, podendo atuar criticamente. (NUNES, 2016, p. 546)

Outro caso é apresentado por Renata Castro (2018, p. 15), em sua monografia, *apud* Martin Lindstrom (2002, p.140), na pesquisa exposta em seu livro *Brandwhased*, demonstrada abaixo.

No livro *Brandwashed*, Martin Lindstrom relata uma interessante experiência que demonstra o poder da recomendação. Foram contratados atores para se passarem por uma família bem-sucedida, recém-mudada para Laguna Beach, bairro de alto nível, na área costeira do sul da Califórnia. A missão do grupo, identificado como família Morgensons, era apresentar diversos produtos aos vizinhos, de forma sutil, para análise do quanto seriam capazes de modificar os padrões de compra daqueles, com simples comentários. O autor ficou maravilhado com o resultado: “os amigos dos Morgensons acabaram comprando a média de três marcas por pessoa, entre as dez recomendadas pela família”.

A lesão dita acima se dá justamente pela falta de idoneidade do anunciante ao dizer o que foi pago para pronunciar e não sua verdadeira opinião, mesmo que

ambas coincidam. E por mais que muitas das vezes não venha causar prejuízos materiais, causa prejuízos morais por aproveitar-se de uma vulnerabilidade do consumidor ao ater-se na palavra de quem anuncia.

Por conseguinte, pertence ao fornecedor o dever de oferecer dados necessários para que o consumidor de forma consciente possa desempenhar sua liberdade de escolher do modo que melhor lhe servir, para que não ocorra engano ou abusividade em consequência de uma publicidade realizada incorretamente.

Ademais, a mesma autora (2018, p. 11) com o emprego do neuromarketing, prática que "busca compreender as reações biológicas, conscientes ou inconscientes, relacionadas ao comportamento do consumidor, visando à maior aceitação dos produtos criados e à eficácia da publicidade", há uma intensificação da vulnerabilidade do consumidor, que perde sua autonomia de decisão. Esse acaba assimilando as sugestões publicitárias instintivamente e/ou em razão de falsas interpretações.

Com as redes sociais, e pessoas com elevado número de seguidores, de maneira a ter um grande alcance de visibilidade, as marcas focam em contratar anunciantes ao levar em conta o público o qual o segue. Dessa maneira, se existe uma pessoa com um número considerável de seguidores e a marca da qual se quer anunciar tem o mesmo público-alvo do que aquele seja em plataformas digitais ou nas próprias redes sociais, o agente publicitário o procurará para que realize uma publicidade.

Se a pessoa contratada para anunciar sobre determinada mercadoria tem visibilidade voltada justamente para aquele ramo, e não identifica que ao dizer sobre aquele produto ou serviço trata de uma publicidade, o seu público-alvo, por omitida tal informação, acreditará tratar-se de uma recomendação ou uma resenha como é chamado a prática de falar sobre produtos na internet, o que o influenciaria a comprar ou utilizar-se daquilo, ferida, assim, sua capacidade de interpretar o que



está sendo dito com a consciência de tudo que é dito pelo anunciante não se trata da sua verdadeira opinião, e sim um roteiro do qual ele é pago para cumprir.

Em sua obra, Tartuce (2012, p. 279), compara a publicidade invisível com a simulação, vício do negócio jurídico, prevista no Código Civil, precisamente pela “discrepância entre a vontade interna e a vontade manifestada, isto é, entre a aparência e a essência”.

Na realidade, essa questão da falta de análise pelo consumidor é um problema de toda a publicidade enganosa e que nesse tipo de técnica já nasce especificamente assim, pois o consumidor recebe a informação, mas não a avalia como apelo de vendas. E, sem dúvida, se se suprime do consumidor a chance de agir com um mínimo de liberdade que seja na escolha deste ou daquele produto, trata-se de um engodo. (NUNES, 2016, pág. 546 e 547).

Rizzato Nunes, em seu livro (2016), indaga que a publicidade clandestina é de técnica enganosa ou abusiva, estas duas também consideradas ilícitas pelo Código do Consumidor. E, ao analisar esta indagação, conclui-se que de fato, por enganar o consumidor ao disfarçar publicidade de recomendação, estaria também, abusando da vulnerabilidade. Com isso, afirma-se que a clandestinidade dos anúncios publicitários sempre viria acompanhada de abusividade e/ou engano.

Apesar da grande incidência desse tipo de comportamento pelos publicitários e pelos anunciantes, pouco é denunciado, fiscalizado, ou levado a uma esfera punitiva, seja na penal, civil ou administrativa.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é, subjetivamente, uma lei especial, que regula somente as relações de consumo. Todavia, possui campo de aplicação geral, haja vista que irradia sua disciplina para todos os ramos do Direito,

contando com normas de caráter civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60, 105 e 106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104), assim sendo, é interdisciplinar.

Por fim, ao analisar a aplicabilidade dos conceitos de publicidades ilícitas trazidos pelo código no caso concreto é notável que em uma só ação se tenha todas as modalidades presentes, uma publicidade pode ser enganosa, abusiva e invisível ao mesmo; há a possibilidade de mesclar os conceitos de modo a transformá-los em um só devido à finalidade intuitiva: lesionar o consumidor.

## 6 A DEFESA EM JUÍZO NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Em leitura ao Código do Consumidor, percebe-se a possibilidade de se exercer os direitos individual ou coletivamente, sem que a interposição de um exclua a possibilidade de propositura do outro.

Nesse raciocínio, Rizzato Nunes (2016) ressalta a importância da legislação consumerista na conceituação e diferenciação dos interesses e direitos que são exercidos por meio de defesa coletiva, já discutido em outras normativas, porém sem as especificidades que traz o referido código, que exsurge a importância destes para se cumprir ampla e eficazmente a proteção ao consumidor.

“Muito embora a proteção individual não esteja excluída — o que, aliás, era mesmo de esperar por sua obviedade —, a natureza do regramento é claramente coletiva. Tanto que o CDC acabou por ser o responsável, no sistema jurídico nacional, por definir o sentido de “direitos difusos”, “coletivos” e “individuais homogêneos” (...) “começa-se a ter consciência da importância da ação coletiva, quer proposta pelo Ministério Público, quer proposta pelas Associações de Defesa do Consumidor, porque se começa a perceber que, de

fato, o fundamento primordial da Lei n. 8.078, nas questões processuais, é exatamente este de controlar como um todo as ações dos fornecedores.". (NUNES 2016, p. 792)

Evidente que a ação coletiva traz benefícios ao judiciário no que cerne sobre vários indivíduos ocupando o mesmo polo de uma ação, neste sentido Mazzilli (2017, pg. 64) sabiamente verificou a intenção do legislador ao instituir a defesa coletiva no âmbito consumerista, em resolver "problemas atinentes à economia processual, à competência, à legitimação ativa, à destinação do produto da indenização e à imutabilidade da coisa julgada. "

O Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo – CMSP editou a súmula 07 conveniente ao presente tema, que nesse sentido evidencia os benefícios de uma demanda coletiva:

SÚMULA n.º 7: "O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81, III, c/c o art. 82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art. 21 da Lei nº 7.347/85 (LACP), que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, **da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes.**". (Grifo nosso)

Sendo assim, no intuito de disseminar a defesa do consumidor comunitariamente, a Lei Federal n. 8.078/90 disciplinou os interesses e direitos

passíveis de demandas coletivas e, por consequência, não apenas delimitou as características de cada um, como deu vida aos interesses individuais homogêneos.

O primeiro a ser explorado é o direito difuso, conceituado no artigo 81 da lei consumerista, especificamente em seu inciso I, que diz ser difuso o interesse ou direito transindividual, indivisível, de titularidade indeterminada, em que o vínculo entre as partes dá-se por uma circunstância de fato. Nas palavras de Rizzato Nunes (2016, p. 798) “se trata de uma espécie de direito que, apesar de atingir alguém em particular, merece especial guarida porque atinge simultaneamente a todos. ”.

O primeiro aspecto que traz a legislação é a transindividualidade, que se refere a extensão do dano ou mesmo de sua potencialidade, que transcende o individual a ponto de não ser possível reconhecer seu alcance.

Os titulares do direito difuso são pessoas indetermináveis e, com isso, não há a possibilidade de se mesurar o dano causado, pois não é a existência concreta do dano que faz surgir o direito, apenas sua potencialidade, ou seja, mede-se a capacidade de lesão e não o dano em si, assim sendo, age-se também preventivamente àqueles que ainda não sofreram nenhum tipo de detrimento.

No mesmo raciocínio acima, Rizzato Nunes (2016, p. 798) relata:

Mas, o só fato de alguém em particular ter sido atingido pelo anúncio não só não elide os demais aspectos formadores do direito difuso em jogo, como, ao contrário, exige uma rápida atuação dos legitimados para a tomada das medidas capazes de impedir a violação ao direito difuso (no caso, o anúncio enganoso).

Outra característica é a indivisibilidade do direito, em outros termos, todos tem o mesmo direito como um todo, e não cada um uma parcela, pois todos são atingidos de forma concomitante e indiferenciada. Em melhor explanação,

Leonardo (2016 p. 481) leciona “não se pode dizer que o consumidor ‘X’ tem a parcela ‘X’ desse direito e o consumidor ‘Y’ tem a parcela ‘Y’: ao contrário, todos partilham do direito de forma integral”.

A última característica é quanto à origem do direito, em que independe de uma relação jurídica-base construtiva da vinculação entre fornecedor e consumidor preexistente ao dano, desta forma, a potencialidade ou o dano em si faz nascer o pressuposto de um direito, logo, uma circunstância de fato.

Um excelente exemplo sobre o direito difuso é a publicidade enganosa, ilustrada abaixo por Daniel Amorim (2012, p. 451):

Exemplo classicamente dado de direito difuso aplicável ao direito consumerista é o da propaganda enganosa. Por meio de anúncio que induz o consumidor a erro, um fornecedor tenta vender produto ou serviço que jamais será apto a atender as expectativas deixadas pela propaganda. O simples fato de ser veiculada uma campanha publicitária enganosa é o suficiente para que todos os consumidores, potencialmente expostos a tal campanha, passem a compor a coletividade consumerista afrontada pela violação cometida pelo fornecedor.

Os direitos coletivos também têm como características a transindividualidade e a indivisibilidade, porém seus titulares são os pertencentes a determinado grupo, categoria ou classe de pessoas interligadas por uma relação jurídica base.

O conceito deste direito é em sentido estrito, assim deve-se olhar o aspecto da coletividade - o interesse transindividual – porém, diferentemente do direito difuso, atinge pessoas determináveis, já definidas pelo próprio código.

Deste modo, o direito coletivo se estabelece com uma relação jurídica base preexistente, ou seja, antes da lesão já existe um vínculo entre fornecedor e consumidor estabelecido voluntariamente. Destarte, todas as pessoas que contraíram aquele serviço ou produto formam o grupo de pessoas titulares do direito coletivo.

Os direitos individuais homogêneos, pela legislação do consumidor são os “decorrentes de origem comum” e possuem natureza individual; em uma ação coletiva a fase de conhecimento decorrerá igual a todos, contudo a sentença será individual, condenado o réu a pagar os danos gerados a cada titular individualmente.

Para exercer a defesa coletiva é cabível tanto a ação civil pública que possui legislação própria e tem como titular principal o Ministério Público (artigo 1º, II, LACP e artigo 91, CDC), quanto à ação coletiva (artigo 104, CDC), conforme cada caso.

As legitimidades para propor estas ações estão dispostas no artigo 82 do CDC que estabelece como concorrentes para tutelar estes direitos: a) o Ministério Público; b) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; c) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinada à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC; d) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensado a autorização assemblear.

Inegável que cada interesse aqui tratado tenha suas características específicas, mas isso não induz à impossibilidade de se pleitear todas as espécies de interesse coletivo em uma só ação, ao contrário, frequente é o mesclar destes interesses.



Pois bem, se a publicidade tem potencial risco de causar dano, independente de qual for sua modalidade, existe a urgência de se intentar uma ação para que a tutela do consumidor se efetive preventivamente, logo pensa-se em direito difuso, já que neste caso específico não há como determinar as pessoas que possam ser vítimas de eventual dano.

Agora, pensa-se que a publicidade ilícita veio a causar dano a uma quantia determinável de pessoas, está-se diante de uma situação que temos um possível dano a ser causado a outrem, e, também, ante os danos já consumados a pessoas que “compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum” (Mazzilli 2017, p. 58). Com isso, ter-se-á em uma só ação tanto o direito difuso, como também os direitos individuais homogêneos.

SÚMULA n.º 2: “NÃO SE HOMOLOGA promoção de arquivamento em matéria de propaganda enganosa por alegação de interesse individual do consumidor, haja vista o caráter difuso do interesse, que abrange todos os que tiveram acesso à publicidade.”. **Fundamento: A propaganda enganosa prejudica não só aqueles que efetivamente adquiriram o produto (interesses individuais homogêneos) como pessoas indeterminadas e indetermináveis que tiveram acesso à publicidade (interesses difusos), tenham ou não adquirido o produto, mas que têm direito à informação correta sobre ele.** (grifo nosso)

Como se pode inferir da súmula transcrita, não é possível alcançar a todos os que foram expostos à publicidade. Anúncios, em qualquer de suas modalidades ilícitas, causa prejuízos a pessoas em valores econômicos diferentes, o que torna impossível um suprimento pela parte ré a todos, ou mesmo o judiciário comportar

tantos réus em um só processo, mas há a possibilidade de se pleitear interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em uma única demanda, sem dividir os interesses, mas uni-los em razão do objeto discutido.

O objetivo não é tão somente ressarcir o consumidor, mas mostrar ao anunciante que seu comportamento lesivo importa em penalidades que o prejudicarão, em economia e reputação.

Enfim, ao envolver os direitos coletivos em sentido amplo, em uma única ação, constrói-se a possibilidade de alcançar um maior número de pessoas, até mesmos os que não integrem o processo diretamente, a propiciar uma satisfação aos consumidores e, logicamente, conscientizar o fornecedor e o anunciante que a prática de tais atos importam em sanções e deve-se sempre pautar em respeito ao consumidor, tutelado pela constituição federal, além de outras normas infraconstitucionais.

## 7 RESPONSABILIDADES ÀS PUBLICIDADES ILÍCITAS

Como já discutido anteriormente, as publicidades geram danos, sejam materiais ou morais e, como compensação a estas práticas, o Código do Consumidor estabeleceu em seu artigo 6º como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. ”.

Em leitura ao dispositivo mencionado, percebe-se a característica objetiva da responsabilidade do fornecedor, como elucida Rizzato Nunes (2016, p. 565) “A responsabilidade do anunciante, de sua agência e do veículo é objetiva, e como tal será considerada. ”.

Desta forma, o fornecedor, o anunciante e a agência publicitária respondem objetivamente frente às publicidades ilícitas, de forma que não se deve comprovar dolo ou culpa, apenas a potencialidade do dano ou a sua existência.

Essa responsabilidade se dá de forma solidária, conforme previsão do parágrafo único do artigo 7º do CDC “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. ”.

Assim, sempre que for caracterizada uma publicidade ilícita, o anunciante, o fornecedor, as agências publicitárias responderão objetivamente e de forma solidária aos danos materiais e morais causados, além das sanções previstas em lei.

A Lei Federal nº 8.078/90 elencou uma série de sanções, desde as mais brandas às mais gravosas a incidir sobre violações à proteção ao consumidor.

A referida lei instituiu independente das admitidas em outras esferas jurídicas, sanções administrativas, elencadas no artigo 56:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto;

III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. (BRASIL, 1990)

Quanto à ilicitude de publicidades, das sanções expostas acima, as que mais possuem eficácia são a multa e a contrapropaganda.

Sobre a multa, detêm legitimidade para sua constituição e cobrança, as autoridades administrativas, tais como Superintendência de Proteção aos Direitos do Consumidor - PROCON e CONAR, na alçada de suas atribuições e, para auferir o ideal valor a ser aplicado, deve-se levar em consideração ao que dispõe o artigo 57:

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (BRASIL, 1990)

Já a contrapropaganda tem maior eficiência até mesmo por impor certo temor aos anunciantes; sua disposição está presente no artigo 60 da legislação consumerista, em seu parágrafo primeiro: "a contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva. ".

Presente nesta sanção está o princípio da correção publicitária, pois não basta suspender a publicidade, mas veicular outra de forma que evidencie o erro e corrija-o, na mesma proporção que a primeira fora transmitida.

Logo, se cumprido o parágrafo único em sua estrita imposição, seria o suficiente para que o consumidor pudesse ter revertido a sua consciência e a

criticidade a que se olhar para aquela publicidade, e poder analisa-la com liberdade e recepciona-la em sua integridade constitutiva.

Como pode ser lido no artigo mencionado acima, a imposição de contrapropaganda é aplicável aos casos práticos voltadas ao engano ou abusividade, não citando a clandestinidade.

Ocorre que o código do consumidor não elenca a palavra invisível no artigo 37, apenas por interpretação da norma prevista no artigo 36, a doutrina deu nome (invisível, dissimulada, simulada, clandestina e outros) a esta prática. E, por analogia, podemos aplicar sem nenhum prejuízo, as normas destinadas à abusiva e a enganosa.

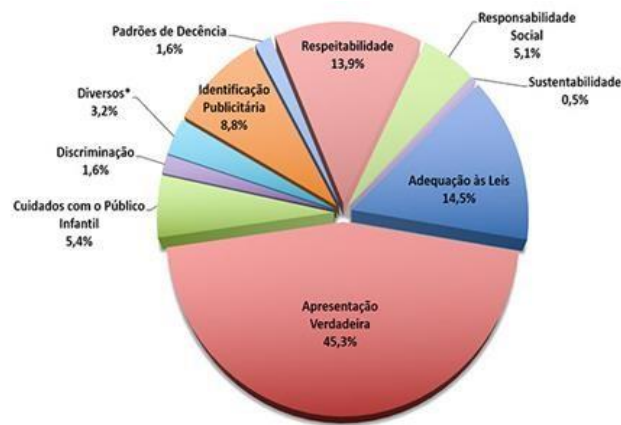
Usar de meios administrativos para resolver esses casos com o lema celeridade, não possui a mínima eficiência se não impor ao fornecedor e ao anunciante, a consciência do tão prejudicial é suas ações e que as medidas cabíveis podem ser onerosas, ao bolso e à própria imagem da empresa e, também, a do influenciador.

Os processos instaurados em 2018, no CONAR, por queixa dos consumidores, referente à identificação publicitária ocupa um espaço de 8,8% (oito vírgula oito por cento) dos casos num quadro de 230 processos instaurados.

Na página de decisões, a média de casos de identificação publicitária no ano de 2018 fora de 3,25 (três vírgula vinte e cinco) casos por mês, tendo durante o ano 39 processos.

Veja-se o gráfico indicador das reclamações processadas e a seguir como fora procedido pelo CONAR no caso da empresa Lenções Clenea.

## 1 - Total de processos instaurados por queixa de consumidores



Total de Processos Instaurados por queixa de consumidores: 230

CONAR. 2018

**CASO: LENÇOS CLENEA. Mês/Ano Julgamento: JULHO/2017. Representação nº: 083/17. Autor (a): Grupo de consumidores. Anunciante: Blog de Mãe para Mãe e Simple Life. Relator (a): Conselheiro Percival Caropreso. Câmara: Sexta Câmara Decisão: Sustação. Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 23, 28, 30 e 50, letra "c", do Código.** Resumo: Uma blogueira dá depoimento sobre a utilidade de lencinhos umedecidos, em redes sociais, atraindo reclamação de sete consumidores do Recife (PE), Rio (RJ) e São Paulo (SP), que se incomodaram com a não explicitação da natureza publicitária dos posts. Em sua defesa, a anunciante confirmou a natureza publicitária da veiculação e informou ter solicitado a suspensão imediata das postagens. O relator recomendou a sustação das peças publicitárias, voto aceito por unanimidade.

A priori, pensa-se que a resolução dos conflitos pelo meio administrativos, é um meio de desafogar o judiciário quanto às questões consumeristas, além de ser um meio célere a se prosseguir.

Porém, por simples advertências proferidas, ou como em muitos casos, dada apenas recomendações, faz com que o fornecedor e o anunciante simplesmente não tenham a cautela quanto a identificação publicitária, como também, qualquer



ilicitude que possa ser cometida, pois pelo grau ínfimo de repressão, não inibe o fornecedor, anunciante ou até mesmo o veículo que transmite esta mensagem de agir ilicitamente, portanto imprescindível no âmbito extrajudicial a aplicabilidade de sanções mais pesadas ao fornecedor, para que se freie tais condutas ilícitas.

No capítulo que tipifica as infrações penais, há as que tratam especificamente às publicidades nos artigos 60 ao 66, veja-se: são violações penais a) afirmar enganosamente ou omitir dados sobre “natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”; b) “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”; c) fazer ou promover anúncios publicitários que se tem conhecimento sobre a capacidade de indução à comportamentos do consumidor prejudiciais à saúde e segurança; d) não possuir dados fáticos, técnicos e científicos que comprovem os dizeres da publicidade, ao que todas estas infrações cumulam tempo de detenção mais multa.

No mesmo sentido que se defende a ideia da aplicação das sanções administrativas destinadas para as enganosas e abusivas às clandestinas, as sanções penais previstas na legislação consumidora também devem ter aplicabilidade às três modalidades de publicidade ilícita, como aduz Rizzato Nunes (2012, p. 54), “Mas é de indagar aqui, no âmbito do anúncio que não é identificado fácil e imediatamente pelo consumidor, se tal técnica não poderia ser entendida como enganosa ou abusiva”.

Por fim, seja no âmbito administrativo ou judiciário, a condução desses casos deve ter como função primordial frear e evitar que fornecedores e anunciantes veiculem publicidades ilícitas, com o intuito de ludibriar o consumidor, para tanto as sanções de multa e contrapropaganda e até mesmo as penais, são imperiosas em tal função.

## 8 A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA SOB A TESE DO STJ

No que tange aos efeitos da coisa julgada para o Código do Consumidor, em seu artigo 103 disciplina sinteticamente em efeito *erga omnes* aos direitos difusos e individuais homogêneos e *ultra partes* para o direito coletivo.

Inicialmente, a tese aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça foi edificada sob a Lei Federal nº 7.347/85, conhecida no âmbito jurídico como a Lei da Ação Civil Pública, que especificamente em seu artigo 16 restringe os efeitos da coisa julgada à alçada territorial de competência do órgão prolator da decisão.

Nesse raciocínio, a fim de tutelar nacionalmente, haveria de ter uma decisão para cada espaço geográfico correspondente à competência do magistrado, o que abre brechas para sentenças contrárias e convergentes de uma mesma matéria, e em tratar de publicidades, hoje transmitidas em sua maioria por todo o país, além de decisões dissonantes que reduzem a eficácia jurisdicional, acarretaria *bis in idem* pelos inúmeros processos sobre o mesmo conteúdo fático e de direito, além de se movimentar a máquina judiciária desnecessariamente. Para Mazzilli (2017), trata-se de reconhecimento do pleito coletivo – que denota maior eficiência na solução da lide – como conveniente ao invés do pleito individual.

Nota-se uma confusão entre eficácia da sentença, que possui capacidade de modificar o mundo jurídico, e eficácia da coisa julgada, que trata da inalterabilidade de uma decisão proferida judicialmente, depois de transitada em julgado, contudo, o próprio legislador do código consumerista faz tal diferenciação, pois a todo o momento se refere aos efeitos da coisa julgada.

Um julgado que demonstra a tese anteriormente adotada pelo STJ é o EREsp: 399357SP2009/0093246-5, do Relator: Ministro Fernando Gonçalves, em que determina “a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art.

16 da Lei. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97”.

Em evolução a este posicionamento, há uma série de julgados que demonstram o código do consumidor como respaldo à aplicação dos efeitos da coisa julgada em demanda coletiva.

A desembargadora Ramza Tartuce do TRF da 3ª Região foi exímia ao redigir:

Não é possível admitir a limitação dos efeitos da decisão proferida em sede de ação coletiva, para circunscrevê-los tão somente aos limites territoriais que se compreendem na competência do juiz prolator, pois, se assim fosse, estaríamos desvirtuando a natureza da ação e, o que é mais grave, dividindo, cindindo o direito coletivo, difuso ou individual homogêneo, criando, assim, um direito regional.

O caso que recentemente atraiu muita atenção foi o Recurso Especial nº 1.342.899 - RS (2011/0155718-5), interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em face de publicidade enganosa, que condenou a empresa Fiat Automóveis S/A a indenizar os adquirentes do Palio 2007, porém, em sede de recurso, foi decidido que a eficácia se limitaria aos adquirentes da região de competência do órgão prolator; ocorre que o relator Sidnei Beneti esclareceu em seu voto que embora entendesse que a eficácia fosse de âmbito nacional, devido o Ministério Público Estadual não ter recorrido, apenas a Fiat, não poderia estender tal eficácia sob a pena de incorrer em *reformatio in pejus*.

Por fim, após divergências e muito tempo decorrido da aplicabilidade da primeira tese do STJ, hoje se pacificou que os efeitos da coisa julgada ultrapassam o território de alcance da decisão do órgão prolator, em outros termos, decidida determinada matéria, no âmbito consumerista, estenderá a todo território jurídico nacional.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Publicidade é um dos instrumentos dos quais dispõem os fornecedores para capturar a atenção do consumidor e convencê-lo a aquisição de seu produto ou serviço e, com essa finalidade, principalmente pela grande concorrência, tornou-se um método de disputa fundamental entre marcas e empresas para venderem seus produtos e serviços a qualquer preço.

Como consequência ao que foi dito, os fornecedores começaram a distorcer a mensagem final transmitida pelo anúncio, chegando, por vezes, a manipular o consumidor. Com isso, criaram-se métodos formais e materiais, além de vedações para coibir essas práticas ilícitas.

Em retrospecto, evidenciou-se a importância constitucional dos direitos do consumidor e sua participação na evolução histórica entre as conquistas dos direitos fundamentais e, para entender a titularidade desses direitos, fora delimitado o conceito legal e doutrinário do consumidor.

Demonstrou-se que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor deu uma visão totalmente cautelosa às relações consumeristas, de modo o conceito de quem é o consumidor, abrangeu-se não só o primeiro adquirente, mas também os que de algum modo intervirem na relação de consumo, bem como todas as vítimas do evento.

Logo em seguida, discutiu-se o conceito de fornecedor e defendeu-se a teoria do anunciante publicitário enquadrar-se no conceito previsto no artigo 2º do CDC, com isso, responder na mesma proporção que o fornecedor, não pelo produto ou serviço em si, mas pela publicidade ilícita veiculada.

Para entender as publicidades, distinguiram-se os conceitos de suas modalidades ilícitas (enganosa, abusiva e clandestina), os aspectos legais, práticos e sua incidência no mundo jurídico, ao que constatou que apesar de cada

modalidade ter delimitações próprias, nada impede e, pelo contrário, com grande frequência, em um único anúncio se depreende enganosidade, abusividade e clandestinidade.

A veiculação destes anúncios gera responsabilidades administrativas, civis e penais, exercidas de forma objetiva e solidária entre o fornecedor, anunciante e a agência publicitária, em outros termos, a potencialidade de causar um dano por si só já é causa de responsabilização onde todos os envolvidos na veiculação do anúncio respondem igualmente.

No que tange a coibição das publicidades ilícitas, foi visto que o direito difuso é o mais efetivo para reprimir a veiculação destes anúncios podendo ser aplicadas sanções como multa, contrapropaganda e, até mesmo, trazendo para o âmbito consumerista, infrações penais.

Outrossim, faz-se necessário alertar os consumidores a refletir sobre a veracidade das publicidades e, ainda, se a pessoa que está anunciando em sua rede social pode não estar agindo honestamente ao repassar a mensagem.

É um longo caminho a seguir para sanar essas violações à lei consumerista, mas com a notificação dos próprios consumidores aos órgãos competentes para fiscalizá-los, pode-se, ao menos, diminuir tais veiculações por imposição de reprimendas e a própria conscientização dos consumidores por meio de disseminação de informações, pois é na ausência destas, que os fornecedores veiculam publicidades ilícitas.

Por fim, ficou evidente o quanto essas práticas prejudicam os consumidores, o que alcança dependendo de sua proporção, o interesse coletivo, sendo dever de todos, por meio dos instrumentos aqui dispostos, restringir e buscar o fim destas práticas e reprimir os anunciantes e fornecedores por meio de sua responsabilização administrativa, penal e civil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 26 de maio de 2019.

CASTRO Renata, **O fenômeno da publicidade dissimulada: implicações éticas e legais**, Uberlândia, 2018.

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos**, 1978.

CONAR. **Estatísticas de 2018.** Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** / Ada Pellegrini Grinover... [et al]. 10. Ed. Ver., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo.** 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção esquematizado). Cap. 14, p.1084-1088.

MACEDO, Ana Cláudia. **Os Reflexos da Publicidade Enganosa nas Relações de Consumo.** ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano III, nº 8, p. 261-289, jul/dez. 2012, ISSN 2175-7119.



MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem – 3. Ed. Ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

NOTÍCIAS. Senado. **Publicidade clandestina, enganosa e abusiva preocupa órgãos de regulação**. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/noticias/materias/2016/03/07/publicidade-clandestina-enganosa-e-abusiva-preocupa-orgaos-de-regulacao>>. Acesso em 27 de abril de 2019.

NOTÍCIAS. Senado. **Senado aprova projeto que considera abusiva publicidade que engana consumidor**. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/12/senado-aprova-projetoque-considera-abusiva-publicidade-que-engana-consumidor>>. Acesso em 26 de maio de 2019.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO, Estado de São Paulo. **Súmulas**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho\\_superior/sumulas/sumulasConsumidor](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas/sumulasConsumidor)>. Acesso em 26 de maio de 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: EREsp399357 SP 2009/0093246-5. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJe 14/12/2009. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8634211/embargos-de-divergencia-emrecurso-especial-eresp-399357-sp-2009-0093246-5-stj>>. Acesso em: 26 maio 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: RE 1.342.899 RS 2011/0155718-5. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Dje 09/09/2013. **JusBrasil**, 2013. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24179965/recurso-especial-resp-1342899rs-2011-0155718-5-stj/voto-24179972>>. Acesso em: 26 maio 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual** / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves.– 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini; PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel. **Delitos Publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90 - Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal**. Curitiba: Jurua Editora, 2007.

TJPR. EMBARGOS INFRINGENTES: EI 909157802 PR 909157-8/02 (Acórdão). Relator: Ângela Khurry. DJ: 1676 26/10/2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/248033524/embargos-infringentes-ei909157802-pr-909157-8-02-acordao?ref=serp>>. Acesso em: 26 maio 2019.

TRF3ª Região. AÇÃO COLETIVA. AG 19219 SP 2003.03.00.019219-2. Relatora: Juíza Suzana Camargo. DJU 05/09/2006. **JusBrasil**, 2004, Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2146105/agravo-de-instrumento-177108ag-19219-sp-20030300019219-2>>. Acesso em: 26 maio 2019.

## **ARMAS DE FOGO: LIBERDADE DO INDIVÍDUO OU LIBERALIDADE DO ESTADO?**

**PAULO RICARDO AGUIAR DE DEUS, o autor:**

Mestrando em Direito no UniCEUB e especialista em Direito Público

**RESUMO:** O presente artigo realiza uma análise sobre a relação entre armas, em sentido lato, e o cidadão. Nesse passo, a questão sobre armas e a liberdade individual vem para o campo central do debate proposto, buscando direcionar a argumentação para uma discussão entendida como mais adequada. Para tanto, o direito de se armar foi avaliado a partir de uma perspectiva histórica apoiada em uma análise filosófica a respeito da relação entre armamentos e a liberdade. O método adotado é o dedutivo, e se presta a responder ao problema: o acesso às armas de fogo é uma liberdade do indivíduo ou uma liberalidade do Estado?

**Palavras-chave:** Armas, arma de fogo, porte, posse, liberdade, intervenção, defesa, direitos.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO - 2. ARMAMENTO E SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE - 3. LIBERDADE OU LIBERALIDADE? - 4. CONCLUSÃO - 5. REFERÊNCIAS.

### **1. INTRODUÇÃO**

Dentre os temas mais polêmicos no Brasil desde o começo do ano está a questão do armamento do cidadão, notadamente a posse e/ou porte de armas de fogo. Não pretendemos no presente artigo imiscuir-nos em assuntos político partidários, mas tratar do tema sob um aspecto teórico. Tampouco iremos avaliar sob qualquer perspectiva os instrumentos atualmente em vigor no país, seja legal, seja regulamentar.

Nossa proposta mira em um ponto anterior, na essência da problemática posta. Dito isso, à priori, impende definir qual o significado de a população ter ou não acesso a armas de fogo. Melhor ainda, usemos o conceito mais abrangente "arma". O que significa, então, que o cidadão possa ter e/ou portar armas? Quando isso se tornou uma opção, quando era proibido? Seria um direito natural do cidadão ou é, em si, um direito concedido que pode vir a ser tolhido pelo Estado sob qualquer justificativa?

Enfrentaremos as questões propostas após uma breve análise histórica e filosófica sobre armas na sociedade humana. Para tanto, torna-se necessário fazer um recorte cultural e territorial. Isso é necessário pois as civilizações ocidental e oriental possuem premissas e um desenvolvimento filosófico, social e moral muito distintos entre si. Dessa maneira, por óbvio, vamos nos concentrar na civilização ocidental, da qual fazemos parte. Essa civilização teve como berço de nascimento a

Grécia antiga, em especial com o abundante desenvolvimento filosófico do período compreendido entre os séculos VII a.c. a VI a.c., durante o período socrático. Em seguida, avaliaremos as informações apresentadas com a finalidade de responder aos questionamentos propostos, apresentando ao final do artigo a conclusão a que chegamos.

## **2. ARMAMENTO E SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE**

Na Grécia antiga, a filosofia se dividiu em: período pré-socrático, que investigava a natureza, tentando compreender o mundo que nos cerca; socrático, que se concentrou no ser humano e suas relações de poder e; helenístico, voltado para a busca da felicidade e realizações humanas por meio de virtudes. O período que melhor atende ao que se propõe discutir neste trabalho é o socrático, quando floresceram as grandes obras clássicas sobre o Estado e o ser humano.

Para tanto, nos orientaremos pelos grandes expoentes do período: Platão e Aristóteles. Maior extensão a outros pensadores teria o indesejável efeito de perder o foco da digressão proposta, que é responder questões objetivas. Havendo Platão cuidado de reproduzir os ensinamentos de Sócrates, apreciaremos seu posicionamento e visão no clássico “A República”.

A obra trata, como sabemos, da visão do filósofo sobre formas de governo. Sócrates entendia que, no mundo das ideias, portanto, um mundo perfeito, a melhor forma de governo seria a monarquia, uma vez que se sempre o melhor cidadão dentre todos os demais governasse, teríamos sempre um governo bom. Mas se o pior cidadão estivesse no poder, seria o pior governo possível, daí a forma corrompida da monarquia, a tirania (PLATÃO, 2012, p. 213). Saindo do mundo das ideias, acreditava o filósofo que a melhor opção seria a timocracia, como ele denominou a forma de governo inspirada na Lacedemônia (PLATÃO, 2012, p. 198). Essa compreensão não se dava apenas pelo amor à honra e à vitória por parte dos lacedemônios, mas Sócrates admirava a disciplina e organização do Estado que tinha todo cidadão como igual, todos treinados para a guerra e aptos a assumir funções no Estado. Por conseguinte, todo cidadão livre possuía armas que poderiam, a qualquer tempo, serem empunhadas em guerra ou para proteção de sua terra (BARROS, 1981). Foram essas mesmas armas que mantiveram Esparta livre por séculos, protegendo seu povo da escravidão, por exemplo, oferecida por Xerxes, imperador Persa do século V a.c. (LA BOÉTIE, 2009, p. 47-48).

Essa noção nos leva à obra de Aristóteles. Em “Política”, o filósofo volta à mesma temática inaugurada por Sócrates: as formas de governo. Ao longo do livro, diversas são as cidades utilizadas como referência para ilustrar o pensamento aristotélico, na medida em que cita as formas de governo que busca destrinchar. Em uma crítica ao sistema apreciado por Sócrates, a timocracia inspirada na constituição da Lacedemônia e Creta, Aristóteles diz que a ideia de separar a cidade

entre guardiões, proibidos de realizar qualquer outra atividade que não as artes da guerra, e cidadãos (agricultores, artífices e demais ofícios), na prática, criaria duas cidades rivais com os cidadãos submetidos aos guardiões (ARISTÓTELES, 2017, p. 67). No fim das contas, criar-se-ia uma casta que poderia se corromper em oligarquia, a menos que se estendessem aos escravos os mesmos direitos dos demais cidadãos, salvo a prática da ginástica e a posse de armas. Escravos eram os únicos proibidos a possuir armas, uma vez que poderiam usa-las para se voltar contra seus senhores, buscando sua própria liberdade. Inclusive, em algumas cidades os ricos eram multados se não tivessem espadas, mas possuí-las era facultado aos pobres (ARISTÓTELES, 2017, p. 162)[1]. Fica claro, portanto, que toda pessoa livre tinha direito a possuir armas, e que armas nas mãos de uns e não de outros geram uma relação de submissão seja no caso dos homens livres e escravos, seja no caso dos guardiões e cidadãos.

Com o passar dos séculos, e após a ascensão e queda do império romano[2], chegamos à idade média, entre os séculos V e X, quando as terras passaram a ser controladas por senhores feudais que ofereciam segurança para camponeses em troca de seu trabalho, como explicita o seguinte trecho narrado por Braithwaite e Drahos (2002, p. 21):

Como estabelecido por padrões de ordem e segurança falidos, pequenos proprietários começaram a procurar outros lugares por proteção. Muitos olhavam para mais poderosos vizinhos capazes de protegê-los contra os ataques de bandidos ou tribos bárbaras, oferecendo em troca suas terras e serviços. Terra e liberdade foram efetivamente trocados por segurança física[3].

Ao abrir mão da liberdade, aquelas pessoas abriram mão também de tudo que dela deriva e que fora conquistado pela evolução da sociedade humana ao longo das eras. Não por acaso, os camponeses deixaram de poder se defender, uma vez que transferiram tal atividade aos lordes feudais sendo, portanto, proibidos de portar armas, como pode ser inferido pelo excerto colacionado.

Com tempo, o sistema feudal se tornou o que hoje entendemos como governo e as glebas de terra vieram a se tornar os países nos formatos que conhecemos (BRAITHWAITE; DRAHOS, 2002, p. 21). A interferência dos governos, que eram em si a personificação do Estado (HOBBS, 1974, p. 109-115), na vida dos seus "súditos" (ARISTÓTELES, 2017, p. 27-32)[4] era imensa, a ponto de que todos atos da vida civil eram passíveis de permissão do príncipe[5]. Nessa hegemonia de poder, apenas podiam portar armas aqueles indicados pelo soberano; a liberdade em si era algo absolutamente questionável e submetida ao capricho do soberano, conforme o expressado por alguns contratualistas da época, como o próprio

Hobbes (1974, p. 82-84). Naquele período, o Estado Leviatã seria a fonte dos direitos concedidos ou permitidos de serem usufruídos pela população.

Esse absolutismo só começou a ser questionado por volta do século XVII, com a formação do movimento denominado Iluminismo, tendo como um de seus expoentes o filósofo John Locke, entendido como pai do liberalismo. Em seus escritos, Locke retoma o debate dos chamados direitos naturais, nos quais a liberdade está inserida, bem como o direito à propriedade (1973, p. 51-60). Seus pensamentos e o de tantos outros após ele fundaram o que veio a ser conhecido como direitos de primeira dimensão (MARTINS; MENDES, 2012, p. 696-697)[6], que são o afastamento do Estado do indivíduo, possibilitando ao cidadão possa maior controle sobre sua própria vida, e a garantia de direitos fundamentais independentemente de concessão estatal.

Foi exatamente esse espírito de liberdade que fundou os Estados Unidos da América, com forte influência do Iluminismo britânico (HIMMELFARB, 2011, p. 109-110). Todo o contexto da revolução americana levou à sua independência e à redação da segunda emenda da Constituição dos Estados Unidos, que garantiu o direito de que cada cidadão possua armas para proteção da liberdade de sua nação[7]. Sua independência contra os seguidos abusos da coroa britânica foi conquistada graças às armas e ao cidadão comum empunhando fuzis e baionetas contra o mais poderoso exército do planeta daquela época[8].

Essa foi, de maneira extremamente sucinta, a longa trajetória entre o momento em que pessoas livres abriram mão do seu direito de lutar para proteger a própria liberdade (aproximadamente com o início do Império Romano), até o momento em que esse direito foi retomado (após a revolução americana). Mais de mil anos se passaram para que essa possibilidade fosse restituída, algo que, com certeza, demanda certa reflexão.

### **3. LIBERDADE OU LIBERALIDADE?**

Como podemos observar, o direito de possuir, e por vezes portar armas de fogo, originalmente e filosoficamente era ligado à liberdade do indivíduo. Essa liberdade é diretamente relacionada ao direito à vida e à propriedade, como será visto com mais detalhes a seguir. Tal relação é tão verdadeira, que em regimes totalitários e ditaduras que esmagam seu próprio povo, tratando-os como sua propriedade – à lá sistema feudal, uma das primeiras liberdades cerceadas é a de acessar armas (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 18-23). As restrições e controle sobre o direito de aquisição ou porte de armas de fogo no Brasil, por exemplo, iniciaram com Getúlio Vargas durante seu governo provisório, após a revolução de 1930. Primeiro, por meio do Decreto nº 24.602, de 6 de julho de 1934 e em seguida via Decreto nº 1.246, de 11 de dezembro de 1936. De lá para os dias atuais, o direito de acessar armas de fogo chegou a ser questionado diversas vezes ao longo da



história nacional por meio de inúmeros projetos de lei e decretos, mas a maior ameaça veio da lei 10.826/03, alcunhada de “Estatuto do desarmamento”. Em seu bojo, continha uma condicionante à autorização de possuir ou portar armas de fogo: um referendo. Em 2005, os cidadãos do Brasil optaram por manter o próprio direito de acesso a armas de fogo.

Munidos das informações apresentadas, retomamos o questionamento objeto do presente artigo: o que significa o acesso a armas de fogo pelo cidadão? Como certamente foi possível ser inferido pelo texto, o acesso a armas transcende questões mundanas, pois o que tratamos quando o assunto é armas, é, afinal e a cabo, a liberdade. Esta, nunca foi conquistada ou mantida sem armas e ter direito de utilizá-las se necessário é um reflexo de possuímos mais ou menos liberdade. Não nos referimos à mera impressão, como aquela “concedida” pelo senhor feudal a seus súditos, mas sim da liberdade real, do direito natural que todo e qualquer ser-humano possui pelo simples fato de ser humano. Alguns direitos não dependem, ou não deveriam depender, da bondade ou boa-vontade de um Estado ou governo para serem concedidos[9]. O acesso às armas é um deles. E ainda que soe redundante, é forçoso reafirmar que tratamos do direito de *optar* por tê-las ou não. Não há obrigatoriedade que qualquer cidadão possua armas[10], bastando àqueles que delas não gostem, simplesmente não as adquirir. Por outro lado, a proibição de que o cidadão venha a ter acesso a armas pode ser um prelúdio do fim de outros direitos que passam a ser facultados ao Estado conceder ou não, ainda que inatos da condição humana.

Questão recorrente é no que tange à segurança pública, ou seja, armas de fogo em circulação (portadas ou mesmo possuídas) teriam o condão de aumentar ou reduzir a violência em dada localidade. Diversos estudos afirmam que armas nas mãos de cidadãos aumentam os índices de violência, enquanto outros afirmam que a violência é reduzida[11]. A verdade é que a estatística se mostrou até o momento quase inútil para a definição desse dilema, uma vez que basta incluir alguns parâmetros ou modificar algum recorte de dados que todo o resultado pode ser alterado para atender ao interesse de quem encomendou ou está fazendo a pesquisa. O que devemos compreender é que essa definição *não importa*. É irrelevante, do ponto de vista civilizacional e filosófico, se armas reduzem ou aumentam a violência. Tal flutuação estatística é mera consequência da liberdade, consubstanciada no acesso a armas, para bem ou para mal.

Como diria o professor Paulo Cruz[12], a liberdade é um direito radical. Por vezes, possuir liberdade faz com que pessoas, boas ou más, cometam crimes ou grandes erros. Mas isso apenas significa que somos humanos, capazes dos gestos mais belos, como produzir obras de arte magníficas ou realizar grandes ações humanitárias, e ao mesmo tempo aptos a cometer as mais terríveis atrocidades e mais hediondos crimes. Esse é justamente o dilema humano que permeia tratados

e mais tratados sobre a natureza humana. Mas não é por algum indivíduo realizar algo bom que todos humanos sejam bons ou, por cometer algo ruim, todos demais sejam ruins. Não é em razão de uma arma de fogo ter sido mal-empregada em determinado local, que em outro não esteja sendo utilizada para salvaguardar uma vida ou mesmo tudo o que representam as conquistas humanas ao longo dos séculos e milênios. Abrir mão de tão fundamental direito não impedirá que crimes sejam cometidos, com ou sem armas de fogo, apenas pode significar que alguém venha a ser uma vítima indefesa, incapaz de proteger aquilo que nos caracteriza a todos como humanos. Apenas abre espaço para que a força seja exercida de forma totalitária ou autoritária e sem meios para impedi-la, como ocorreu ao longo da nossa história por tantas vezes.

É possível afirmar se armas são boas ou ruins? Por certo, não é possível conferir tal qualidade a um instrumento, um objeto, mas é possível definir o propósito para o qual foi criado. Armas são meios de defesa, não podendo ser entendidos de forma diferente. Defesa contra a tirania em todo o mundo, do povo ante um governo autoritário ou do cidadão contra injusta violência sofrida. Se utilizada para agressão, necessariamente estaria sendo dado a tal ferramenta uso impróprio. Com a evolução experimentada pela civilização, não é concebível que sejam utilizadas com propósito de causar mal a alguém; necessariamente a pessoa ou nação que o fizesse estaria incorrendo em crime. Quem busca pintar a imagem de que armas são instrumentos de morte ou de agressão, falta com a verdade ou padece de profundo desconhecimento.

Não se discute o monopólio da força pelo Estado, mas cercear o direito ao cidadão de possuir uma arma para defender a si ou a seus familiares é o mesmo que proibir que seja exercitado o direito à legítima defesa. A segurança pública tem sua função bem definida, mas o Estado não tem qualquer condição de proteger todo cidadão, estando em todos lugares ao mesmo tempo. E se porventura lá estivesse, talvez a preocupação fosse em se proteger do próprio governo, pois provavelmente ele mesmo estaria extrapolando seus limites. A liberdade necessita ser exercida, não deve ser um belo quadro que se pendura na parede e observa-se de quando em quando.

Como apresentamos, um dos maiores avanços civilizatórios foi a reconquista do direito de que qualquer pessoa pudesse ter propriedade sobre bens. O respeito ao patrimônio é o mesmo que o respeito à pessoa em si (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 336)[13]. Ninguém deve ser espoliado de sua propriedade, assim como não pode ser vítima de agressão injusta, sem ter o direito legítimo de defender a si mesmo ou aquilo que conquistou com seu esforço. Nos tempos atuais, todo criminoso que ameaça uma pessoa, não o faz sem recursos coatores, como armas de fogo ou armas brancas. A partir do momento em que o Estado impõe que o indivíduo não tem a prerrogativa de se armar, na prática, está

dizendo que aquela pessoa não pode defender a si ou a seu patrimônio. Estaria, então, sendo negado o direito à liberdade. Dessa maneira, estaríamos em flagrante retrocesso com tamanha intervenção do Estado sobre o indivíduo. Entender de forma diferente nos conduziria à mesma lógica do feudalismo, quando o Estado era o responsável pelo campesinato, que por sua vez, só tinha o direito de existir, tendo como única finalidade lhe servir, não sendo facultada qualquer forma de proteção que não pela mão armada do soberano.

#### **4. CONCLUSÃO**

Como foi possível observar ao longo do texto, a relação entre armamento e liberdade é mais próxima e íntima que poderia imaginar quem analisa o tema de maneira relapsa. Assim como todo direito, devemos lutar por exercê-lo, não sendo possível imaginar ilusoriamente que terceirizar completamente tal direito natural do homem livre teria como consequência uma sociedade mais segura. Percepção tão equivocada como essa tem forte potencial de conduzir, invariavelmente, a uma sociedade refém e futuramente vítima de caprichos de tiranos de plantão. Como diria Thomas Jefferson, “o preço da liberdade é a eterna vigilância”.

Armas nada mais são que ferramentas. E como toda ferramenta, são passíveis de serem empregadas corretamente para seu devido fim, ou erroneamente, para fins mesquinhos e maldosos. Cabe a cada um responder pelo mau uso de qualquer ferramenta, em especial daquelas cujo único objetivo é a proteção. Que a punição seja dura, rápida e exemplar, mas que nunca percamos nossa liberdade com a justificativa de que não sabemos ser livres.

#### **5. REFERÊNCIAS**

ARISTÓTELES, *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2017.

BARROS, Gilda Naécia Maciel de. *Sobre a natureza da Politeia Lacedemônia*. Ver. Fac. Educ., São Paulo, 7(1): 7-26, jun. 1981.

CRUZ, Paulo. A liberdade é um direito radical! Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/paulo-cruz/liberdade-e-um-direito-radical/>> Acesso em: 08 jul. 2019.

*Dossiê Armas, Crimes e Violência*: o que nos dizem 61 pesquisas recentes. Disponível em: <<http://thomsvconti.com.br/2017/dossie-armas-violencia-e-crimes-o-que-nos-dizem-61-pesquisas-recentes/>> Acesso em: 08 jul. 2019.

DRAHOS, Peer; Braithwaite, John. *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy* Earthscan, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1*: parte geral. 14. ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIMMELFARB, Gertrude. *Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano*. São Paulo: É Realizações, 2011.

LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Abril Cultura, 1973.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultura, 1974.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Abril Cultura, 1973.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira; Nascimento, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional, v. 1. 2. ed.* São Paulo: Saraiva, 2012.

PLATÃO, *A República*. Brasília: Editora Kiron, 2012.

QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. *Mentiram para mim sobre o desarmamento*. São Paulo: Vide Editoria, 2015.

SCHWEIKART, Larry; ALLEN, Michael Patrick. *A Patriot's History of the United States: From Columbus's Great Discovery to America's Age of Entitlement, Revised Edition*. New York: Sentinel, 2014.

TAINTER, Joseph A. *The collapse of complex societies*. Cambridge Great Britain: University Press, 1988.

#### NOTAS:

[1] Ainda que facultado, dificilmente um cidadão pobre conseguiria comprar espadas ou armaduras, pois eram muito caras naquele período. Adicionalmente, o treinamento para manejar eficazmente as armas da época eram duros e longos, o que na prática acabava separando mais ainda os ricos dos pobres, ainda que ambos fossem livres (ARISTÓTELES, 2017, p. 229-230).

[2] As regras sobre o uso de armas durante o império romano foram extremamente diversificadas, não sendo possível tratar de cada um dos períodos durante toda sua existência, mesmo porque não é a proposta do presente trabalho. Apesar disso, para mais informações sobre o período e em especial a queda do Império Romano, ver TAINTER, Joseph A. *The collapse of complex societies*. Cambridge Great Britain: University Press, 1988.

[3] Tradução livre, do original: "As established patterns of order and security broke down, small landholders began to look elsewhere for protection. Many looked to more powerful neighbours capable of shielding them against the attacks of brigands or barbaric tribes, offering in exchange their land and services. Land and liberty were in effect swapped for physical security".

[4] Optamos deliberadamente pelo termo, inspirados na definição aristotélica de súdito, que não se confunde com cidadão. Este exercita poder político, algo que o súdito não poderia fazer.

[5] Usamos a expressão que remete, propositadamente, ao clássico “O Príncipe” de Maquiavel. Os debates da obra nos parecem pertinentes ao tema, por isso a remissão. Para mais informações, consultar: MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Abril Cultura, 1973.

[6] Segundo os professores Ives Gandra, Gilmar Mendes e Carlos Nascimento, os direitos de primeira geração são um extrato do resultado da Revolução Francesa, representando um afastamento do Estado em uma ideia de direitos negativos ou de preservação da vida, liberdade, igualdade e propriedade. Nas suas palavras, o “reconhecimento formal dos direitos do homem à liberdade e à igualdade foi produto direto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, fortemente marcado pela doutrina individualista e pela crescente noção de que o Estado não mais podia intervir na esfera de autonomia individual de cada um”.

[7] Art. 2º (segunda emenda – porte de armas): Uma milícia bem regulada, por ser necessária para a segurança de um país livre, o direito de que o povo possa possuir e portar armas não deve ser infringido. No original: Article [III] (Amendment 2 - Bearing Arms): A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.

[8] Para maiores informações sobre a independência americana, consultar: SCHWEIKART, Larry; ALLEN, Michael Patrick. *A Patriot's History of the United States: From Columbus's Great Discovery to America's Age of Entitlement*, Revised Edition. New York: Sentinel, 2014.

[9] Usamos aqui a noção de direito natural normalmente abordado no período pós-iluminista, destacado da ideia religiosa, mas como algo intrínseco à humanidade, como visto em: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Abril Cultura, 1973, p. 530-532.

[10] Como era o caso das sociedades na época de Aristóteles, que obrigavam os homens livres a possuírem armas para defender a si e à sua sociedade, conforme demonstrado alhures.

[11] Dossiê Armas, Crimes e Violência: o que nos dizem 61 pesquisas recentes. Disponível em: <<http://thomasvconti.com.br/2017/dossie-armas-violencia-e-crimes-o-que-nos-dizem-61-pesquisas-recentes/>> Acesso em: 08 jul. 2019.

[12] Cruz, Paulo. A liberdade é um direito radical! Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/paulo-cruz/liberdade-e-um-direito-radical/>> Acesso em: 08 jul. 2019.

[13] Na teoria clássica, inclusive entendia-se que o patrimônio era “a representação econômica da pessoa”, vinculando-o à personalidade do indivíduo. Atualmente, essa noção se expandiu a direitos obrigacionais e toda universalidade que o proprietário deseja conferir a seu patrimônio. Mas isso não afasta o caráter jurídico de proteção conferido ao patrimônio em si.



## **CONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO SUMULADO Nº 415 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

**MANFREDO BRAGA FILHO**, o autor: Advogado. Especialista em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

**GILMARA CARVALHO MAGALHÃES BRAGA**

(Coautora)<sup>[1]</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar a constitucionalidade da Súmula nº 415 do Superior Tribunal de Justiça de forma categorizada. O enunciado de Súmula nº 415 do STJ afirma que: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”, para a análise da sua constitucionalidade, se analisou todas as vertentes que originaram a referida súmula, como os fundamentos políticos, filosóficos e jurídicos da prescrição e a interpretação do art. 366 do CPP conforme a CRFB/88. Utilizou-se o método de análise qualitativa, com estudo da doutrina, jurisprudência e legislação sobre o assunto abordado. A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal se perfaz necessária, pois irá favorecer a um entendimento jurisprudencial já consolidada no âmbito social e jurídico brasileiro, além de provocar harmonia sistêmica com as regras de prescrição do ordenamento jurídico, promovendo uma integração e coerência do sistema de normas, favorecendo direitos individuais, em uma efetivação ao direito fundamental constitucional à prescrição, em homenagem a justiça e ao direito.

**Palavras-chave:** Entendimento jurisprudencial, prescrição, suspensão de prazo.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the constitutionality of STJ precedente nº 415 in a categorized way. Superior Court of Justice precedente nº 415 states that: “The period of suspension of the statute of limitations is governed by the maximum penalty imposed”, for the analysis of its constitutionality, all the aspects that originated the precedente were analyzed, such as the political foundations, philosophical and legal prescription and the interpretation of art. 366 of the CPP according to CRFB/88. The method of qualitative analysis was used, with study of the doctrine, jurisprudence and legislation on the subject approached. The change of understanding of the Supreme Federal Court is necessary, as it will favor a jurisprudential understanding already consolidated in the Brazilian social and legal scope, besides provoking systemic harmony with the rules of prescription of the legal system, promoting an integration and coherence of the system of norms,

favoring individual rights, in na implementation of the constitutional fundamental right to prescription, in honor of justice and law.

**Key words:** Case law understanding, prescription, term suspension.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO: POLÍTICO, FILOSÓFICO E JURÍDICO. 2.2 DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), buscando uma interpretação da norma infraconstitucional em conformidade com a Constituição Federal de 1988, editou em 16/12/2009 o enunciado de Súmula nº 415 que afirma: ***“O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”***.

O objetivo principal da referida súmula é a interpretação conforme à constituição do art. 366 do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941), que assim dispõe:

“Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.” (BRASIL, 1941).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário número 460.971/RS, datado de 2007, entendeu que o prazo de suspensão não teria limites prefixados como determina a Súmula nº 415 do STJ, sendo assim, o prazo prescricional somente começaria a correr com a apresentação espontânea do réu ou a sua prisão.

Entretanto, na prática forense, os magistrados têm aplicado a Súmula nº 415 do STJ, inclusive com pareceres positivos do Ministério Público, o que se entende como sendo correto tal posicionamento, conforme se analisará em seguida.

Por tudo isto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade da Súmula nº 415 do STJ de forma categorizada.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO: POLÍTICO, FILOSÓFICO E JURÍDICO

Na narrativa de Velloso (2006, p. 17 e 18), se pode analisar as principais bases filosóficas e políticas do direito em face à prescrição, ao qual se permite destacar:

“a) a prescrição é um direito natural ou uma liberdade fundamental. b) a prescrição é de direito comum. c) o esquecimento, o arrependimento. d) o argumento da expiação moral repellido. e) a exemplaridade necessária. f) a prova perdida.”

Neste contexto, Bitencourt (2012, p. 85) aponta os principais fundamentos políticos que sustentam a legitimidade da prescrição, quais sejam:

“1) o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato; 2) o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso; 3) o Estado deve arcar com sua inércia; 4) o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório.”

Assim, após a análise destas construções doutrinárias, se pode afirmar que do ponto de vista jurídico, a prescrição valoriza a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana e o dever de eficiência estatal, pois o direito tem como função primordial a estabilização e a coesão social, pelas quais devem ser efetivadas em um prazo razoável, sob pena de se perfazer uma pena inadequada de um fato já alicerçado socialmente.

Visualizando a prescrição pelo ângulo filosófico, político e jurídico do direito, percebe-se que a mesma é própria dos países *civil law*, sendo de baixa tradição em países *common law*, que na maioria das vezes, aplicam-se em crimes econômicos – crimes da classe econômica mais alta detentora do poder político –, sendo que, no Brasil é inegável trata-se de norma de direito material, logo capaz de geral direito adquirido, como bem explana Lima (2016, p. 145), em destaque:

“Não há consenso na doutrina acerca do conceito de normas processuais materiais ou mistas. Uma primeira corrente sustenta que normas processuais materiais ou mistas são aquelas que, apesar de disciplinadas em diplomas processuais penais, dispõem sobre o conteúdo da pretensão punitiva, tais como aquelas relativas ao direito de queixa, ao de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão, à perempção, etc. Uma segunda corrente, de caráter ampliativo, sustenta que normas processuais materiais são aquelas que estabelecem condições de procedibilidade, meios de prova, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que produzam reflexos no direito de liberdade do agente –, ou seja, todas as normas que tenham por conteúdo matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão”

A prescrição tem sua base teórica na conhecida "Teoria do Esquecimento", posto o decurso do tempo apagar a memória coletiva para sentimentos de indignação, de insegurança social, de satisfação do julgamento público e de revolta social. Sendo assim, a punição tardia teria efeito contrário, engendrando na opinião pública sentimentos de comiseração, podendo ressaltar, ainda, a possibilidade de transformação da identidade do delinquente no curso do tempo.

Por fim, a prescritibilidade favorece o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois não tem como evitar o desaparecimento das provas com o passar do tempo, colocando o réu com alto ônus probatório, que se vê sem a possibilidade de demonstrar provas que excluam a ilicitude ou a culpabilidade, pois as testemunhas podem morrer, os vestígios para as perícias desaparecem, os documentos somem, e assim por diante; colocando-o numa situação de extrema assimetria com o Estado que detém maior poder econômico principalmente, em face do acusado que na maioria das vezes tem baixo poder aquisitivo

## **2.2 DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O art. 366 do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro reza o seguinte:

CPP, art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 (Redação dada pela Lei nº 9.271 de 17.04.1996)" (BRASIL, 1996).

Assim, o referido artigo do CPP tem como fundamento o direito à informação pelo qual efetiva o atendimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois não admite o prosseguimento do feito sem que o réu efetivamente seja informado da existência do processo contra ele.

Contudo, o STF já manifestou decisões contrárias a um prazo determinado de suspensão da prescrição, no julgamento do RE 460.971/RS:

"Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado - C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da

prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, "do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão." 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição". (RE 460.971/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 13.02.2007, v.u.)".

*Data máxima vênia, esse entendimento, não é correspondido pelo STJ e pela doutrina majoritária brasileira, que possuem o entendimento pela taxatividade da Constituição Federal de 1988 em matéria de imprescritibilidade penal, por tratar de direito fundamental determinada pela Constituição, bem como, não se amolda no novo direito penal moderno. Além do mais, os tratados internacionais são normas, quando muitas, supralegais. Conforme ensinamento do doutrinador Masson (2016, p. 978), em destaque:*

*"Como corolário dessas exceções, taxativamente indicadas pelo texto constitucional, prevalece em seara doutrinária o entendimento de que a legislação ordinária não pode criar outras hipóteses de imprescritibilidade penal."*

Desta forma, equivocado se encontra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois, ao analisar a Constituição em uma interpretação a contrário senso do art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, percebe-se que a imprescritibilidade somente ocorre para a prática do racismo e para a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, para os demais, ainda que hediondos, se perfaz a prescrição, conforme a própria Constituição ao afirmar:

*"CRFB/1988, art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."*

Com efeito, no momento em que o Poder Constituinte Originário admitiu apenas esses crimes como insuscetíveis de prescrição, afirmou implicitamente que todas as demais infrações penais prescrevem, e, pela posição em que tais exceções



foram previstas (art. 5.º da CRFB/1988), a prescrição teria sido erigida à categoria de direito fundamental do ser humano, consistente na obrigação do Estado de investigar, processar e punir alguém dentro de prazos legalmente previstos.

A Constituição Brasileira acabou por defender a regra da prescritibilidade por meio de sua própria omissão legislativa - "silêncio eloquente" ou atividade legislativa por omissão - pois são normas restritivas de direitos fundamentais que devem por óbvio ser interpretadas restritivamente, e isso se perfaz pelo fato dos dispositivos constitucionais permitirem a imprescritibilidade apenas em duas hipóteses, logo é porquê a proibiu em qualquer outra hipótese.

Desta forma, a interpretação que mais favorece os princípios constitucionais é aquela que entende pela prescrição, pois enaltece uma interpretação que prima pela máxima efetividade dos princípios constitucionais, além de favorecer a interpretação mais favorável à proteção de direitos individuais, conforme leciona a doutrina.

Como exemplo, tem-se o doutrinador Lenza (2017, p. 206):

"Também chamado de princípio da eficiência ou da **interpretação efetiva**, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social."

Segundo Canotilho (1993, p. 227):

"é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)".

Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas, deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, que não seja contrária ao texto constitucional, daí surgirem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, destacando-se que a interpretação conforme será implementada pelo Judiciário e, em última instância, de maneira final, pela Suprema Corte.

Desta forma, a Súmula nº 415 do STJ busca efetivar a Constituição ao determinar um período máximo de suspensão da prescrição, com marcos objetivamente delimitados, em defesa de um comportamento ativo eficiente do Estado, evitando assim interpretações nefastas do art. 366 do Código de Processo Penal Brasileiro, que, em outras palavras, ocasionaria uma imprescritibilidade até a



apresentação (ou prisão) do réu, violando assim a regra da prescrição estipulada pela CRFB/1988.

Observando como um todo unitário, coerente e íntegro o ordenamento jurídico, a melhor interpretação é aquela que confere ao ordenamento jurídico unidade, como já analisado pelos constitucionalistas, devendo a interpretação ser aplicada não apenas na constituição, mas juntamente com o ordenamento jurídico como um todo, devido ao dever sistemático, promovendo a unidade sistêmica do ordenamento jurídico.

Como informa Hesse citado por Mendes e Branco (2015, p. 95):

“Hesse, seguido por Canotilho, identifica-os como princípio da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora e da força normativa da Constituição. O primeiro desses princípios, o da unidade da Constituição, postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra; dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais. As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte. Vale, aqui, o magistério de Eros Grau, que insiste em que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”, acrescentando que “a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que bastaria ao intérprete ser alfabetizado”. Esse princípio concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário.”

Nas lições de Gomes e Maciel (2010), no estudo da contagem da prescrição durante a suspensão do processo, narram:

“Esperemos, pois, que o Supremo Tribunal Federal se curva ao entendimento da sua maioria e imponha um prazo final para o período de suspensão da contagem da prescrição estabelecida no art. 366 do CPP. Não só porque a suspensão pressupõe prazo final, mas porque essa exegese se coaduna melhor com o instituto da prescrição, que visa a impedir processos e execuções penais depois de anos ou décadas, quando já tenha desaparecido (completamente) o interesse social de punição do infrator”.

E também Didier Júnior et. al. (2016, p. 390), ao interpretar o art. 926 do Código de Processo Civil, diz que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, elucidando que:

“A coerência entre duas normas pode ser visualizada em dimensão formal ou em dimensão substancial. A coerência formal está ligada à ideia de não-contradição; a coerência substancial, à ideia de conexão positiva de sentido. O dever de coerência deve ser concretizado em ambas as dimensões. A exigência de coerência produz efeitos também em duas dimensões: interna e externa. Do ponto de vista externo, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. A coerência é, nesse sentido, uma imposição do princípio da igualdade – casos iguais devem ser tratados igualmente, sobretudo quando o tribunal já tem um entendimento firmado. Não pode o tribunal contrariar o seu próprio entendimento, ressalvada, obviamente, a possibilidade de sua superação. Julgar um caso é essencialmente distingui-lo de outro. É preciso, porém, que as distinções feitas pelos tribunais sejam coerentes. Não há coerência, por exemplo, na distinção que o Supremo Tribunal Federal brasileiro fez entre inquérito penal e inquérito civil, para fins de aferição da competência legislativa respectiva – como será visto no item sobre integridade. Também não há coerência na distinção que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro fez, na vigência do CPC-1973, entre núcleos de prática jurídica de instituições federais de ensino e núcleos de prática jurídica de instituições particulares de ensino, reconhecendo apenas aos primeiros o benefício da dobra dos prazos processuais”.

Sendo assim, se pode observar que, ao visualizar tanto o Código de Processo Penal como o Código de Processo Civil brasileiros, os casos de suspensão da prescrição são determinados e objetivos, haja posto toda suspensão da prescrição ter um termo certo para a finalização, independente de comportamento das partes, o que não se perfaz com a prisão ou apresentação do acusado, que por óbvio demonstra comportamento ativo das partes – próprio das situações interruptivas da prescrição.

Posto as causas de impedimento/suspensão da prescrição do Código Penal brasileiro in verbis:

“CPB, art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.” (BRASIL, 1984).

Já em relação às causas interruptivas da prescrição, assim dispõe o art. 117 do CPB (BRASIL, 1996), em destaque:

“Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (BRASIL, 2007).

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (BRASIL, 1996).

VI - pela reincidência. (BRASIL, 1996).”

Registra-se ainda, o entendimento perfeito da diferenciação que existe entre interrupção em face da suspensão da prescrição, por Tartuce (2017, p. 217/219):

“Pois bem, sabe-se que a prescrição pode ser impedida, suspensa ou interrompida. No impedimento e na suspensão o prazo não começa (impedimento) ou para (suspensão) e depois continua de onde parou. Já na interrupção o prazo para e volta ao início. Outra diferença a ser apontada é que o impedimento e a suspensão envolvem situações entre pessoas; enquanto que a interrupção da prescrição está relacionada a atos de credor ou do devedor. (...) A respeito dos casos de interrupção da prescrição, repise-se que esses envolvem condutas do credor ou do devedor.”

Então, o argumento do STF, viola toda a unidade e coerência sistêmica do direito prescricional, além de conturbar conceitos de interrupção e suspensão da prescrição, provocadora de incerteza jurídica ao tornando indefinido o prazo prescricional, logo imprescritível, demonstrando-se assim, falacioso o argumento, ao afirmar que:

“Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois,” do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão”.

Registra-se ainda que, a Constituição Federal tratou no art. 5º sobre a imprescritibilidade, nos crimes de racismo e na ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, justamente para impedir a imprescritibilidade em qualquer outro delito.

Então, por se encontrar estipulado no art. 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, protegido como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, IV da CRFB/1988 “os direitos e garantias individuais”. Nota-se um verdadeiro direito constitucional fundamental individual, o direito à prescrição, que por interpretação, na dicção utilizada pela constituição “direito individual”, deve repousar a ideia de que os direitos individuais se sobrepõem a interesses coletivos, como é a punição por crimes, posto, a Constituição expressamente trazer os direitos individuais como cláusula pétrea.

Sabe-se que, os direitos sociais são aceitos também pela doutrina como cláusula pétrea, devido ao caráter de interdependência, unidade e necessidade que todos os direitos da pessoa humana se perfaz entre si, no entanto, não se pode olvidar da superioridade interpretativa que deve imperar entre os direitos individuais em conflito com os direitos coletivos, uma, porque os direitos individuais foram tratados primeiramente (art.5º da CRFB/1988) aos sociais (art. 6º e seguintes da CRFB/1988), e em segundo lugar, por terem sido ressalvados expressamente como cláusula pétrea apenas os direitos e garantias individuais.

Sendo assim, pode-se encontrar amparo inclusive na obra de Alexy (1993, p. 452/453), que defende a prevalência dos direitos de dimensão subjetiva em face da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois, a principal finalidade dos direitos fundamentais, consiste na proteção do indivíduo, e não da coletividade, desempenhando a dimensão objetiva uma função e reforço da tutela jurídica dos direitos fundamentais subjetivos; bem como, por argumento de otimização, a análise do caráter principiológico dos direitos fundamentais, demonstra que o reconhecimento dos direitos positivos implica num grau maior de realização dessas normas-princípios definidoras de direitos fundamentais, do que previsões de obrigações de natureza meramente objetivas.

“Sin embargo, esta distinción tiene también que ser puesta en duda. Existen problemas de derechos de defensa sumamente controvertidos, más allá del ámbito de la jurisprudencia; basta pensar, por ejemplo, en el derecho de realizar manifestaciones callejeras; y existen posiciones de derechos a protección; que

nadie pone seriamente en duda, por ejemplo, la protección frente a lesiones corporales a través de las normas del derecho penal. Esto pone claramente de manifiesto que los límites de los campos de acción del legislador y de la competencia del Tribunal Constitucional no pueden orientarse por diferencias teórico-estructurales como las que existen entre los derechos de defensa y los derechos a protección, sino únicamente por cuestiones sustanciales. En última instancia, la cuestión sustancial apunta —tal como puede ser formulado sobre la base de la concepción formal del derecho fundamental presentada más arriba— a saber si, desde el punto de vista del derecho constitucional, una determinada protección es tan importante que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.

Esta fórmula contiene también la solución del problema del pronóstico. Es fácil reconocer que toda propuesta para la solución del problema del pronóstico incluye una propuesta para la distribución de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador. Supongamos que hay que juzgar si el medio de protección M cumple o no el deber de protección P. Según el pronóstico Pr1 tal es el caso: según el pronóstico Pr2 no. El legislador sostiene Pr. Si el legislador tiene la competencia para decidir cuál pronóstico ha de tomarse como punto de partida, el Tribunal Constitucional no puede decir que se ha lesionado el deber de protección. Si el Tribunal posee la competencia de decisión, puede decir que Pr1 es falso y Pr2 correcto y, por lo tanto, el deber de protección P no es cumplido por M”

Por fim, ainda se pode tratar sobre um aspecto econômico do direito, como poder de fato que constrói o direito, por uma interpretação histórica dos direitos fundamentais, por ter o Brasil adotado o sistema capitalista de produção e geração de riquezas, em evidência: quando o mundo fora dividido em dois polos econômicos, o capitalista e o socialista, o pacto sobre os direitos civis e políticos foram assinalados pelos países capitalistas, ao passo que, os países socialistas defendiam apenas os direitos sociais em detrimento a qualquer direito individual, por isso assinalaram o pacto sobre os direitos econômicos, sociais e culturais.

Desta forma, os países capitalistas sempre defenderam a preponderância dos direitos individuais, posto decorrer do próprio modelo econômico que embasou suas constituições.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição brasileira de 1988 legislou pela regra da prescribibilidade por meio de sua própria omissão - "silêncio eloquente"- pois são normas restritivas de direitos fundamentais, que devem, por óbvio, ser interpretadas restritivamente, e isso se perfaz pelo fato dos dispositivos constitucionais permitirem a imprescribibilidade apenas em duas hipóteses, logo é porque a proibiu em qualquer outra.

A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal se perfaz necessária, pois irá favorecer a um entendimento jurisprudencial já consolidada no âmbito social e jurídico brasileiro, além de provocar harmonia sistêmica com as regras de prescrição do ordenamento jurídico, promovendo uma integração e coerência do sistema de normas, favorecendo direitos individuais, em uma efetivação ao direito fundamental constitucional à prescrição, em homenagem a justiça e ao direito.

### 4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 452 e 453.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.

BRASIL, 2007. **Lei nº 11.596, de 29.11.2007**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11596.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11596.htm) > >. Acessado em: 02/08/2019.

BRASIL, 1996. **Lei nº 9.271 de 17.04.1996**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9271.htm) >. Acessado em 02/08/2019.

BRASIL, 1996. **Lei nº 9.268, de 1º.04.1996**. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/norma/551144> >. Acessado: 02/08/2019.

BRASIL, 1984. **Lei nº 7.209, de 11.7.1984**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm) >. Acessado em: 02/08/2019.

BRASIL, 1941. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acessado em 02/08/2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª. ed., ver. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.



DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 2ª ed., Ed. JusPodium, 2016, pág. 390.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Contagem da prescrição durante a suspensão do processo: súmula 415 do STJ**. 20 janeiro de 2010. Disponível em: < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2059292/contagem-da-prescricao-durante-a-suspensao-do-processo-sumula-415-do-stj> > Acessado em: 02/08/2019.

HESSE (Escritos, p. 47) apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Ganet. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 95.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. Ed. 21ª, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 206.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. V. único. 4ª. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 145.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral, v. 1, 19.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 978.

STF, **RE 460.971/RS**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 13.02.2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único, 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 217/219.

VELLOSO, Ana Flávia Penna. A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional** = Brazilian Yearbook of International Law = Annuaire Brésilien de Droit International / Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant - v.1, n.1, 2006 - Belo Horizonte: CEDIN, 2006, p. 17 e 18.

NOTAS:

<sup>[1]</sup> Advogada. Especialista em Direito Público e Privado.

## PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

**MÁRCIA CARVALHO DE LACERDA PAOLIELLO**,  
o autor: Bacharel em Direito pela Pontifícia  
Universidade Católica De Minas Gerais e Pós-  
Graduação em várias áreas do Direito pela  
Universidade Cândido Mendes

**RESUMO:** Este estudo objetivou-se em analisar o devido processo legal na Constituição.. É no cotidiano da sociedade, no dia a dia do homem comum, que encontramos as razões para a manutenção do império da lei e do Direito. A lei se justifica por seu próprio caráter normativo, objetivando delimitar até onde pode caminhar o interesse do indivíduo sem chocar-se com o do grupo social, nos moldes do ensinamento de Hobbes, que afirmou, de forma extremamente didática e sucinta, ser a lei o exato limite entre o justo e o injusto. Se sua existência enquanto preceito fundamentalmente normativo é fato incontroverso, não resta outra atitude a não ser observá-la, num proceder vital para a sobrevivência da própria comunidade. Já o Direito, ciência na qual a razão desdobra-se em lógica, observação, experiência e dedução, não possui a insensibilidade comum dos corpos legislativos. Sem jamais estar alheia aos anseios e transformações que a sociedade impõe a si mesma, sua principal função é encontrar respostas para as dúvidas que surgem com os relacionamentos dentro de uma mínima vida coletiva. Intrincado, em constante evolução, o grupo social desenvolve-se lentamente, num invisível desdobramento de estruturas; interesses pessoais, riquezas patrimoniais, obrigações e direitos formam um todo no qual, se um elemento termina por perturbar as partes direta e imediatamente envolvidas numa transação jurídica, certamente redundará em efeitos que serão sentidos adiante. Na tentativa de assegurar e tutelar o regular desenvolvimento dos atos jurídicos, nasce a figura dos princípios processuais, notadamente o princípio do devido processo legal, o qual delimita a ação dos aplicadores da lei, revelando-se ainda como uma garantia constitucional para os jurisdicionados

**Palavras-chave:** Processo Legal, Constituição Federal, Princípio.

### INTRODUÇÃO

Os princípios constituem fontes basilares para qualquer ramo do direito, influenciando tanto em sua formação quanto em sua aplicação. Em relação ao Direito Processual Civil não poderia ser diferente, já que os princípios estão presentes em dois instantes: em sua formação e na aplicação de suas normas. Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de princípios. Diante disso, através das peculiaridades dos princípios inerentes a cada ramo do direito e

da importância de sua influência, é que se torna extremamente necessário o estudo de tais princípios.

De início, a fim de desenvolver um estudo mais completo, é necessário averiguar qual o significado do vocábulo princípios dentro do ordenamento jurídico. Para Miguel Reale(2010), os princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. Em sua lição, Alvim (2012) ensina que os princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica.

Passamos à análise de um dos princípios processuais na Constituição Federal:

Princípio do devido processo legal:

O devido processo legal na Constituição Federal:

O princípio do devido processo legal encontra-se expressamente consagrado na Constituição Federal, insculpido no artigo 5º, LIV, com a seguinte redação:

“Art. 5º ...

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

Uma grande parte da doutrina entende que os demais princípios processuais constitucionais atinentes ao processo civil, possuem a sua gênese no princípio do devido processo legal.

Dentre os que admitem a tese apresentada pelos autores acima mencionados, pode-se indicar Theodoro (2011) em sua obra Princípios de Processo Civil na Constituição Federal pois, entende-se que, bastando a adoção do devido processo legal, já decorrerão todos os outros que ensejam a garantia de um processo e de uma sentença justa.

Em sua lição, Maciel (2011) afirma que o princípio do devido processo legal tem a sua origem diretamente em duas emendas à Constituição Federal Norte-americana da seguinte forma:

“Emenda nº. V: (...) ninguém será compelido em nenhum processo penal a testemunhar contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal.

Emenda nº. XVI: nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal. (MACIEL, 2011, p. 24)

Passa-se, portanto, a analisar os aspectos atinentes ao princípio do devido processo legal que pode ser encontrado sob outras definições, tais como o princípio do processo justo ou princípio da defesa em Juízo.

Não basta que o membro da coletividade tenha direito ao processo, sendo inafastável, também, a absoluta regularidade deste, com a verificação de todos os seus corolários, para que se atinja a meta colimada.

Para Silveira (2010), o princípio do devido processo legal está inserido no contexto, mais amplo, das garantias constitucionais do processo, e que somente mediante a existência de normas processuais justas é que se conseguirá a manutenção de uma sociedade sob o império do Direito.

Em sua lição, Carvalho (2011) menciona que o princípio do devido processo legal protege a liberdade, em seu sentido amplo – liberdade de expressão, liberdade de ir e vir, liberdade de fazer e não fazer, de acordo com a lei, e os bens, também, em amplo sentido – bens corpóreos (propriedades, posses, valores) e bens incorpóreos (direitos, ações, obras intelectuais, literárias, artísticas, sua imagem, seu conceito, sua expressão corporal, etc...)

O devido processo legal é uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista em benefício de todos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.

Resta assim, revelada a gigantesca importância de um princípio no sistema jurídico, de maneira que pode-se concluir que, ao se ferir uma norma, diretamente estar-se-á ferindo um princípio daquele sistema, que na sua essência estava embutido.

Portanto, conclui-se, das definições trazidas acima, que os princípios servem de base para a elaboração e aplicação do direito.

Para a elaboração deste projeto de pesquisa, far-se-á um levantamento bibliográfico acerca do tema a ser estudado com o objetivo de encontrar respostas aos problemas formulados; seleção desse material com vistas ao aspecto a ser focado e posterior leitura, análise e interpretação do mesmo, com escopo de formação de juízo de valor.

Para tanto, servirão de fontes bibliográficas:

Pesquisa em doutrina: conceituação e alcance dos princípios;

Pesquisa jurisprudencial: análise atual e tendência na aplicação do tema pelos Tribunais Estaduais e Superiores;

Súmulas dos Tribunais Superiores: tratamento pacificado da matéria em alguns pontos;

Como analisar o Princípio do Devido Processo Legal no Direito Brasileiro?

## **DESENVOLVIMENTO**

Os princípios são regras legais por excelência e que se encontram no topo da pirâmide jurídica. Num sistema constitucional, democrático e garantista, como o brasileiro, os princípios devem ser obrigatoriamente observados pelo Juiz quando da prolação de uma decisão. Errada, pois, toda e qualquer interpretação de regra jurídica que vai de encontro ao conteúdo de um princípio constitucional. Sendo os princípios expressamente previstos no primeiro artigo da Constituição Federal, impossível não reconhecer sua posituação e, portanto, a necessidade de integração, sempre hierárquica, com as demais regras constitucionais e, sobretudo, infraconstitucionais.

Os princípios não estão apenas no rol exemplificativo do artigo 1º do texto constitucional, mas espalhados por todo o seu corpo do texto constitucional e, mesmo, por todo o sistema legal pátrio, levando-se em consideração, ainda, os princípios gerais do Direito, perfeitamente harmonizados aos princípios constitucionais.

Com base neles, tem-se lançada verdadeira pá de cal na visão estaqueada do Direito, presa a dogmas legais (interpretação literal da regra jurídica); da mesma forma, desnecessária qualquer e perigosa peregrinação pelas veredas perigosas e inseguras da interpretação alternativa do Direito, já que os próprios princípios, mecanismos de calibragem da ordem jurídica, permitem ao interessado, interpretação e aplicação mais arejada do Direito, sempre com vistas a promoção da Justiça.

Sobre princípio, busca-se primeiro uma noção sobre o significado da palavra. Princípio é algo que serve para alicerçar uma ciência.

Para Reale (2011), a importância do princípio para o conhecimento de uma filosofia ou uma ciência é primordial, diz ele:

"Que toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõe dado campo do saber" (REALE, 2011, p.305).

Ainda seguindo o raciocínio do Reale (2011), os princípios podem ser divididos em três categorias (princípios omnivalentes, princípios plurivalentes e princípio monovalentes), Para o doutrinador retrocitado, os Princípios Gerais do Direito são enunciados de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.

No estudo do Direito, podem-se perceber três sentidos para o termo “Princípio”, a saber: um primeiro, onde seriam 'super normas', ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para regras que as desdobram.

No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma 'abstração por indução'. (TEIXEIRA, 2005,)

Preferimos a concepção de Mello (2000), onde os princípios são, por definição, mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces dele, e ainda disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que é o sistema jurídico positivo.

O princípio da isonomia ou também chamado de princípio da igualdade é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito. O sentimento de igualdade na sociedade moderna pugna pelo tratamento justo aos que ainda não conseguiram a viabilização e a implementação de seus direitos mais básicos e fundamentais para que tenham não somente o direito a viver, mas para que também possam tem uma vida digna.

Este princípio remonta as mais antigas civilizações e esteve sempre embutido, dentro das mais diversas acepções de justiça mesmo que com interpretações diferentes, umas mais abrangentes outras nem tanto, ao longo da história. Como a aplicação de um princípio depende da interpretação que lhe é conferida, em diversos momentos históricos o princípio da isonomia que tem com fundamento principal a proibição aos privilégios e distinções desproporcionais, acabava se chocando com o interesse das classes mais abastadas que o deixavam de lado, ou lhe conferiam uma interpretação destoante da que realmente deveria ser aplicada.

“Do Princípio da Isonomia” (Igualdade), considerada “*pressuposto político de toda sociedade organizada*” (SILVEIRA, 2011), deriva-se o Princípio da Isonomia Processual, que Nelson Nery Júnior conceitua como “*o direito que têm os litigantes de receberem idêntico tratamento pelo juiz*”. Ou seja, ambas as partes devem gozar das mesmas faculdades e oportunidades processuais oferecidas, conforme se vê mais claramente no artigo 125, I, do Código de Processo Civil.



*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade ("...")* Art. 5º, caput, CF

No entanto, a própria lei especifica desigualdades. Novamente cita-se Nelson Nery Júnior, de que tratar as partes isonomicamente é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção de suas igualdades e desigualdades, a *"igualdade substancial dos litigantes"*.

A igualdade das partes advém da garantia constitucional da qual goza todo cidadão que é a igualdade de tratamento de todos perante a lei. O *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 menciona que:

**"Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" (grifou-se)

O art. 5º da Constituição Federal, não só declara a igualdade de todos perante a lei, como também garante essa igualdade através de outros princípios insculpidos no próprio artigo. A título de exemplo, pode-se mencionar:

- Princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV);
- Princípio da motivação das decisões (CF, art. 93, IX);
- Princípio da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, LX);
- Princípio da proibição da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI);
- Princípio da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII);

Enfim, a própria Constituição Federal criou mecanismos que visam assegurar a igualdade das pessoas perante a lei, conforme se pode constar dos seus incisos.

Porém, tocando no ponto que desperta maior interesse, pode-se dizer que é do princípio da igualdade, insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, é que deriva o princípio da igualdade das partes no processo (NERY, 1996)

Tal como ocorre na vida cotidiana, o mesmo deve ocorrer no processo civil, ou seja, as pessoas também possuem o direito e devem ser tratadas de forma igual perante a lei. Daí que deriva o que se chama de princípio da isonomia processual (GRINOVER, 2010)

O princípio da isonomia ou igualdade, após toda sua evolução histórica e divergências doutrinárias que existem até hoje, não pode ser considerado apenas como um princípio de Estado de Direito. Deve ser visto fundamentalmente como um princípio de Estado Social.

Este princípio é o mais amplo dos princípios constitucionais, abarcando as mais diversas situações e por essa razão deve ser observado por todos os aplicadores dos direitos em qualquer segmento que possamos utilizar sob pena de violação direta de quase todos os outros dispositivos existem no ordenamento jurídico brasileiro, já que a isonomia informa e fundamenta como pilar de sustentabilidade toda a ordem constitucional brasileira. Está inserido na Constituição não com função meramente estética, ou servindo como adorno dela, mas constitui-se como um princípio que tem plena eficácia e deve ser respeitado, pois caso contrário, estaremos diante de uma inconstitucionalidade a que caberá ao Poder Judiciário controlar.

### **Princípio do Juiz natural**

*“Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”* Art. 5º, LIII, CF

Segundo este princípio, só um órgão a quem a Constituição Federal atribui função jurisdicional, implícita ou explicitamente, pode processar e julgar o autor de um delito (IBRAHIM, 2010).

Ibrahim (2010), atento para a necessidade de ser previamente constituído, numa garantia contra tribunais de exceção, ao dizer que:

*“o princípio está calcado na exigência de pré-constituição do órgão jurisdicional competente (...) cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor”* (IBRAHIM, 2010, p. 150).

Assim, o princípio do juiz natural consiste em: que a jurisdição só seja exercida por quem a Constituição Federal houver delegado a função jurisdicional; que as regras de competência sejam objetivas e anteriores ao fato a ser julgado; na vedação da criação do Juízo ou Tribunal de exceção (após o fato e para o fato).

Segundo a doutrina dominante, o *princípio do juiz natural* pode ser encontrado na constituição nos seguintes artigos:

Art. 5º omissis

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Assim, localizados dentro da Constituição Federal os incisos do artigo 5º que prevêm o princípio do juiz natural, passa-se doravante a tratar acerca do significado do referido princípio.

O princípio do juiz natural pode ser encontrado na doutrina sob as mais diversas denominações, dentre as quais, pode-se mencionar o *princípio do juízo legal*, o *princípio do juiz constitucional* e o *princípio da naturalidade do juiz*.

O inciso XXXVII, do artigo 5º da Constituição Federal, onde há a primeira tratativa acerca do princípio do juiz natural, prevê a vedação à criação de tribunais de exceção.

Na expressão *tribunais de exceção*, compreende-se tanto a impossibilidade de criação de tribunais extraordinários após a ocorrência de fato objeto de julgamento, como a consagração constitucional de que só é juiz o órgão investido de jurisdição.

Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência do tribunal.

O princípio do juiz natural, especialmente no que tange a este primeiro aspecto, visa coibir a criação de tribunais de exceção ou de *juízos ad hoc*, ou seja, a vedação de constituir juízes para julgar casos específicos, sendo que, provavelmente, terão a incumbência de julgar, com discriminação, indivíduos ou coletividades.

Assim, localizados dentro da Constituição Federal os incisos do artigo 5º que prevêm o princípio do juiz natural, passa-se doravante a tratar acerca do significado do referido princípio.

O princípio do juiz natural pode ser encontrado na doutrina sob as mais diversas denominações, dentre as quais, pode-se mencionar o *princípio do juízo legal*, o *princípio do juiz constitucional* e o *princípio da naturalidade do juiz*.

O inciso XXXVII, do artigo 5º da Constituição Federal, onde há a primeira tratativa acerca do princípio do juiz natural, prevê a vedação à criação de tribunais de exceção.

Na expressão *tribunais de exceção*, compreende-se tanto a impossibilidade de criação de tribunais extraordinários após a ocorrência de fato objeto de julgamento, como a consagração constitucional de que só é juiz o órgão investido de jurisdição.

Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência do tribunal.

O princípio do juiz natural, especialmente no que tange a este primeiro aspecto, visa coibir a criação de tribunais de exceção ou de *juízos ad hoc*, ou seja, a vedação de constituir juízes para julgar casos específicos, sendo que, provavelmente, terão a incumbência de julgar, com discriminação, indivíduos ou coletividades.

Entende Teixeira (2012) entende que o princípio do juiz natural *redemocratizou* a vida do país, na época, por ocasião da sua inserção no artigo 141, parágrafo 26, da Constituição Federal de 1946.

*"Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."* Art. 5º, LV, CF

Rosa (2011), considera o Princípio do Contraditório, também chamado Princípio da bilateralidade da audiência, como a garantia fundamental da Justiça e a regra essencial do processo, pois significa poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, no caso do réu, ser informado da existência e do conteúdo do processo e ter direito de se manifestar sobre ele.

O contraditório consiste no direito a informação e também no direito a participação. O direito a informação (a ser cientificado) é *"respeitado por meio dos institutos da citação, intimação e notificação"* (LIMA, 2010) e o direito a participação consiste *"tanto no direito a prova como no direito a atividade de argumentação, de natureza eminentemente retórica, que busca seduzir pelo poder da palavra, oral ou escrita"* (LIMA, 2010).

E o princípio da ampla defesa, como lembra Silveira (2011), é relativo à natureza dos processos. Nos processos civis e trabalhistas, por exemplo, se o réu e o reclamado citados regularmente/pessoalmente não deduzirem suas defesas, serão considerados revéis e se dará a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor e o reclamante.

O Juiz, face ao seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, quando ouve uma, necessariamente deve ouvir a outra, somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor as suas razões, de apresentar as suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz.

Somente pela porção de parcialidade das partes, *uma apresentando a tese e outra a antítese, é que o juiz pode fazer a síntese*. Este procedimento seria estabelecer o contraditório entre as partes.

Neste sentido, Marinoni (2011) faz as seguintes considerações acerca do princípio do contraditório:

O princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo. (MARINONI, 2011, p. 125)

Para Carvalho (1994), contraditório significa poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e fazer-se ouvir.

Em relação ao princípio do contraditório, Rosa (2011) tece o seguinte comentário:

A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida. (ROSA, 2011, p. 47)

Segundo Nery (1999), quando a lei garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto *o direito de ação, quanto o direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório é a perfeita combinação entre o princípio da ampla defesa e princípio da igualdade das partes. Sanseverino (2010) menciona que

O princípio constitucional da igualdade jurídica, do qual um dos desdobramentos é o direito de defesa para o réu, contraposto ao direito de ação para o autor, está intimamente ligado a uma regra eminentemente processual: o princípio da bilateralidade da ação, surgindo, da composição de ambos, o princípio da bilateralidade da audiência. (SANSEVERINO, 2010, p. 68)

O princípio da igualdade das partes impõe a bilateralidade da audiência, já que a possibilidade de reação de qualquer das partes em relação à pretensão da outra, depende sempre da informação do ato praticado. Daí o fundamento da citação da parte contrária, quando válida, estabelecendo a relação jurídica processual.

*A inafastabilidade da jurisdição* também poderá ser encontrada sob a denominação princípio do direito de ação por alguns autores, por outros, pode ser encontrada por princípio do acesso à justiça.

Confira-se onde está situado o princípio da inafastabilidade da jurisdição dentro da Constituição Federal:

Art. 5º omissis

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Portanto, passa-se doravante a analisar os aspectos do princípio da inafastabilidade da jurisdição, como já anteriormente feito com os demais princípios.

Nery (1999) menciona que:

Em que pese o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão. Com a contemplação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a Constituição garante a necessária tutela estatal aos conflitos ocorrentes na vida em sociedade. Enfim, a garantia é ao direito de ação. (NERY, 1999, p. 31)

No entanto, não há que se estabelecer confusão entre o direito de ação e o direito de petição assegurado na Constituição Federal, já que o primeiro visa a proteção de direitos contra ameaça ou lesão, ao passo que o segundo, assegura, de certa forma, a participação política, independente da existência de lesão ao direito do peticionário.

O direito de ação é um *direito público subjetivo* exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo aplicar o direito a cada caso que lhe foi trazido. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causas de responsabilidade judicial.

Menciona Teixeira (2011) que:

o princípio da inafastabilidade da jurisdição possui profundas raízes históricas e representa uma espécie de contrapartida estatal ao veto à realização, pelos indivíduos, de justiça por mãos próprias (exercício arbitrário das próprias razões, na peculiar dicção do Código Penal - art. 345); mais do que isso, ela é uma pilastra de sustentação do Estado de Direito.. (TEIXEIRA, 2011, p. 45)

O direito de ação, que se efetiva através do processo, único meio de aplicação do direito a casos ocorrentes, por obra dos órgãos jurisdicionais, e complemento inarredável do preceito constitucional que o inspira, *garantia* concreta de sua realização.

O poder de agir é um direito subjetivo público consistente na faculdade do particular fundada em norma de direito público.

Em suma, a invocação da tutela jurisdicional, preconizada na Constituição Federal, deve efetivar-se pela ação do interessado que, exercendo o direito à jurisdição, cuide de preservar, pelo reconhecimento (processo de conhecimento), pela satisfação (processo de execução) ou pela asseguaração



(processo cautelar), direito subjetivo material violado ou ameaçado de violação. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". Art. 5º, LX, CF

Para Dinamarco (2013), o princípio da publicidade: *"visa dar transparência aos atos praticados durante a persecução penal, de modo a permitir o controle e a fiscalização, e evitar os abusos"*.

Mas, como eles continuam, a publicidade absoluta pode acarretar, às vezes, situações não desejadas, como sensacionalismo, desprestígio para o réu (ou até mesmo para a vítima) e, em casos extremos, convulsão social.

Nesses casos, a lei permite restrições à publicidade, como nas hipóteses dos artigos 792, § 1º, 476, 481, 482 e 272 do Código de Processo Penal, e nos casos descritos pelo artigo 155 do Código de Processo Civil.

A fim de prosseguir neste singelo estudo dos princípios de processo civil inseridos no texto constitucional, deve-se demonstrar o fundamento legal:

Art. 93. Omissis

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes; (grifou-se)

Também, pode-se encontrar o referido princípio contido no artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal. Confira-se:

Art. 5º. Omissis

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, traz expressamente a determinação de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade.

Bastos (2012) mencionam que a garantia da publicidade não se traduz na exigência da efetiva presença do público e/ou dos meios de comunicação aos atos que o procedimento se desenrola, não obstante reclame mais do que uma simples potencialidade abstrata (como quando, por exemplo, não se tem conhecimento da data, horário e do local da realização de determinado ato: a publicidade deste reduz-se, então, a um nível meramente teórico).

Alvim (2012) qualifica o princípio da publicidade dos atos no processo, antes de mais nada como um princípio ético, mencionando que:

A publicidade é garantia para o povo de justiça, que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria Magistratura diante do povo, pois agindo publicamente, permite a verificação de seus atos. (ALVIM, 2012, p. 31)

O artigo 155 do Código de Processo Civil está em perfeita consonância com a disposição trazida pela Constituição Federal, determinando, expressamente, quais são os casos que correm em segredo de justiça, sendo que tal procedimento não viola, em hipótese alguma, a norma constitucional. O Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça (...):

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este estudo buscou uma melhor compreensão do princípio do devido processo legal, positivado pelo art. 5º, LIV, da CRFB. A maior parte da literatura jurídica nacional que o aborda concentra seus esforços em proclamar a importância desse princípio. Parece-nos, entretanto, que uma compreensão constitucionalmente adequada do princípio exige uma abordagem diversa, coincidente com a usual apenas no primeiro passo, que é a apreensão de seu funcionamento no ambiente jurídico de origem.

Importante salientar que o devido processo legal é um texto normativo aberto, cujo conteúdo mínimo será determinado pelos tribunais, de acordo com as circunstâncias históricas e culturais vigentes naquela época em que as decisões são prolatadas.

Ademais, não há como se definir em toda a sua amplitude o conceito de devido processo legal, pois ele é um fruto do momento histórico e cultural de um povo, de maneira que está em constante mutação e ampliação. Apenas o que se consegue definir como devido processo legal é o seu conteúdo mínimo, que abarca a necessidade de contraditório nos processos, a necessidade de um juiz natural para julgar a demanda, a necessidade de as decisões judiciais proferidas no processo serem sempre motivadas, a proibição de produção ou juntada de provas ilícitas aos autos, entre outros elementos que compõem a ideia central de devido processo legal.

Por sua natureza de princípio constitucional é que a sua violação importa em nulidade de todos os atos praticados e os que se seguirem.

Modernamente a ideia de devido processo legal está sendo correlacionada com a ideia de processo justo (aquele que, em síntese, obedece aos parâmetros impostos pela Constituição e os valores consagrados pela coletividade).

O devido processo legal, consagrada na Constituição Federal, é uma cláusula geral e um direito fundamental de conteúdo complexo. A Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado.

A aplicação da teoria dos direitos fundamentais no âmbito privado requer o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Acerca do tema existem três teorias:

State action: Esta teoria nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, por entender que o único sujeito passivo daqueles direitos seria o Estado (EUA).

Eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais: Esta teoria entende que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas tão-somente serve de baliza para o legislador infraconstitucional que deve tomar como parâmetro os valores constitucionais na elaboração das leis de direito privado (Alemanha, Áustria e França).

### **REFERÊNCIAS**

ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios Constitucionais do Processo**. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, nº 74, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, São Paulo, Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância** no Processo Civil. São Paulo:2010

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, ed. 9. Impetus, 2010

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p.187.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros,2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva,2011.

ROSA, Roberto. **Direito processual constitucional**. Princípios constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.13.

## APROPRIAÇÃO INDÉBITA DA PREVIDÊNCIA

**KATIA KARINE DOS SANTOS ALVES**, o autor:  
Bacharelado em Direito. Centro Universitário de  
Santa Fé do Sul - SP, UNIFUNEC.

**GIULLIANO IVO BATISTA RAMOS**

(Orientador)

**RESUMO**[1]: O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar de modo eficaz o que é Previdência Social, dando maior interesse ao tema do artigo sobre o crime de Apropriação Indébita da Previdência Social. Será abordado neste artigo sobre a aplicação da Lei 2.848 do Código Penal que descreve em seu artigo 168-A e parágrafos; de maneira sucinta iremos fazer breves definições do crime, como se caracteriza, os meios que são utilizados para que se tenha o efeito do crime e quais são suas consequências. Iremos demonstrar como se caracteriza a extinção da punibilidade do agente, se tem alguma diferença na aplicação desta pena quando o réu for primário, diante dessas circunstâncias a respeito do crime contra ordem tributária, o que realmente acontece quando o réu já tenha efetuado o pagamento antes do oferecimento da denúncia e também o que pode ser feito caso tenha realizado o pagamento após. O método utilizado para a elaboração deste artigo foi através de pesquisas bibliográficas, em sites da internet, doutrinas e jurisprudências.

**Palavras-chave:** Crime tributário. Apropriação. Extinção da Punibilidade. Pena. Dolo.

**ABSTRACT:** The present work has the purpose of the Crime of Indiscriminate Settlement of Social Security, demonstrating that a crime application is made for the agents that commit this crime. This crime was introduced in our legal system by Law no. 9.983 / 2000, aiming at typifying a conduct of the process that no longer passes on to a social security, such as the obligations of its taxpayers, in the legal form. When the offense is practiced against social security, these Creditions and Happiness of Practice This Credibility and Happiness of Practice for Criminality and Happiness of Practice Disputation and Practical Practices are serious and significant to those responsible for the review. basic concepts of crime, its definition, how it is characterized, among others. The method used to carry out this article was carried out through bibliographical research, in websites, jurisprudence and doctrines.

**Keywords:** Tax crime; Appropriation. Extinction of Punibilidad. Feather. Dolo.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 PREVIDÊNCIA SOCIAL. 2.1Principios da Previdência Social. 2.2 Evolução da Previdência Social. 3 CONCEITO DE CRIME. 3.1 Crime Omissivo X Crime Comissivo. 3.2 Crime Tributário. 4 APROPRIAÇÃO INDÉBITA DA

PRRVIDÊNCIA. 4.1 Lei Penal em Branco. 4.2 Elementos Objetivos do Tipo Penal. 4.3 Extinção da Punibilidade. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## **1 INTRODUÇÃO**

O artigo trata-se de crime contra a Previdência Social, sendo este um órgão responsável em receber as contribuições dos cidadãos e de repassar para quem precisa, como, por exemplo, auxílio-doença, pensão por morte, auxílio-acidente. Muitos acreditam que a Previdência Social e o INSS, são um mesmo órgão, mais não é bem assim, o INSS é uma instituição pública que foi criada para atender as necessidades sociais e previdenciária de seus contribuintes, sendo, este é o órgão que garante os direitos aos segurados do regime geral de Previdência Social; já a Previdência Social é um seguro no qual o trabalhador participa por meio de contribuições, garantindo renda quando este não puder mais trabalhar.

No entanto, não é todos que contribuem de forma correta para Previdência Social, podendo ser tipificados alguns crimes para quem prática.

Neste artigo iremos tratar especificamente sobre o crime de Apropriação Indébita da Previdência Social, notando que existem outros crimes praticados contra a previdência social; como, por exemplo; falsidade documental previdenciária (artigo 297, § 3º e 4º, CP); inserção de dados falsos em sistemas de informação (artigo 313-A, CP); sonegação de contribuição previdenciária; modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (artigo 313-A, CP) e; estelionato (artigo 170, CP).

Em se tratando do tema, o crime de Apropriação Indébita da Previdência Social foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 9.983, de 2000, que introduziu o artigo 168 - A no Código Penal, antes dessa alteração o crime era tipificado pela Lei da Previdência em seu artigo 95 da Lei 8.212/91.

A Lei entrou em vigor para punir as pessoas que deixam de realizar suas obrigações e com as contribuições devidas. Advindo esta lei para inovar o sistema penal, para que a punição aos autores do crime seja mais respeitada e aplicada de maneira coerente.

## **2 PREVIDÊNCIA SOCIAL**

A previdência Social é um órgão que presta serviço assistencial aos trabalhadores que contribuem durante alguns anos para o INSS. O trabalhador visa com essa contribuição em se aposentar, ou quando precisar de algum benefício que este órgão disponibiliza.

Existem três tipos de previdência em que o trabalhador pode fazer parte; a primeira é de caráter obrigatório, pois, esta vem descontada diretamente do seu holerite; nas outras duas modalidades é a Previdência Privada ou a Complementar,

estes dois meios de contribuição têm caráter facultativo, ou seja, o trabalhador tem a possibilidade de escolher em fazer parte ou não. Para quem escolhe fazer parte dessas modalidades de Previdência, o pagamento é feito pelo próprio indivíduo.

Prevista e amparada pela Constituição Federal em seu artigo 6º, este estabelece que a Previdência, consiste num conjunto de política social, com o objetivo de amparar, proteger, e prover aos cidadãos meios de subsistência quando este não puder exercer atividade laboral, seja, por velhice, ou doença.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (VADE MECUM, 2016)

Ainda na Constituição Federal, em seu artigo 194, definiu quais as áreas que a Previdência deve abranger para que todos tenham o direito de receber os seus benefícios que é garantido e de acordo com este artigo a Previdência Social é dívida em três pilares:

- I - Previdência Social;
- II - Assistência Social;
- III - Saúde Pública.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (VADE MECUM, 2016)

A Lei Orgânica Assistência Social foi regulamentada na C.F (Constituição Federal) em seu artigo 203, que definiu em seu artigo 1º como, "direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que promove os mínimos sociais, realizados através de conjuntos integrados de ações da sociedade e da iniciativa pública para garantir o atendimento a todos".

Saúde Pública é conjunto de medidas executadas pelo Estado para garantir o bem-estar físico, mental e social da população. Prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, como um direito social, devendo ser garantido de forma homogênea aos indivíduos a assegurando o exercício dos direitos fundamentais. Atribui a função de fornecer a saúde de forma igualitária a todos à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios a competência de cuidar da saúde pública, ou seja, cada governo terá um órgão responsável por executar e administrar os serviços destinados à saúde.



Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Previdência Social é organizada em três regimes distintos e independentes entre si, o Regime Geral; Regime Próprio; Regime Complementar.

O Regime Geral da Previdência Social (RGPS) tem suas políticas elaboradas pelo Ministério da Previdência Social (MPS) e exercidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) autarquia a ele vinculada. Este regime possui caráter contributivo e de filiação obrigatória. Dentre os contribuintes, encontram-se os empregadores, empregados assalariados, domésticos, autônomos, contribuintes individuais e trabalhadores rurais.

No Regime Próprio; os membros que fazem parte desse regime são: os magistrados, ministros e conselheiros do tribunal de contas, também fazem parte os membros dos Ministérios Públicos militares e servidores públicos.

Regime Complementar, é o regime facultativo, a pessoa que pretende fazer parte desse sistema pode entrar nele e sair a qualquer momento. Trata-se de um regime para que se possam ampliar seus rendimentos quando chegar à hora de se aposentar.

## **2.1 Princípios da Previdência Social**

Os principais princípios que regem a Previdência Social atualmente estão garantidos na Constituição Federal e na Lei 8.213 de 1991. Na Constituição os princípios estão garantidos no artigo 201 e o 2º da Lei 8.213:

Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

- I - Universalidade de participação nos planos previdenciários;
- II - Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;
- IV - Cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente;
- V - Irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo;

VI - Valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo;

VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;

VIII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

Parágrafo único. A participação referida no inciso VIII deste artigo será efetivada a nível federal, estadual e municipal. (Lei 8.213/91)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, 1988).

O princípio contributividade estabelece que os benefícios da Previdência Social sejam oferecidos em caráter oneroso. O Princípio Obrigatório ou Automaticidade da Filiação, ou seja, os que exercem atividade remunerada estão automaticamente filiados à previdência social, independentemente de sua vontade.

O Princípio da Universalidade de Participação nos Planos Previdenciários; este deve buscar abranger a todos que dela desejam participar, como segurados obrigatórios ou segurados facultativos.

## **2.2 Evoluções da Previdência Social**

Os primeiros relatos de previdência social foram quando percebeu que era necessária a criação de direitos e garantias no qual estes protegeriam os cidadãos.

Um dos direitos pensados foi em garantir uma vida melhor quando chegasse ao momento em que não pudesse mais exercer atividade laboral. A Previdência Social abrange o direito ao seguro desemprego, direito a licença maternidade, aposentadoria, entre outros direitos que nos assegura.

A décadas sempre se viveu em grupos, nos protegendo de qualquer perigo e como o passar dos anos, com a evolução e com nossas prioridades, foi se modificando, sendo necessárias mudanças em alguns direitos chegando até os dias atuais. Os primeiros relatos de quando surgiu a Previdência Social foi em 1601, na Inglaterra, conhecida como a lei dos pobres, editada pela rainha Isabel I, na qual exigia contribuição obrigatória que visava, dessa forma obter mais empregos para as famílias em situação de extrema pobreza, exigia também estudo obrigatório até os 21 anos para as mulheres e 24 anos para os homens.

No ano de 1789, o ano que realmente foi promulgado a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, passando a partir desse momento a garantir o direito a todos.

Na Inglaterra no ano de 1897, é que realmente tornou o benefício obrigatório tanto para o Estado como para o empreendedor, no momento que foi caracterizado como obrigatório, foi nesse momento que se tornou possível a garantir a licença maternidade, licença saúde, tratamento gratuito para tuberculose, e a proteção ao desemprego.

No México só foi realmente reconhecida em sua Constituição somente em 1917.

No Brasil os primeiros casos de proteção, foi com a criação das Santa Casas de Misericórdia, no século XVI, sendo que sua principal finalidade era de prestar atendimento aos pobres que não tinham condições de custear o tratamento de saúde. No entanto, ficou realmente conhecida no ano de 1824, no artigo 179, incisos XXXI, na qual garantia os direitos aos trabalhadores.

Durante os anos que se seguiram a proteção social foi é garantida até os dias atuais. No ano de 1891 a Constituição Federal do referido ano previu dois artigos destinados somente a proteção. Em seu artigo 5º, se destinava a obrigação da União em relação aos Estados que se encontrasse em estado de calamidade pública; e no artigo 75, relatava sobre os funcionários públicos que se por algum motivo viesse a

ficar inválidos, receberiam aposentadoria sem que houvesse a necessidade de contribuição por parte do servidor público.

Foi no ano de 1937 que ficou conhecido o custeio tríplice da Previdência na qual foi incluído o empregado.

Depois de 30 anos da Constituição de 1937, no de 1967 foram feitos complemento a Previdência Social, sendo incluído o seguro ao desemprego e o salário família. No mesmo ano foi elaborado a Lei nº 5.316 e o Decreto-Lei nº 564, no qual foi decretado o seguro desemprego, e complementou o trabalhador rural.

Na atual Constituição Federal, marcou o início do Estado Democrático, tornando os direitos e garantias em cláusulas pétreas. O artigo 194 dispôs claramente sobre os objetivos e princípios previdenciário:

Artigo. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - Universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - Irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - Equidade na forma de participação no custeio;
- VI - Diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

No entanto, a Carta Magna de 1988 descreve que a finalidade da Previdência Social é garantir condições básicas da vida, de acordo com o padrão econômico de cada cidadão, estabelecendo regras e normas seguidas por todos os cidadãos, com retribuição de garantias e direitos fundamentais.

### **3 CONCEITO DE CRIME**

O conceito de crime está descrito no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal, decreto-lei nº 2.848, de 07.12.1940.

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina penal de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, que alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples, ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para Damásio (2015), a definição de crime pode ser feita sobre dois aspectos sendo eles o formal e o material, "(...) sob o ponto de vista material, o conceito de crime visa aos bens protegidos pela lei penal. Dessa forma, nada mais é que a violação de um bem penalmente protegido" e a definição no aspecto formal, "(...) é um fato típico e antijurídico".

### **3.1 Crime Omissivo X Crime Comissivo**

Os crimes comissivos são os crimes praticados mediante ação; e os omissivos, são praticados mediante inação. No crime comissivo o sujeito faz alguma coisa, já no omissivo deixa de fazer, baseando-se no comportamento do agente. (JESUS, 2015)

Para os crimes praticados sob o aspecto da ação, dividirem-se em: a) comissivos propriamente ditos; b) comissivos por omissão. Os crimes omissivos são divididos em três categorias; a) crimes omissivos próprios; b) crimes omissivos impróprios ou comissivos por imissão; e c) crimes de conduta mista. Damásio os classifica da seguinte maneira:

*Crimes omissivos próprios* ou de pura omissão se denominam os que se perfazem com a simples abstenção da realização de um ato, independentemente de um resultado posterior. O resultado é imputado ao sujeito pela simples omissão de socorro (art. 135), que se consuma a abstenção de prestação de assistência ao necessitado, não se condicionando a forma simples a qualquer evento posterior.

*Crimes omissivos impróprios* (ou comissivos por omissão) são aqueles em que o sujeito, mediante omissão, permite a produção de um resultado posterior, que os condiciona. Nesses crimes, em regra, a simples, imissão não constitui crime. É o exemplo da mãe que deixa de alimentar o filho causando-lhe a morte.

Por último, denominam-se *crimes de conduta mista* os omissivos próprios que possuem fase inicial positiva. Há uma

ação inicial e uma omissão final. Ex.: apropriação indébita de coisa achada – art. 169, parágrafo único, III: “Na mesma pena incorre quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, ou de entrega-la à autoridade competente, dentro do prazo de quinze dias” Pode ter uma conduta inicial positiva (invenção e apossamento da *res desperdita*), atingindo o momento consumativo quando o sujeito deixa (omissão) de restituir a coisa alheia.

Sendo perceptível a diferença entre o crime omissivo e o crime comissivo, sendo que quando o agente pratica o crime considerado omissivo, significa que este deixou de fazer algo; como, por exemplo deixar de repassar a contribuição previdenciária, se apropriando indebitamente. Já no caso do crime comissivo, ele pratica o ato em si.

### 3.2 Crime Tributário

Conforme estabelecido no artigo 1º da Lei n. 8.137/1990, define crime tributário contra a ordem tributária que suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - Omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - Fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - Elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - Negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.



Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990)

Para a caracterização do crime tributário é constatada uma fraude na apuração dos cálculos dos impostos que são devidos a União; sendo este crime passível de multa e de reclusão a depender da situação. Os crimes tributários são classificados em; a) sonegação, que ocorre quando o contribuinte tenta impedir que a autoridade fazendária tenha conhecimentos dos fatos geradores da empresa; b) fraude, é caracterizada como qualquer engano malicioso de má-fé, sendo utilizada para ocultação da verdade caracterizada por tentar impedir o fato gerador e; c) conluio, acontece quando duas ou mais pessoas jurídicas e físicas se unem para obter benefícios sobre fraude e sonegação fiscal. (Jornal Contábil, 2018).

No ano de 1937, foi elaborado o Decreto-lei 65 de 14 dezembro, para punir as pessoas que cometessem crime contra a ordem tributária. A lei em questão tratava sobre as contribuições destinadas aos institutos, caixas de aposentadorias e pensões. Este decreto fez menção a Consolidação das Leis Penais em seu artigo 5º que descrevia:

Art. 5º O empregado que retiver as contribuições recolhidas de seus empregados e não as recolher na época própria incorrerá nas penas do art. 331, n 2, da Consolidação das Leis Penais, sem prejuízo das demais sanções estabelecidas neste decreto-lei.

Portanto, o crime tributário é definido pela simples sonegação, ou na intenção de fraudar cálculos, com plano de reduzir a carga tributária, sendo considerado como crime contra a ordem tributária brasileira.

#### **4 APROPRIAÇÃO INDÉBITA DA PREVIDÊNCIA**

Apropriação indébita consiste no apoderamento de coisa alheia móvel, sem o consentimento do proprietário, diferencia-se do furto porque, no furto, a intenção de o agente de apropriar-se da coisa; o objeto chega legitimamente às mãos do agente. A apropriação indébita ocorre quando o agente deixa de efetuar o pagamento da contribuição para a Previdência Social; a conduta do agente se inicia quando ele se apropria da coisa de maneira ilícita segundo Damásio:

O sujeito ativo, tendo a posse ou a detenção da coisa alheia móvel, a ele confiada pelo ofendido, em determinado instante passa a comportar-se como se fosse dono, ou se negando a

devolvê-la ou realizando ato de disposição. O CP protege, na espécie, o direito patrimonial (JESUS, 2003, p. 415)

O bem jurídico protegido neste crime é o interesse patrimonial do Estado e o interesse coletivo da arrecadação e distribuição da defesa pública. Luiz Flávio Gomes, afirma "(...) que na apropriação indébita da previdência, possui natureza patrimonial; tutela-se o patrimônio, em primeiro lugar, do Poder Público, que é titular do crédito ou do ato de reembolso (...)"

Constitui o crime de Apropriação Indébita da Previdência Social, quando o responsável por repassar o dinheiro da contribuição descontado de seu funcionário deixa de realizar os depósitos para a Previdência Social. Sendo tipificado no artigo 168-A do Código Penal:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – Recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – Recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – Tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II – O valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

§ 4ªA faculdade prevista no § 3º deste artigo não se aplica aos casos de parcelamento de contribuições cujo valor, inclusive dos acessórios, seja superior àquele estabelecido, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (VADE MECUM, 2016)

Se caracteriza o crime pelo fato de o agente recebedor da contribuição Previdenciária deixar de repassar esta contribuição para o órgão competente, ou seja, a Previdência Social, conforme o prazo e na forma legal.

Para Hugo Goes a praticada desse crime é caracterizada pelos seguintes itens:

- Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional.
- Deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurador, a terceiros ou arrecadada do público.
  - b.1) quando a empresa descontar contribuições previdenciárias dos segurados (empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual) que lhe prestem serviço e não recolhe aos cofres da Previdência Social, dentro do prazo legal, tais contribuições;
  - b.2) quando a empresa tomadora reter da empresa prestadora serviços mediante empreitada ou cessão de mão de obra a contribuição de 11% incidentes sobre o valor dos serviços prestados e não recolher aos cofres da Previdência, dentro do prazo legal tais contribuições;
  - b.3) quando a empresa adquirir produtos rurais de segurador especial ou de produtor rural pessoa física, promover o desconto de 2,1% incidentes sobre a comercialização de tais produtos, e não recolher aos cofres da Previdência Social, dentro do prazo legal, tais contribuições.
  - b.4) quando a empresa repassar para associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional valores relativos a patrocínio, publicidade, propaganda, licenciamento de uso de

marcas, transmissão dos eventos desportivos, receita bruta do espetáculo desportivo; descontar desses repasses o percentual 5% a título de contribuição previdenciária, e não recolher aos cofres da Previdência Social, dentro do prazo legal, tais contribuições;

b.5) quando o empregador doméstico descontar contribuições previdenciárias do empregado doméstico que lhe presta serviço e não recolhe aos cofres da previdência social, dentro do prazo legal, tais contribuições.

c) Deixar de recolher contribuições devidas à Previdência Social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços

d) Deixar de pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência. (GOES, 2016, p. 626)

No crime em questão, não se tem a necessidade de que o agente comprove, de modo específico o dolo, ou seja, o indivíduo não precisa demonstrar sua vontade em querer, bastando somente, que não repassou a contribuição.

O crime de Apropriação Indébita é considerado crime omissivo e próprio; é considerado omissivo próprio porque é um crime que se perfaz pela simples abstenção do agente, independentemente de um resultado posterior, ou seja, é quando o agente não faz o que a norma manda.

Para a comprovação da intenção desse delito não é necessária prova específicas, somente pelo fato de não repassar as contribuições no prazo legal já se configura o delito, logo é desnecessário demonstrar o *animus rem sibi habendi* conforme a decisão do STF

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS REM SIBI HABENDI). IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. ORDEM DENEGADA. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que para a configuração do delito de apropriação indébita previdenciária, não é necessário um fim específico, ou seja, o *animus rem sibi habendi* (cf., por exemplo, HC 84.589, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004), "bastando para nesta incidir a vontade livre e consciente de não recolher as importâncias descontadas dos salários dos empregados da empresa pela qual responde o agente" (HC 78.234, Rel. Min. Octavio

Gallotti, DJ 21.5.1999). No mesmo sentido: HC 86.478, de minharelatoria, DJ 7.12.2006; RHC 86.072, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.10.2005; HC 84.021, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.5.2004; entre outros). 2. A espécie de dolo não tem influência na classificação dos crimes segundo o resultado, pois crimes materiais ou formais podem ter como móvel tanto o dolo genérico quanto o dolo específico. 3. Habeas corpus denegado. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

O sujeito ativo desse crime é somente a pessoa física que tem a capacidade penal, nesse caso jamais será considerado a pessoa jurídica; responderá por este crime, os indivíduos que podem praticar o crime como, por exemplo: o titular de firma individual, gerentes diretores ou administradores que participam ou tenham participado da gestão da empresa.

Já o sujeito passivo neste crime não é o contribuinte, mas, sim a Seguridade Social, pois, o contribuinte faz parte de um regime de repartição, sendo que as contribuições revertem para os cofres da Previdência Social e não para o bolso do trabalhador.

#### **4.1 Lei Penal em Branco**

O artigo 168-A é considerado lei penal em branco, por se ter a necessidade em ser individualizado em outra lei, seja ela formal ou material, pois, o tipo penal não esclarece quais os prazos e a forma correta para sua aplicação, sendo de extrema necessidade analisar outras leis a respeito desse mesmo crime.

De modo em que Antônio Corrêa nos traz o conceito de lei penal em branco:

Algumas normas são chamadas de “em branco” porque embora descrito o seu tipo (preceito) na lei penal, é ele incompleto. A descrição de circunstâncias de fato nestes tipos tem de ser completada por outro dispositivo legal, que esteja em vigor no momento da imputação ou que venha a disciplinar os casos futuros para igualmente permitir imputações. Em todo caso, vê-se a ideia de norma penal em branco não exige seja esta preenchida ou completada por outra lei e admite que seja um regulamento, uma portaria ou mesmo outra lei. (CORRÊA, 1994)

A ação nuclear desse tipo penal é bem clara ao informar que a conduta “deixar de recolher”, se trata de uma conduta omissiva, sendo necessário a interpretação da lei 8.212/91. (DIAS, 2011).

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social

obedecem às seguintes normas:(Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93).

I - A empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

b) a recolher os valores arrecadados na forma da alínea *a* deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22 desta Lei, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da competência; (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos).

c) recolher as contribuições de que tratam os incisos I e II do art. 23, na forma e prazos definidos pela legislação tributária federal vigente;

V - o empregador doméstico é obrigado a arrecadar e a recolher a contribuição do segurado empregado a seu serviço, assim como a parcela a seu cargo, até o dia 7 do mês seguinte ao da competência; (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97) (Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991).

Deixando claro de que a conduta criminosa do crime é a omissão do responsável em não repassar as contribuições aos cofres da Previdência Social.

#### **4.2 Elementos Objetivos do Tipo Penal**



No *caput* do artigo 168-A prevê quatro condutas da apropriação indébita que se configura o delito previsto no artigo citado, essas condutas são muito divergentes, pois, muitos acreditam que o crime é omissivo próprio com a explicação de que o núcleo está no “deixar”, sendo que não se tem dolo específico para a sua caracterização. No entanto, existem doutrinadores em que consideram o crime misto, sendo necessário que essa teoria exija a conduta omissiva e outra comissiva. Na conduta omissiva consiste em deixar de repassar, sendo considerado deste o núcleo do crime.

Existem também doutrinadores que alegam ser uma omissão do responsável tributário, sendo considerado o crime a partir do momento em que é feito o desconto na folha de pagamento do trabalhador. Jefferson em seu livro se posiciona a respeito:

A relevância desse posicionamento surge quando se trata da conduta comissiva. Para essa corrente da doutrina, em que pese o núcleo do tipo estabelecer uma conduta omissiva, qual seja a omissão do responsável tributário no recolhimento das contribuições sócias para a Previdência Social, o crime de apropriação indébita previdenciária se configura desde que o agente tenha descontado as contribuições sociais dos segurados. (DIAS, 2011, pag.51).

Para os doutrinadores que acreditam que este crime é omissivo próprio, o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou a respeito:

Penal. Recurso Especial. Falta de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregados. Art. 168-A do Código Penal. Crime omissivo próprio. Desnecessidade de comprovação do dolo específico. Entendimento pacificado na 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. Inexigibilidade de conduta diversa. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. A Terceira Seção dessa Corte, no julgamento do ERESP 331.982/CE, pacificou entendimento de que o crime de apropriação indébita se caracteriza com a simples conduta de deixar de recolher as contribuições descontadas dos empregados, sendo desnecessário o animus rem sibi habendi para a sua configuração. Trata-se, pois, de crime omissivo próprio ou puro, que se aperfeiçoa independentemente do fato de o agente (empregador) vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social. A exigência do dolo específico tornaria praticamente impossível atingir o objetivo do legislador ao

editar a norma contida no art. 168-A do Código Penal, que é o de proteger o patrimônio público e os segurados da Previdência Social. A análise da tese de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa obriga, necessariamente, o reexame de provas, vedado em sede de recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 desta Corte. Recurso especial parcialmente conhecido, mas desprovido.

Para a corrente majoritária e para o Superior Tribunal de Justiça, o crime é omissivo próprio se aperfeiçoando independentemente da vontade.

### **4.3 Extinção da Punibilidade**

A extinção da punibilidade existe no nosso ordenamento jurídico há muito tempo, passando por várias mudanças no decorrer dos tempos, com a criação de novas leis, fazendo pequenas adequações para sua melhor aplicação. Em tempos atuais a extinção da punibilidade é prevista no Código Penal em seu artigo 168-A, § 2.º:

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

Entretanto, a extinção da punibilidade é regulada pela Lei nº 10.684/2003, e não mais especificamente pelo §2º do artigo 168-A, do Código Penal.

As contribuições sociais fazem partes das contribuições previdenciárias, que são espécies de tributo, como definido pela Constituição Federal, neste contexto podemos chegar na conclusão de que se tem a hipótese de extinção da punibilidade.

Muitas dúvidas surgiram com a expressão “antes do início da ação fiscal”, sendo adotada para alguns que o marco inicial da extinção da punibilidade seria no momento da execução fiscal, entretanto, na doutrina majoritária ação fiscal estaria se referindo a fiscalização que deveria ser realizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Para Antônio Lopes Monteiro:

Não resta dúvida, contudo, que pelo contexto em que foi empregada, “ação fiscal” corresponde à fiscalização. Outro entendimento, como processo administrativo ou até judicial, não teria sentido, pois não haveria confissão e muito menos seria espontânea, como exige o dispositivo. (MONTEIRO, 2003, pg. 110)

Conjuntamente esse é o posicionamento de Jefferson Aparecido Dias:

Como início da ação fiscal deve-se considerar a data do recebimento, pelo contribuinte, do termo de início da ação fiscal (TIAF), momento até o qual as contribuições previdenciárias devidas devem ser pagas, inclusive com acessórios, para que o agente seja beneficiado pela extinção da punibilidade.

Assim, a partir da Lei 9.983/00, o limite temporal para que o pagamento das contribuições devidas resulte na extinção da punibilidade, deixou de ser o recebimento da denúncia e passou a ser o início da ação fiscal, diminuindo, em muito, a possibilidade de o agente do crime se beneficiar dessa extinção (DIAS, 2011, pg. 93 e 94).

Com a edição da lei 10.684 de 2003, foi criada o PAES, que é o Parcelamento Especial, quando esta lei foi sancionada ela vedou §2º do artigo 5º, esse artigo permitia que fosse incluído ao parcelamento especial os débitos referentes as contribuições previdenciárias, no entanto, este parcelamento especial não permitiu que as contribuições previdenciárias fossem incluídas conforme o artigo 9º da referida lei estabeleceu:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

A Lei 10.684 de 2003, previu uma nova extinção da causa da punibilidade, porém, ela não foi muito expressa, podendo ser admitida duas possibilidades para a sua aplicação; a primeira é que o preceito a ser aplicado para todos os crimes e débitos mesmos aqueles que não estão incluídos ao PAES, e na segunda opção é que o preceito pode ser aplicado a qualquer crime e débitos, inclusive débitos das contribuições previdenciárias. Sendo, que a primeira hipótese é mais benéfica ao réu, podendo ocorrer o pagamento das contribuições não pagas, a qualquer

momento da ação, não importando se já teve sentença. A respeito desses dispositivos temos decisões do Tribunal Federal, que foi julgado no ano de 2003:

**Ação Penal. Crime Tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação.** HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroatividade do art. 9º da Lei Federal 10.684/03, cc. Art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.

Essa decisão, posteriormente, se tornou praticamente unânime em nossos tribunais:

**Recurso Especial. Penal. Apropriação indébita de contribuição previdenciária. Art. 168-A do Código penal. Pagamento integral do débito. Aplicação do art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/03. Extinção da punibilidade.** O pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento dos tributos extingue a punibilidade do crime tipificado no art. 168-A do Código Penal, por força do art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03, de eficácia retroativa por força do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Recurso especial desprovido.

Para alguns doutrinadores o parcelamento não seria cabível para a extinção da punibilidade, para crimes cometidos contra a previdência social, pois, para ter a efetiva extinção da punibilidade era necessário ser feito o pagamento integral da dívida. No entanto, existem decisões que alegam, que a extinção da punibilidade não beneficia aqueles que ingressam no programa de parcelamento, mas todos aqueles que conseguem efetuar o pagamento integral do seu débito. O Superior Tribunal de Justiça adotou este posicionamento:

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PAGAMENTO INTEGRAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9, §2º, DA LEI 10.684/03. RECURSO PROVIDO. 1.**

O pagamento integral dos débitos provenientes da falta de recolhimento dos tributos ou contribuições sociais, a teor do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei nº 10.684/03, extingue a punibilidade dos crimes tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, 168-A e 337-A do Código Penal. 2. A benesse conferida não estipula limite temporal para o pagamento do tributo ou contribuição social, pois, tão-somente, coloca como requisito a integridade do pagamento para extinguir a punibilidade. Assim, mesmo que o pagamento seja posterior

ao recebimento da denúncia, é causa extintiva da punibilidade do agente. 3. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal.

Quando o agente faz parcelamento o processo fica suspenso conjuntamente o prazo prescricional, só sendo possível a extinção da punibilidade ao agente no momento em que ele efetuar todo o pagamento do parcelamento, podemos notar que a lei 10.684/03, em seu §2º do artigo 9º, não prevê nenhum limite temporal, podendo ser aplicado de modo mais benéfico ao denunciado, podendo este se beneficiar depois de o trânsito em julgado.

## 5 CONCLUSÃO

Conclui-se que o crime de apropriação indébita da previdência social, é considerado como crime próprio e omissivo, pois, este consiste na conduta do indivíduo que por vontade própria, não repassa o dinheiro para a previdência, ocasionando grandes transtornos econômicos para a seguridade social. No entanto, para alguns doutrinadores e julgados que a consideram como crime misto, pois, existe a omissão no repasse.

O crime de apropriação indébita da previdência é caracterizado pela vontade do agente em não repassar a contribuição; não sendo necessário a demonstração de dolo específico, como, por exemplo; de querer, basta deixar, para que se caracterize o crime, sendo tipificado pelo artigo 168-A do Código Penal, conforme já citado.

Existe a possibilidade de que o crime seja extinto, ou seja, que aconteça extinção da punibilidade, que é quando se realiza o pagamento do débito tributário no valor integral, mesmo após o recebimento da denúncia. Para alguns doutrinadores é julgado jurisprudenciais, consideram extinta a punibilidade mesmo, sendo realizada o parcelamento, no entanto, existem doutrinadores que acreditam, que somente é possível a extinção da punibilidade, após, o pagamento total e efetivo do parcelamento.

No decorrer do artigo, foi possível a verificação de que o crime praticado contra a Previdência Social, o INSS, ou qualquer outro crime contra a ordem tributária, não, sofrem qualquer reprovação social, sob alegações, de que a carga tributária brasileira é muito alta e severa, sendo um desses motivos, para que a aplicação das penas não ocorra de uma maneira adequada.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 01/05/2019.



\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)>. Acesso em: 01/05.2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 01/06/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispões sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm)>. Acesso em: 13.03.2019.

\_\_\_\_\_. **Aplicação das Súmulas no STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumuas.asp?sumula=2700>> Acesso em: 10/04/2018.

\_\_\_\_\_. **Assistência Social – Conceito.** Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/assistencia-social-conceito/17129>>. Acesso em: 13/03/2019.

\_\_\_\_\_. Entenda o que é crime tributário e saiba como evitá-lo. Disponível em: <<http://fenacon.org.br/noticias/entenda-o-que-e-crime-tributario-e-saiba-como-evita-lo-3170/?utm>>. Acesso em: 01/06/2019.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus: HC 96092 SP.** Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4422063/habeas-corpus-hc-96092-sp>>. Acesso: 10/04/2018.

BRASIL. **Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n. 57, de 2006.** Disponível em: <[https://planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato\\_2004-2006/2006/Congresso/atocnmpv303efo.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2004-2006/2006/Congresso/atocnmpv303efo.htm)>. Acesso em: 25/10/2018

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal – 1ª T. – Habeas corpus 81929-0/RJ – Relator para o acórdão: Min. César Peluso – j. em 16.12.2003 – DJ 27.02.2004, p. 27.**

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça – 5ª T. – Resp. 2007/0100793-4/PR – Relª. Minª. Laurita Vaz – j. em 12.02.2018 – Dje 03.03.2008.**

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma.** Recurso Ordinário no Habeas Corpus nº 17.367/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 17.11.2005, DJ 05.12.2005.

CORRÊA. Antônio. **Dos Crimes Contra a Ordem Tributária Comentários à Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45.



DIAS, Jefferson Aparecido. **Crime de Apropriação Indébita Previdenciária (CP, art. 168-A, § 1º inc. I) Teoria e Prática**. 4 ed. Curitiba. Editora Juruá. 2011.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 12 ed. Rio de Janeiro. Editora Ferreira. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Da apropriação indébita previdenciária: art. 168-A do Código penal com redação dada pela Lei nº 9.983, de 14.07.2000**. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, n. 17.

GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito previdenciário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

IBRAHIM, Fabio Zambitte, **Curso de Direito Previdenciário**. 22 ed. Niterói RJ. Editora Impetus. 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: Parte especial. v. 2**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTERIEO, Antônio Lopes. **Crimes Contra a Previdência Social**. 2ª ed. São Paulo, 2001.9

PAVIONE, Lucas dos Santos. **Previdência Social: Noções Gerais**. 2011. Disponível em: <<https://lucaspavione.jusbrasil.com.br/artigos/118248768/nocoos/gerais-sobre-previdencia-social>>. Acesso em: 16/03/2017.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. **Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6881>>. Acesso em: 01nov. 2018.

VASCONCELOS. Aguiar João P. **História da Previdência no Brasil**. Politize. Disponível em: <http://www.politize.com.br/historia-da-previdencia-no-brasil/>. Acesso em: 30/08/2018.

NOTA:

**[1]** Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito das Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Tributário. Orientador: Giulliano Ivo Batista Ramos.

## **PSA E CSA NA NOVA ORDEM AMBIENTAL BRASILEIRA.**

**MÁRCIA CARVALHO DE LACERDA PAOLIELLO**,  
o autor: Bacharel em Direito pela Pontifícia  
Universidade Católica De Minas Gerais e Pós-  
Graduação em várias áreas do Direito pela  
Universidade Cândido Mendes

**RESUMO:** O presente artigo tem como finalidade discorrer sobre o Pagamento por Serviço Ambiental e a Compensação por Serviços Ambientais.

### **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa tem como objetivo discorrer sobre o Pagamento por Serviço Ambiental e a Compensação por Serviços Ambientais. O pagamento por serviço ambiental é a definição dos instrumentos econômicos ou financeiros que em substâncias vão reconhecer os serviços prestados pela natureza de forma gratuita para a sociedade e permitir que as áreas que estão prestando esse serviço em benefício de todos.

Já a compensação por serviços ambientais é uma retribuição, monetária ou não, em relação às atividades humanas realizadas de forma voluntária de manutenção ou melhoria de ecossistemas. É importante salientar ainda que a CSA é uma alternativa nova que vem sendo adotada por diversos países do mundo.

A legislação brasileira regulamenta que o produtor rural tem que ter uma quantidade ou metragem em torno dos rios, córregos, lagos, entre outros, desta forma, quando um produtor rural preserva além do que é regulamentado, ele deve receber um valor pelo serviço que presta ao meio ambiente.

As referidas ferramentas têm como objetivo frear a degradação ambiental, possibilitando a indução de um comportamento mais consciente em relação a degradação do meio ambiente, promovendo assim incentivos positivos por práticas que possibilitam a recuperação, a manutenção do meio ambiente.

Neste sentido, a problemática da pesquisa é: o CSA e o PSA podem contribuir para a melhoria da preservação ambiental?

Para o desenvolvimento da pesquisa foi realizada uma revisão bibliográfica que possibilitou na fundamentação da pesquisa e contribui para que se tivesse uma visualização mais ampla sobre a CSA e o PSA como alternativas de preservação ambiental.

A pesquisa justifica pelo fato de a compreensão de tais ferramentas são de suma importância para se ter uma visão mais significativa sobre as referidas ferramentas como alternativa de frear a degradação ambiental e incentivar através de políticas públicas meios que venham a desenvolver uma conscientização por parte da sociedade como um todo.

Assim, ao longo da pesquisa apresenta-se que a CSA e o PSA constituem-se de ferramentas estratégicas que possibilita a valorização e também como um elemento que vai conscientizar a sociedade sobre a importância da preservação, uma vez que as referidas ferramentas trazem benefícios a pessoas que realizarem meios e alternativas de preservação ambiental.

### **DESENVOLVIMENTO**

O longo do tempo à humanidade desfrutou do meio ambiente em todos os aspectos, dominando e modificando a natureza de forma a melhor aproveitar e desfrutar do que ela oferece. Desta forma, o homem é o principal agente transformador do meio ambiente e com essas transformações surgem os problemas, uma vez que o homem foi criando novas técnicas de sobrevivência e também para o suprimento de suas necessidades. Assim, o meio ambiente foi sofrendo degradação e necessitou de algumas modificações na forma de como o ser humano aproveita e desfruta da natureza para que ela não venha sofrer ainda mais, principalmente no que refere à questão de meios que não são renováveis.

A preocupação com a preservação ambiental no Brasil não é recente. Desde o Brasil Colônia, já existia a preocupação de preservar parcela do meio ambiente, inclusive nas atividades rurais, onde buscava-se a preservação das florestas nativas naquelas propriedades. Assim, foram estabelecidas algumas regras para que as propriedades respeitassem, conforme pode ser conferido nas palavras de Gonçalves (2008, p. 25), quando afirma que:

No Brasil, a preocupação de se preservar uma parcela das propriedades rurais com florestas nativas já estava presente desde a época do Brasil Colônia, pois mesmo naquele período já havia escassez de madeira apropriada para a construção das embarcações da frota portuguesa. Visando minimizar tal situação, a Coroa expediu cartas régias que declaravam de sua propriedade toda madeira naval, denominada madeira de lei. Nome ainda utilizado nos dias de hoje para designar as madeiras nobres.

Porém, mesmo existindo proibição, não existia legislação apropriada para tal atividade, foi somente a partir de 1920, que foi tomada a iniciativa de criar lei. Foi o então presidente da República Epitácio Pessoa que estabeleceu uma subcomissão para elaborar um anteprojeto que deu origem ao Código Florestal (RODRIGUES, 2007).

Em 1934 o projeto foi transformado em Decreto, que recebeu o nº 23.793, que ficou conhecido como Código Florestal de 1934. O referido código trouxe diversas alterações e inovações, dentre elas a criação do limite do direito de uso da propriedade, denominada de quarta parte, que previa a obrigatoriedade de reserva legal de 25% de vegetação da propriedade rural. Conforme apontado por Gonçalves (2008, p. 32):

Na segunda metade do século XX, a consciência preservacionista despertou, e o meio ambiente ganhou espaço nos meios de comunicação e no seio da comunidade, contribuindo para inibir o mau uso dos recursos naturais, que se soube serem limitados. O idealismo de alguns cidadãos cresceu, ampliou-se e incorporou-se à cultura dos mais variados povos. Tanto é assim que a maior parte dos países possui leis – a de alguns, é verdade, mais rígidas – disciplinadoras de impactos ambientais relacionados às atividades produtivas ou não.

Em 15 de setembro de 1965, o Código Florestal de 1934, foi reformado e recebeu o nº 7.771, que encontra em vigor até os dias atuais. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é garantido no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. No ano de 1989, a Lei nº 7.803 alterou alguns artigos do Código Florestal e acresceu alguns artigos. A Medida Provisória nº 1.551, de 25 de maio de 1997, também trouxe alterações no Código Florestal. É importante salientar ainda que foram diversas as alterações que ocorreram no referido código, que em 1999, trouxe a alteração a partir da participação da sociedade em relação ao debate para uma alteração mais concreta no Código Florestal. Essas mudanças geralmente ocorreram nos artigos 16 e 44, que tratam da Reserva Legal (RODRIGUES, 2007).

Porém, uma mudança significativa ocorreu com a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001. Neste sentido, todos os seres humanos devem preservar para que todos tenham um meio ambiente equilibrado sustentável. O referido dispositivo constitucional traz em seu texto a obrigação de toda a coletividade e do Poder Público em manter o meio ambiente preservado e saudável, conforme pode ser conferido:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Nota-se que o dispositivo em foco é categórico ao afirmar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, ou seja, à própria saúde (BRASIL, 1988).

Neste sentido, todos os seres humanos e inclusive o Poder Público tem o dever de manter o meio ambiente saudável, possibilitando que todos tenham a sadia qualidade de vida. Em síntese, o meio ambiente é o local onde habitam os seres vivos, necessitando ser preservado e cuidado para que exista vida sadia no planeta. Desta forma, a Constituição Federal de 1988 trouxe a definição de meio

ambiente como sendo um bem de uso comum do povo, que pode ser desfrutado por toda e qualquer pessoa.

Conforme apontado por Ribeiro; Dourado Júnior (2017, p. 8):

Quando se está à frente de iniciativas e práticas humanas, individuais ou coletivas, que objetivem a preservação, recuperação, conservação, melhoria ou ampliação dos serviços ecossistêmicos, deve-se utilizar o termo Serviço Ambiental. O qual é possível de compensação, uma vez que diferentemente dos serviços ecossistêmicos, não advém da própria natureza, e sim de uma atividade humana voltada para preservação dos recursos e serviços dispostos no meio ambiente.

No que refere a competência de legislar, no âmbito florestal é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, bem como dos municípios, mesmo não sendo mencionado no caput do artigo 24 da Constituição Federal de 1988. Isso ocorre porque o artigo 30 da Carta Magna dispõe que encontram-se que podem legislar sobre o assunto de interesse local e compete suplementar a legislação federal e a estadual quando couber (RODRIGUES, 2007).

Gonçalves (2008, p. 63), afirma que:

Para fiscalizar as florestas, a competência não gera conflitos, pois o caput do art. 23 não deixa margem a dúvidas ao mencionar todos os entes da Federal. As Áreas de Preservação Permanente e as destinadas à Reserva Legal são formas de proteção jurídica especial das florestas nacionais. Assim, não podem sofrer interferência, exploração, a não ser que o órgão estadual competente autorize e fiscalize, e desde que se tratem de casos de utilidade pública ou de interesse local.

Enfim, as Áreas de Reserva Legal, visam à proteção jurídica das florestas brasileiras, que diferem entre si, em relação à dominialidade, uma vez que, incidem sobre o domínio público e privado, uma vez que é somente sobre o privado, uma vez que é apenas a propriedade particular que pode ser explorada e poderá ter autorização para ser explorada.

Para que realmente exista a preservação ambiente é necessário que todos estejam engajados, uma vez que não adianta que existam preservação em um determinado Estado e em outro não, que exista a preservação no Brasil, mas em outro país não. Assim, deve existir a união para que todos estejam empenhados para que a preservação seja universal e para isso, vem se criando ferramentas significativas para que exista realmente a preservação de fato, como é o caso do Pagamento dos Serviços Ambientais e a Compensação dos Serviços Ambientais.



Essas ferramentas fazem com que a população tenham uma visão diferenciada do meio ambiente, tirando a visão de que o meio ambiente é uma usina de produção de recursos e serviços naturais necessários ao bem-estar dos seres vivos. Com isso, existe uma grande e constante degradação ambiental, esgotando assim os recursos naturais renováveis.

Diante deste cenário, o conceito de serviço ambiental entra em evidência. Visto que o mesmo se relaciona com a ajuda prestada pelos seres humanos à natureza, conservando sua capacidade de continuar reproduzindo e mantendo as condições ambientais responsáveis pela manutenção da vida no planeta. Então os serviços ambientais correspondem a atividades geradoras de externalidades ambientais positivas, ou ao menos minimizadoras de externalidades negativas, sob o enfoque na redução dos riscos, gestão dos recursos naturais ou potencialização dos serviços ecossistêmicos, acabando por corrigir, mesmo que parcialmente, falhas no mercado correlacionadas ao meio ambiente (MORAES, 2015, p. 88).

A partir das palavras de Moraes (2015) é possível verificar que o meio ambiente cada vez mais vem ganhando espaços nos debates e atenção da humanidade de uma forma geral, uma vez que o ecossistema mundial precisa e necessita urgentemente de preservação, pois, o quadro de degradação encontra-se assustador devido as ações desenfreadas e irresponsáveis praticada pelo homem.

É importante salientar que é necessário empenho e esforços de toda população para que sejam realizadas ações que visem o desenvolvimento e aprimoramento das ações que favoreçam para a preservação, mesmo que não seja possível estabelecer um valor para essas ações, o CSA e o PSA tem sido alternativas que possam contribuir de forma significativa e que venha a conscientizar através da implantação de políticas públicas alternativas para melhorar a condição dos ecossistemas no planeta.

A esse respeito, Moraes (2012, p. 15), afirma que:

É visível a necessidade de criação de estímulos concretos à sociedade para incentivá-la na proteção ecossistêmica. Nesse contexto, nasce então o conceito de compensação por serviços ambientais, que possui como principal objetivo a transferência de recursos ou benefícios da parte que se beneficia para o outro que "ajuda" a natureza a produzir ou manter os seres vivos e as condições que garantem os processos ecológicos. O princípio orientador dessa relação é o chamado Princípio Protetor-Recebedor.



O Princípio Protetor-Recebedor é aquele que tem como objeto o ressarcimento daquele que contribui e buscou desenvolver ações para a preservação ambiental, conforme pode ser verificado nas palavras de Ribeiro (2013, p. 01):

O princípio Protetor-Recebedor postula que aquele agente público ou privado que protege um bem natural em benefício da comunidade deve receber uma compensação financeira como incentivo pelo serviço de proteção ambiental prestado. O Princípio Protetor-Recebedor incentiva economicamente quem protege uma área, deixando de utilizar seus recursos, estimulando assim a preservação.

Desta forma, essa compensação financeira é uma forma de incentivo, de fazer com que a pessoa que desenvolve ação de proteção ao meio ambiente tenha um incentivo para incentivar outras pessoas ou ainda continuar preservando para receber algum valor pecuniário e conseqüentemente contribuindo para a preservação ambiental.

A esse respeito, Rech (2002, p. 184), traz a seguinte contribuição:

Tanto o Princípio do Poluidor-Pagador, quanto o Princípio do Usuário-Pagador buscam dar um valor econômico ao meio ambiente, punindo pecuniariamente quem polui e cobrando pelo uso dos meios naturais. Mas quem preserva nada recebe pelos serviços que presta. Recentemente, surgiu o princípio do protetor-recebedor, que busca valorizar os serviços prestados à sociedade por aqueles que zelam, cuidam e protegem o meio ambiente. O princípio do protetor-recebedor busca o pagamento por serviços ambientais, como uma forma mais eficaz de multiplicar agentes motivados a preservar a natureza, para que ela continue prestando serviços indispensáveis à preservação da biodiversidade e da própria dignidade humana.

Neste sentido, o princípio do Protetor-Recebedor tem como principal objetivo o fornecimento de bens e serviços que visam a qualidade de vida no planeta, bem como a redução do impacto ambiental e ainda o consumo desenfreado dos recursos naturais para haver melhor qualidade de vida e sustentação da vida no planeta.

Diante da grande problemática que envolve a degradação ambiental, cada vez mais vem buscando e desenvolvendo ferramentas que visam a melhoria, pois, sabe-se que apenas as sanções penais e civis não tem surgido efeitos significativos, buscando assim novas formas de fazer com que o homem seja conscientizado e

também que seja incentivado através de valores pecuniários para praticar a preservação ambiental.

Sabe-se que a implantação do CSA e PSA são ferramentas que visam a melhoria da preservação ambiental, como já apresentado anteriormente, porém, esses instrumentos econômicos ainda não pouco praticados no Brasil, necessitando um reconhecimento mais amplo e significativo por parte do Poder Público, através do desenvolvimento de políticas públicas, conforme apresentado por Moraes (2015, p. 28), quando afirma que:

Os instrumentos econômicos de gestão ambiental embora sejam reconhecidos no Brasil, ainda se encontram em estágio embrionário. Assim, esta falta de incentivos cumulada com a impunidade existente acaba por conduzir as pessoas que tem o poder de decisão entre preservar e não preservar a escolher as alternativas mais rentáveis, independentemente se tal escolha ocasione o aviltamento da natureza. Destarte, se faz vital uma lógica econômica que inverta esta equação, valorando os serviços ecossistêmicos e gratificando aqueles que contribuem para sua conservação.

Esse valor econômico possibilita o incentivo, uma vez que ao preservar além daquilo que é estipulado por lei, o proprietário vai receber um incentivo pecuniário para realizar aquela preservação, assim, ele vai estar recebendo em dose dupla, pois, a preservação em si só já é um benefício e o valor pecuniário recebido para preservar vai fazer com que seja ainda mais valoroso a preservação.

### **SERVIÇOS AMBIENTAIS**

Os serviços ambientais são compreendidos aqueles que são prestados de forma a preservar o meio ambiente e os mesmos vem ganhando espaço em discussões nos últimos anos, pois, entende que eles tem uma atuação mais significativa para a preservação ambiental que as sanções penais e cível. Desta forma, ao prestar algum serviço com o meio ambiente, o ator é remunerado pelo serviço prestado.

Conforme destacado por Wunder (2006, p. 4):

Atualmente se destacam quatro tipos de serviços ambientais: o sequestro e armazenamento de carbono, quando, por exemplo, uma empresa elétrica do hemisfério norte paga agricultores do trópico para que plantem e cuidem de árvores; a proteção da biodiversidade, que ocorre quando doadores pagam aos moradores locais para proteger e restaurar áreas para criação de um corredor ecológico; a proteção de bacias hidrográficas, onde, os usuários das águas a jusante, pagam aos donos de propriedades de águas o montante para que adotem uso de terra que limitem o desmatamento, a erosão

do solo e riscos de inundação, entre outros e ainda o pagamento pela beleza cênica, quando, por exemplo, uma empresa de turismo paga uma comunidade local para não caçar em um bosque usado para turismo de observação da vida silvestre.

Desta forma, ao analisar as ferramentas CSA e PSA são fundamentais para que esses atores possam sentir-se incentivados a realizar tal atividade para que tenham algum reconhecimento, principalmente quando se trata de valor pecuniário, pois, são recompensados pelos serviços prestados para com o meio ambiente e para a sociedade de uma forma geral.

Assim, quando se trata de serviços para com o meio ambiente, é importante destacar algumas experiências realizadas no Brasil, conforme destacado por Negret (2008, p. 55):

Algumas experiências brasileiras decorrente da implementação do Princípio Protetor-Recebedor, consubstanciadas na compensação pelos serviços ambientais prestados. Dentre estes pode-se citar o programa do Governo Federal denominado Proambiente relacionado as práticas sustentáveis exercidas pelos agricultores familiares; a servidão florestal que possibilita que a Reserva Legal possa ser compensada fora da propriedade, desde que esteja situada no mesmo bioma e na mesma bacia hidrográfica agregando valor à floresta em pé; os créditos por redução certificada de emissões de gases de efeito estufa; a isenção fiscal do ITR para as Reservas Particulares do Patrimônio Natural que são unidades de conservação instituídas em áreas privadas, gravadas com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica, sendo permitido nelas apenas a pesquisa científica, e a visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais; o ICMS verde ou ecológico que compensa os municípios que possuem áreas ambientalmente protegidas; a agenda marrom que premia investimentos em saneamento; e a Lei Chico Mendes que proporciona subsídios ao extrativismo da borracha.

É importante destacar que os referidos serviços tem contribuído para incentivar principalmente os pequenos agricultores que muitas das vezes não realiza nenhum tipo de serviço devido a necessidade de subsistência e acabam realizando atividades que não trazem benefícios ao meio ambiente. Porém, com a implantação dos serviços ambientais remunerados acaba trazendo incentivo para que deixam de praticar atividades ilegais para com o meio ambiente.

Dentre as ferramentas apontadas, uma que mais destaca é o Programa de Desenvolvimento Socioambiental de Produção Familiar Rural – PROAMBIENTE, esse programa é vinculado à Secretaria de Desenvolvimento Sustentável do Ministério do Meio Ambiente, e seu objetivo é compensar os serviços ambientais que são prestados pelos proprietários/agricultores familiares à sociedade brasileira e internacional. Esse programa permite que seja realizada uma remuneração de serviços ambientais tais como: redução do desmatamento, bem como a redução da agroquímica, a redução do uso do fogo na agricultura, a preservação da biodiversidade, entre tantos outros que possibilita a melhoria da qualidade do meio ambiente (NEGRET, 2008).

É importante salientar que o Proambiente estimula os produtores e seus familiares a adotarem medidas menos agressiva, bem como buscar alternativas que possibilita a conservação ambiental e acima de tudo, que vai trazer retorno, pois, acredita-se que o incentivo financeiro é um dos que mais contribui para a preservação, pois, o favor que é transmitido para contribuir com a melhoria do ambiente é uma forma de evitar que desenvolvam atividades de sobrevivência que acaba agredindo os ecossistemas.

Conforme apresentado por Negret (2007, p. 1):

Atualmente o programa envolve um número significativo de famílias de comunidades de agricultores familiares extrativistas, pescadores artesanais, quilombolas e demais comunidades tradicionais. Essas famílias, contribuem para o meio ambiente através de adoção de métodos de produção com maior sustentabilidade ambiental e o pagamento pelo seus serviços ambientais se justifica, uma vez que a adoção de práticas sustentáveis onera a produção destes agricultores, que, por exemplo, ao não fazerem uso de agroquímicos necessitando de mais mão-de-obra para o controle de ervas daninhas, o que encarece seu produto final. Assim, a remuneração que recebem apenas compensa o custo maior da produção decorrente de adoção de iniciativas que contribuem para a manutenção da qualidade ambiental para o Brasil e para o planeta como um todo. Atualmente as famílias recebem um valor, mesmo que pequeno, mas que ajuda a manter a qualidade de vida rural.

Porém, conforme já destacado, as políticas públicas são essenciais e é uma das principais formas de fazer com que essas ferramentas sejam eficazes na proteção ambiental, fazendo com que os proprietários/produtores rurais sejam os principais aliados na proteção ambiental. Desta forma, os serviços ambientais tem sido um dos fatores essenciais e necessários para poder fazer com que a questão

ambiental seja reduzida, principalmente quando se trata de produção agroindustrial.

### **COMPENSAÇÃO DOS SERVIÇOS AMBIENTAIS**

A Compensação por serviços ambientais - CSA, é uma forma de retribuição, podendo ser monetária ou não, das atividades humanas realizadas de forma voluntária para melhorar ou preservar os ecossistemas que contribui para a melhor qualidade de vida no planeta. É importante destacar ainda que a CSA tem como objetivo estimular ou ressarcir às pessoas/proprietários que desenvolvem atividades de preservação e conservação do meio ambiente.

Conforme apresentado por Wunder (2006, p. 7):

A ideia central de compensação pelos serviços ambientais – CSA é que os beneficiários externos destes serviços paguem de maneira direta, contratual e condicionada os proprietários e usuários locais pela adoção de práticas que assegurem a conservação e restauração dos ecossistemas.

Neste sentido, observa-se que a pessoa que realiza alguma compensação para com o meio ambiente é ressarcido pelo serviço prestado, possibilitando assim como um incentivo de preservação, como também acontece com o PSA, uma vez que são ferramentas distintas e possuem os mesmos objetivos.

Conforme destacado por Veiga (2006, p. 87):

O princípio central do CSA consiste no reconhecimento de que aqueles que preveem o serviço, por exemplo, os detentores de remanescentes florestais, devem ser recompensados por isto, e aqueles que se beneficiam do serviço devem pagar por ele, nesse caso a sociedade local, regional e global.

É importante destacar que o referido serviço consiste no reconhecimento daqueles que prestam um serviço para o bem comum de todos, assim, esse ator deve ser ressarcido. É um instrumento que favorece para a participação de diversos atores sociais que estão interessados na gestão ambiental, possibilitando a participação democrática, através de incentivos financeiros, contribuindo para a implementação e efetivação dos ideais buscados pelo princípio do Protetor-Recebedor.

Assim como o PSA o CSA são ferramentas que visam e buscam fazer com que o meio ambiente seja preservado e aqueles que estão contribuindo para tal atividade sejam ressarcidos pelo serviço prestado, desta forma, são ferramentas que visam e buscam a preservação dos ecossistemas e favorecendo para a vida no planeta. Porém, a conclusão que se tem é que toda a sociedade deve contribuir com o pagamento para aquele que preserva, já que todos utilizam de uma forma geral dessa preservação.



É importante salientar que a compensação por serviços ambientais é uma forma de fazer com que seja incentivado que a sociedade como um todo, principalmente os proprietários/agricultores possam desenvolver atividades que sejam mais sustentáveis, existindo diversas formas de realizar tais compensações, porém, na presente pesquisa, foi dado ênfase ao pagamento por serviços ambientais.

O pagamento por serviços ambientais é uma expressão que é frequentemente utilizada para caracterizar a transferência de recursos financeiros, ou seja, é apenas uma modalidade de pagamento pelos serviços ambientais ou retribuição dos valores repassados para aqueles que realizam algum tipo de preservação ou conservação ambiental.

É válido afirmar, que além do pagamento pelos serviços prestados ao meio ambiente, existem ainda aqueles não remunerados que é a ecocertificação, sistema de expansão que pode ser traduzida como sendo uma adoção de um selo verde ou ainda outro tipo de certificação que o produtor ou proprietário recebe por realizar alguma compensação ambiental. Porém, conforme já salientado, nessa pesquisa não será aprofundado tal questão.

### **O PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS**

Os problemas ambientais, principalmente a degradação do meio ambiente tem exigido do Estado e também da iniciativa privada novas alternativas para contribuir para com a exploração sustentável dos recursos naturais. É importante destacar que as sanções penais e civis não tem sido suficientes para frear as práticas de degradação do meio ambiente, necessitando assim novas ferramentas que possibilita e contribui para frear a degradação. Uma das alternativas e o pagamento por serviços ambientais.

É importante destacar que a ideia de remunerar os serviços ambientais não é uma questão nova, porém, encontra-se com mais ênfase a partir do século XXI, conforme pode ser verificado nas palavras de Ribeiro (2013, p. 14), quando afirma que:

A ideia de remunerar esses serviços ambientais através do PSA não é recente. Surgiu inicialmente em países como Estados Unidos da América e Austrália sendo uma forma de incentivar os proprietários de terras, mediante pagamento diretos decorrentes de um contrato, a adotarem práticas seguras para a conservação e manutenção do ecossistema.

Observa-se que os países, como Estados Unidos e Austrália são países desenvolvidos, porém, não ficou restrito apenas aos referidos países, avançando para os países em desenvolvimento, conforme afirma Moraes (2015, p. 21), quando diz que:

Interessante destacar que, não obstante o surgimento e a evolução deste mecanismo tenha se dado inicialmente



naqueles países considerados desenvolvidos, esse modelo de gestão ambiental não ficou circunscrito a estes países. Diversos países em ditos em desenvolvimento utilizaram e aperfeiçoaram este modelo de gestão ambiental, passando a incluí-los em seus programas de governo. Atualmente é possível notar a existência de programas de PSA em vários países como: Brasil (PROAMBIENTE; BOLSA FLORESTA), Costa Rica (FONAFIFO), Equador (PIMAMPIRO), México (SCOLEL TÉ), Bolívia (RIO LOS NEGROS), Zimbábue (CAMPFIRE), entre outros.

Ressalta-se ainda que diversos mecanismos econômicos que foram criados, principalmente nos países em desenvolvimento tiveram como objetivo frear o processo de exploração das riquezas naturais, como exemplo, a Costa Rica, que foi a precursora na introdução e aplicação de um projeto de PSA. Foi a partir de então que foi amplamente divulgado a questão do pagamento por serviços ambientais.

Para uma melhor visualização dos pagamentos dos serviços ambientais, é importante trazer a definição de Wunder (2010, p. 387):

Transação voluntária na qual o serviço ambiental bem definido ou uma forma de uso da terra que possa segurar este serviço é comprado por pelo menor um comprador de pelo menos um provedor sob a condição de que o provedor garanta a previsão deste serviço.

Oliveira Júnior (2010, p. 23), conceitua PSA como “pagamento ou a compensação por serviços ambientais consiste na transferência de recursos (monetários ou outros) a quem ajuda a manter ou a produzir os serviços ambientais”.

Por outro lado, Ribeiro; Dourado Júnior (2017, p. 8), afirma que:

O Pagamento por Serviços Ambientais – PSA é um conjunto de mecanismos que tem como principal objetivo manter os ativos e serviços oferecidos pela natureza, por meio da recompensa ou remuneração para aqueles que os preservam. A prática vem demonstrando ser eficaz em diversos países, considerando que os serviços de preservação de recursos hídricos, regulação de gases de efeito estufa, prevenção de erosão, biodiversidade e ecossistemas exercem um papel de grande importância para as atividades econômicas, necessitando, portanto, atribuir-lhes valor monetário.

Desta forma, justifica-se o pagamento dos serviços ambientais – PSA, como um instrumento de suma importância de política pública, bem como de investimentos em preservação da natureza, uma vez que os custos desses serviços

devem ser assumidos por toda a sociedade. Assim, o PSA favorece para que se tenha novas condições e possibilitar que essas políticas públicas favoreçam para frear a degradação ambiental.

Ressalta-se que no Brasil o PSA veio como forma de contribuir e melhorar as condições ambientais, principalmente aquelas que encontram-se com maior índice de degradação ambiental, pois, o pagamento dos serviços ambientais vai fazer com que muitos males causados pelos seres humanos sejam refletidos antes de serem praticados, já que terá um custo, além de responder civil e criminalmente. Acredita-se que esse valor a ser pago é uma forma frear a degradação.

O pagamento por serviços ambientais tem surgido como um programa alternativo de desenvolvimento sustentável para algumas regiões brasileiras, conciliando a preservação ambiental com a melhoria das condições socioeconômicas dos proprietários rurais. Os produtores rurais brasileiros normalmente investem pouco em manejos e práticas conservacionistas, em função do baixo nível de renda dessa atividade e da falta de políticas públicas visando à compensação dos provedores de externalidades positivas (RIBEIRO; DOURADO JÚNIOR, 2017, p. 10).

Porém, é importante destacar que o pagamento por serviços ambientais só terão efeitos positivos se caso estes cheguem até os proprietários de terras de forma a fazer com que se influa nas decisões significativas sobre como devem usar a terra, uma vez que, se esses efeitos não forem positivos, ele não terá nenhum efeito, assim, vê-se a necessidade de implantar políticas públicas que irão favorecer e contribuir para que os proprietários de terras tenham interesse em praticar de forma a atender as necessidades ambientais.

No que refere aos agricultores familiares, uma gama que vem crescendo de forma significativa no Brasil, geralmente não costumam adotar tais práticas, conforme pode ser destacado por Ribeiro; Dourado Júnior, (2017, p. 5, quando afirma que:

De uma forma geral, os agricultores não costumam adotar práticas de manejo que mantenham ou aumentem o fornecimento de serviços ambientais, porque tais práticas tendem a reduzir os benefícios líquidos provenientes da agricultura, ou seja, os esforços adicionais para realizar mudanças mais favoráveis ao meio ambiente nos sistemas produtivos e/ou para não utilizar recursos naturais capazes de originar renda aos agricultores familiares, geram custos de oportunidades.

Percebe-se que os agricultores familiares podem realizar tanto ações positivas como negativas, assim, ao preservar as belezas cênicas de uma propriedade rural, o agricultor vai estar preservando o meio ambiente, porém, por outro lado, ao realizar desmatamento, ou seja, a retirada da cobertura vegetal, realizando ainda poluição de corpos de água, erosão do solo, entre outros que poderia ser evitados, caso fossem aplicadas políticas públicas para conscientização e incentivo.

Porém, é importante salientar que o Pagamento de Serviço Ambiental não pode ser caracterizado como uma subvenção ou subsídio de uma produção florestal ou agrícola, mas um pagamento de um serviço que tem a possibilidade de alcançar uma gestão mais sustentável dos recursos naturais, ou seja, uma forma de fazer com que os recursos naturais sejam preservados.

Conforme destaca Mota (2006, p. 3):

Se os custos da degradação ecológica não são pagos por aqueles que a geram, estes custos são externalidades para o sistema econômico. Ou seja, custos que afetam terceiros sem a devida compensação. Atividades econômicas são, desse modo, planejadas sem levar em conta essas externalidades ambientais e, conseqüentemente, os padrões de consumo das pessoas são forçados sem nenhuma internalização dos custos ambientais. O resultado é um padrão de apropriação do capital natural onde os benefícios são providos para alguns usuários de recursos ambientais sem que estes compensem os custos incorridos por usuários excluídos. Além disso, as gerações futuras serão deixadas com um estoque de capital natural resultante das decisões das gerações atuais, arcando os custos que estas decisões podem implicar.

Desta forma, o PSA veio como alternativa de contribuir para com o meio ambiente, ou seja, possibilitar que o mesmo seja preservado com mais seriedade, levando em consideração o valor econômico. Porém, a mesma deve vir acompanhada de políticas públicas que trazer uma conscientização mais ampla e significativa.

É importante salientar ainda que alguns especialistas veem o PSA como uma forma de preservação das florestas, conforme destacado por Ribeiro e Dourado Júnior (2017, p. 7), quando afirma que:

Inicialmente, os especialistas responsáveis pelos primeiros conceitos relacionados ao PSA, acreditavam que este poderia ser mais eficiente na conservação das florestas, bem como trazer resultados mais rápidos se comparados aos instrumentos de controle, quando objetivam a situação “ganha-ganha”, uma vez que traz benefícios tanto para quem

garante a provisão dos serviços ecossistêmicos como para quem os demanda. Pois, se tratando de um instrumento econômico, o provedor do serviço ambiental terá direito a percepção de uma gratificação, enquanto o demandante se beneficiará com os serviços da natureza preservados, os quais poderão ser usufruídos sem risco de esgotamento.

Desta forma, acredita-se que ao preservar é uma forma de obrigação por todos, porém, os incentivos tem contribuído, conforme destaca Nusdeo (2012, p. 28): "o Pagamento por Serviços Ambientais como transações entre duas ou mais partes envolvendo remuneração àqueles que promovem o incremento, conservação, recomposição ou manejo de áreas consideradas aptas a fornecer certos serviços ambientais".

Desta forma, é possível salientar que:

O Sistema de PSA se configura quando os beneficiários de tais serviços efetuam pagamentos para o proprietário ou gestor da área em questão, de modo a gerar um incentivo financeiro para garantir o fluxo contínuo e melhoria do serviço demandado. Tais pagamentos podem ser vistos como uma forma de ressarcir os custos encarados pelas práticas conservacionistas do solo que permitem o fornecimento dos serviços ecossistêmicos (RIBEIRO; DOURADO JÚNIOR, 2017, p. 8).

Desta forma, ao usufruir da referida recompensa aqueles que praticam o serviço ambiental é tido como um reconhecimento de que os ecossistemas prestam serviços essenciais e importantíssimo à manutenção da vida no planeta e também compreender que enquanto os serviços ambientais não forem parte do mercado, ou melhor, que seja que não possuem um valor pecuniário, encontram-se distante de decisões precisas e significativas, colocando os ecossistemas em risco, uma vez que vai dar mais atenção as atividades rentáveis que as sustentáveis.

Assim, a remuneração repassada aquele que pratica serviço ambiental, possibilita a transferência de recursos em relação aos benefícios aos que promovem uma certa "ajuda" à natureza através de prestação e compensação. Assim, o princípio do protetor-recebedor é aquele que perpetua que o pagamento por serviços ambientais possibilitam uma melhor condição de sustentabilidade dos ecossistemas.

Assim, alguns Estados brasileiros já vem tomando iniciativa para implantar o PSA, é o caso do Estado de Minas Gerais, que criou o Bolsa Verde, através da Lei nº 17.727/2008, que tem como principal objetivo o incentivo monetário e não monetário para aqueles que praticam a proteção e a ampliação da cobertura vegetal nativa daquelas áreas necessárias de proteção e formação ciliares, bem

como da diversidade e à recarga de aquíferos. O pagamento é realizado de forma fixa, sendo estipulado por hectares e é levado em consideração as propriedades que já possuem área de preservação permanente e reserva legal que esteja acima do limite legal e que seja feito o uso de práticas de conservação e produção agroecológicas.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto é possível verificar que a preocupação com a preservação ambiental é uma questão que cada vez mais cresce nas sociedades. Os mecanismos de proteção ambiental são implantados por normas e padrões que devem ser respeitados, onde são atribuídas penalidades aos que descumprem a legislação de proteção do meio ambiente. Desta forma, no meio rural, as normas que tutelam a proteção ambiental têm trazido diversos transtornos para os pequenos produtores rurais em suas propriedades.

A preservação ambiental é urgente e necessária, assim, vem-se buscando de todas as formas alternativas que visam a melhoria e contribuam para que seja aplicadas políticas públicas de preservação ambiental para atender as necessidades ambientais. Assim, surgem as ferramentas CSA e SPA como forma de favorecer para a conscientização da preservação através do recebimento de uma recompensa ou pagamento.

Ao longo da pesquisa foi possível verificar que o sistema PSA ilustra um pensamento jurídico ambiental, econômico e social, melhor explicando, são medidas de sustentabilidade, que incentivam ações preventivas e conservadoras e não uma repressão para que o proprietário realize ações significativa se preservação ambiental. É importante salientar que as simples aplicação de normas coercitivas não tem trazidos resultados significativos e incentivos de preservação ambiental, assim, um valor pecuniário será bem mais aceito que a própria sanção penal e civil.

Assim, o pagamento por serviços ambientais, já vem sendo aplicadas no Brasil, mesmo que de forma bastante tímida, porém, já adotada por diversos Estados, dentre eles o Estado de Minas Gerais que implantou a Bolsa Verde e vem aplicando no dia a dia e vem colhendo resultados significativos. Essa é uma forma que o governo de Minas Gerais fez para compensar os proprietários e trabalhadores que preservam ou conservam o meio ambiente.

Desta forma, verifica-se que é uma forma inteligente, pois, acaba ganhando a sociedade, o produtor e o governo, pois, a preservação por parte do agricultor sai bem mais barata para o governo que se fossem instituídos outros meios de preservação, pois, o valor repassado aos agricultores é baixo, porém, significativo, pois, além de ser um benefício próprio, também recebe por ele.

Enfim, o CSA é uma das principais alternativas de contribuir e fazer com que o meio ambiente venha a preservado, pois, a preservação dos ecossistemas é uma das alternativas para se ter melhores condições de vida no planeta. Assim, todos



devem estar empenhados e buscar meios de preservação, utilizando a natureza de forma sustentável.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Marco Antônio Uberti. **O impacto da reserva legal e da área de preservação permanente sobre pequenas propriedades rurais (um estudo na agricultura ecológica de Antônio Prado/RS)**. Universidade de Caxias do Sul. Caxias do Sul. 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp117826.pdf>. Acessado em 13 de agosto de 2018.

RODRIGUES, Emerson Cleiton. **Análise sobre o cumprimento da obrigatoriedade da reserva legal florestal**. Centro Universitário de Araraquara. Araraquara. 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp067939.pdf>. Acessado em 13/08/2018.

MINAS GERAIS, **Lei nº 17.727**, de 13 de agosto de 2008. Dispõe sobre a concessão de incentivo financeiro a proprietários e posseiros rurais, sob a denominação de Bolsa Verde, para os fins que especifica, e altera as Leis nº 13.199, de 29 de janeiro de 1999, que dispõe sobre a Política Estadual de Recursos Hídricos, e 14.309, de 19 de junho de 2002, que dispõe sobre as políticas florestais e de proteção a biodiversidade no Estado. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2008.

MORAES, Jorge Luiz Amaral de. **Pagamento por serviços ambientais (PSA) como Instrumento de Política de Desenvolvimento Sustentável dos Territórios Rurais: O Projeto Protetor das Águas de Vera Cruz, RS**. Sustentabilidade em Debate - Brasília, v. 3, n. 1, p. 43-56, jan/jun 2015.

MOTA, José A. **O valor da natureza: Economia e política dos recursos ambientais**. Rio de Janeiro. Ed. Garamond. 2006.

NEGRET. Fernando. **Brasil - compensação dos serviços ambientais aos agricultores familiares e inclusão**. ADITAL Agência de Informação Frei Tito para a América Latina, Fortaleza, Ceará. Disponível em [www.adital.com.br](http://www.adital.com.br). Acesso em 12 março 2018.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Pagamento por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica**. São Paulo: Atlas, 2012.

RECH, Adir Ubaldo. **O valor econômico e a natureza jurídica dos serviços ambientais**. ORBIS: Revista Científica. v. 3, nº. 1, p. 182-202, mar. 2012. Disponível em:

<<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/download/142/142>>.

Acesso em: 03 de setembro de 2017.



RIBEIRO, Vitor Paiva; DOURADO JÚNIOR, Octávio Vascaes. **Princípio do protetor-recebedor:** a preservação ecossistêmica frente ao pagamento por serviços ambientais. Faculdade Estácio de Sá. Rio de Janeiro. 2017.

WUNDER, Sven. **Pagos por serviços ambientais:** princípios básicos essenciais. Centro Internacional de Investigação Florestal. CIFOR, Jacarta. Indonésia. 2005. Disponível em [http://es.watershedconnect.org/documents/payments\\_for\\_environmental\\_services\\_some\\_nuts\\_and\\_bolts](http://es.watershedconnect.org/documents/payments_for_environmental_services_some_nuts_and_bolts). Acessado em 03/09/2018.

## **DELAÇÃO PREMIADA E UMA SENTENÇA ANUNCIADA.**

**JHONATAN COSTA DE ALMEIDA**, o autor:  
Acadêmico de Direito; Formado em  
Administração; Pós-Graduado em Auditoria e  
Controladoria

**RESUMO:** O estudo tratará de analisar as imperfeições e fragilidades da técnica jurídica entre delação premiada e a sentença, considerando as formas e limitações que o processo requer. Tendo como objeto de estudo as significações, muito além da semântica, das delações premiadas e o que estes institutos contribuíram para que fosse possível prolatar uma sentença que expõe de forma clara a opção do julgador pela radicalização e uso do direito para fins políticos. Assim, o problema central deste estudo pode ser expresso na seguinte pergunta: O punitivismo promovido, com base nas delações premiadas, pelos protagonistas do sistema judiciário, de forma livre, sem a devida correção e sem leitura consequential de suas ações, implicaria em uma fragilidade da técnica jurídica? Nessa perspectiva, a contribuição de autores como Cesare Beccaria (reimpressão 2017), Adauto Novaes (2016), Rogério Sanches (2017), Renato Brasileiro (2017), Houassis (1976), Franz Kafka (2006), Pedro Lenza (2010), entre outros, tornam-se fundamentais, pois trazem luz para entender questões e consequências que a delação tem no processo de sentença. Cesarie Beccaria, um dos grandes nomes do direito criminal, diz que é de suma importância, em toda boa legislação, determinar de maneira exata o grau de confiança que se deve dar às testemunhas e à natureza das provas, necessárias para constatar o delito. Ademais, este trabalho, também, mostrará a forma de como são, sem generalizar, utilizados os conceitos e noções que seguem uma trilha condenatória, reverberando convicções particulares e presunções formuladas em matéria penal em desconformidade com a análise de fatos em provas, com desorientação, sem guia e sem princípios estáveis, preocupados exclusivamente em escapar dos monstros, ou do monstro, que o ameaçavam, fazendo com que alguns casos vaguem ao acaso no vasto mar da incerteza.

**Palavra-chave:** delação; premiada; sentença; anunciada; fragilidade jurídica.

**ABSTRACT:** The study will analyze the imperfections and weaknesses of the legal technique between award-winning delineation and the sentence, considering the forms and limitations that the process requires. Having as object of study the significations, far beyond the semantics, of the awarded donations and what these institutes contributed so that it was possible to proliferate a sentence that clearly exposes the judge's option for the radicalization and use of the right for political ends. Thus, the central problem of this study can be expressed in the following question: The punitivism promoted, on the basis of the prized donations, by the protagonists of the judicial system, in a free way, without the correct correction and without consequential reading of its actions, would imply in a fragility of legal

technique? In this perspective, the contribution of authors such as Cesare Beccaria (reprint 2017), Adauto Novaes (2016), Rogério Sanches (2017), Renato Brasileiro (2017), Houassis (1976), Franz Kafka (2006), Pedro Lenza among others, become fundamental because they bring light to understand the issues and consequences that the delação has in the sentence process. Cesare Beccaria, one of the great names in criminal law, says that it is of the utmost importance, in all good legislation, to determine precisely how much confidence the witnesses should have and the nature of the evidence necessary to establish the crime. In addition, this work will also show how the concepts and notions that follow a condemnatory trail, reverberating particular convictions and presumptions formulated in criminal matters in non-conformity with the analysis of facts in evidence, with disorientation, without a guide and without stable principles, concerned exclusively with escaping from the monsters, or the monster, that threatened him, causing some cases to wander at random in the vast sea of uncertainty.

**Keyword:** delation; award-winning verdict; squid case; announced; legal fragility.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. REFERENCIAL TEÓRICO. CONCEPÇÕES DE DELAÇÃO. CONCEPÇÕES DE SENTENÇA. CONCEPÇÕES DE PROCESSO PENAL. MÉTODO. APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1 - INTRODUÇÃO

Este trabalho tenta trazer ao leitor a importância, para a literatura jurídica, de forma simples e de fácil leitura, como o instituto da delação premiada pode, de certa forma, ser considerado como verdade absoluta e, apenas como elementos informativos, poder construir uma sentença.

A delação premiada é instituto que serve para a condução de casos mais complexos como dos crimes organizados. Pela interpretação gramatical, conclui-se que a expressão delação premiada significa uma denúncia ou acusação que resulta positivamente em uma recompensa para quem a fez e, no âmbito jurídico, a delação premiada não foge dessa conclusão semântica.

Consoante, a delação premiada é um instituto que levanta elementos em busca da, até então, 'verdade processual'. No instante em que se oferece ao delator a não agressão à sua liberdade, ou em alguns casos, a diminuição de sua pena, exige-se que este colabore com as autoridades judiciárias apresentando, de certa forma, efetividade na investigação e no processo, dando informações, e não provas, para a solução de um caso criminal, findando em uma sentença.

A sentença, conforme o artigo 381, do Código de Processo Penal, que apresenta os requisitos para a sua validade, é o pronunciamento por meio do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento, bem como extingue a execução.

Assim, a sentença é o ato do julgador que extingue o processo com ou sem resolução de mérito, ou que rejeita ou acolhe os pedidos do autor. Sentença é a decisão do magistrado sobre os pedidos formulados na petição inicial, ainda que o processo prossiga.

## 2 - REFERENCIAL TEÓRICO

Nesta seção, serão apresentados os construtos que subsidiaram a análise realizada, a saber: os construtos de concepções de Delação Premiada, de Sentença e de Processo Penal.

### Concepções de Delação Premiada

A delação premiada não é um instituto novo na história da justiça. Desde os primórdios bíblicos, passando pela Antiguidade Clássica (Roma/Grécia), pela Idade Média, pelos movimentos industriais até os dias de hoje, é possível observar a presença da delação como troca de vantagens de qualquer gênero.

Delação tem origem etimológica no latim: *delatio*; *ónis*; denúncia; acusação. Premiada decorre de prêmio, retorno, abrandamento, recompensa, lucro. Porquanto, delação premiada, no sentido semântico, é um instituto que premia o delator, concedendo-lhe os mais diversos e variados benefícios processuais.

O instituto da delação premiada, no Brasil, encontra-se previsto, na atualidade, em vários dispositivos legais, como:

a) A Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, prevê no art. 8º, parágrafo único, que: “[...] o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços”. É necessária referência ao artigo 288 e parágrafo único do Código Penal.

b) Lei nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, também tratou da matéria, prevendo no art. 16, parágrafo único, que com relação aos crimes “[...] cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

c) A Lei nº 9.269/96 tratou da delação premiada em relação ao crime de extorsão mediante sequestro, ao introduzir o § 4º no art. 158 do Código Penal, prevendo a redução da pena de um terço para dois terços àquele que denunciar o crime à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado.

d) A Lei nº 9.034/95, em seu art. 6º, trata dos crimes organizados e dos meios operacionais para a prevenção e a repressão desses peculiares delitos. Dispõe que “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será

reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

e) Com a Lei nº 9.807/99, houve a tentativa de uniformizar o tratamento da matéria, prevendo a possibilidade da concessão do perdão judicial ou da diminuição da pena dos acusados que colaborarem de forma voluntária e eficaz com a Justiça (arts. 13 e 14). Esta lei também confere medidas especiais de segurança para aqueles que colaborarem com a Justiça bem como para as testemunhas e vítimas.

f) A Lei nº 9.613/98 dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Trata da delação premiada no § 5º do art. 1º:

§ 5º. A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

g) A Lei nº 11.343/06, que trata dos crimes relacionados com entorpecentes, traz a delação premiada no artigo 41, da seguinte forma: “[...] o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

h) Lei 12.850/13, que versa sobre organizações criminosas, dispõe - em seus dispositivos - sobre delação premiada:

*“(...) Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, **conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos** daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:*

*I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;*

*II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (...)”*

A sistematização da delação premiada é dar, em troca da delação, benefícios ao delator, tais como: perdão judicial e a redução da pena e, para isto, não existe o requisito de um pré-acordo entre os membros do Ministério Público e a defesa do acusado para que, após entendimento positivo do Parquet, haja a decisão do julgador, porém, é de muita valia o parecer ministerial para a aplicação do instituto, mas, ainda assim, será restrito ao juiz o poder de conceder ou não o perdão judicial.

### **Concepções de Sentença**

O juiz, ao longo da persecução processual, pratica uma série de atos processuais importantes e a sentença seria um desses que, também, é conhecida como decisões definitivas ou sentença em sentido próprio.

A sentença seria um ato judicial que extingue o processo, com ou sem julgamento do mérito, podendo dividir-se em: sentença definitiva e sentença terminativa.

A sentença definitiva julga mérito e subdivide-se em duas: sentido estrito, aquela que absolve ou condena o acusado, e em sentido lato, aquela que declara extinta a punibilidade. A sentença terminativa, por sua vez, não julga mérito.

Podem ter classificações, quanto ao órgão, subjetivamente simples (juiz singular), subjetivamente plúrima (colegiado homogêneo) e subjetivamente complexa (colegiado heterogêneo-juri). E, ainda, existe uma classificação, pouco usual, chamada de sentença suicida, ou seja, quando há contradição entre dispositivo e fundamentação.

Sua fundamentação legal pode ser encontrada no Código Processual Penal, artigo 381. Possuindo elementos intrínsecos e extrínsecos.

Elementos intrínsecos são compostos por Relatório (incisos I e II), por Fundamentação (inciso III) e Dispositivo (inciso IV e V). Já os elementos extrínsecos são formados pela parte autenticativa (data e assinatura), inciso IV.

Nesta esteira, faz-se necessário, para melhor entender todo o contexto condenatório que o caso requereu, explicar a correlação entre acusação e sentença, para isto, utilizar-se-á como base principiológica o princípio da Correlação entre a imputação e a sentença. Isto é, os fatos narrados na inicial (na denúncia ou na queixa) devem manter relação fidedigna e lógica com a sentença.

Com intuito de alcançar o supra mencionado, é dado ao juiz dois instrumentos: *emendatio* e *mutatio libelli*, respectivamente art. 383 e art. 384 do CPP.

De acordo com *emendatio libelli*, o juiz, quando da sentença, verificando que a tipificação não corresponde aos fatos narrados na petição inicial, poderá de ofício



apontar sua correta definição jurídica. Ressalta-se que na *emendatio* os fatos provados são exatamente os fatos narrados.

Por outro lado, verifica-se a *mutatio libelli*, quando o juiz concluir que o fato narrado na inicial não corresponde aos fatos provados na instrução processual; neste caso, deve o juiz remeter o processo ao órgão acusador (ministério público) que deverá aditar a peça inaugural. Ressalta-se que na *mutatio* os fatos provados divergem dos fatos narrados.

### **Concepções de Processo Penal**

Processo penal, conforme José Frederico MARQUES, é um conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos. Consoante a isto, possui finalidades, e estas são classificadas como Imediatas/Direta e Mediatas/Indiretas. As Imediatas/Diretas são aquelas que fazem valor o *ius puniendi* (direito de punir) do Estado. As Mediatas/Indiretas resumir-se-ão em promover a proteção da sociedade, da paz social e a defesa dos interesses da coletividade.

Nessa esteira, Noberto AVENA, complementa: “observar-se-á que, se uma pessoa realizar determinada conduta descrita em um tipo penal incriminador, a consequência desta prática será o surgimento para o Estado do poder-dever de aplicar-lhe a sanção correspondente. (...). Aqui surge, então, o processo penal, como instrumento destinado à realização do jus puniendi do Estado e cujo desenvolvimento será regido por um conjunto de normas, preceitos e princípios que compõem o direito processual.”

Para uma melhor elucidação, faz-se necessário exprimir que o processo penal está entre o garantismo e a eficiência. Ou seja, está entre um conjunto de premissas técnicas que envolvem o modo de pensar e atuar as ciências jurídicas, sujeitando o juiz à lei, mas não de maneira exegese, e, sim, de maneira hermenêutica, e, devendo este, ter a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais para que se possa garantir, também, a eficiência.

Diante disso, surge, então, a necessidade de estabelecer as fontes formais e materiais que compatibilizam o código do processo penal dentro do ordenamento jurídico.

Fonte, em seu sentido semântico, traduz em nascente, em origem, em algo primário. Tércio Sampaio Ferraz, assim, cita: “a questão da consistência (antinomias) e da completude (lacunas) do ordenamento visto com sistema aponta para o problema dos *centros produtores* de normas e sua unidade ou pluralidade. Se, num sistema a partir de diferentes canais, que, com relativa independência, estabelecem suas prescrições. Se são admitidas lacunas, é porque se aceita que o sistema, a partir de

um centro produtor unificado, não cobre o universo dos comportamentos, exigindo-se outros centros produtores. São essas as suposições que estão por detrás das discussões em torno das chamadas *fontes* do direito”.

Consoante, as fontes, como supra mencionado, classificam-se em formais e materiais. Fontes formais correspondem ao modo de expressão do direito processual penal. Na passagem de Bettaglini, citada por José Frederico Marques, fontes formais são “modos de expressão da norma jurídica positiva”. Já as fontes materiais são as chamadas fontes materiais ou substanciais, como, novamente, José Frederico Marques cita a passagem de Bettaglini que diz que fontes materiais “são as que constituem a matéria com que é atingido o conteúdo do preceito jurídico”.

Não obstante, apesar da confusão e dos conflitos que a doutrina e a jurisprudência têm, ressalta-se a noção e a importância em conhecer o sistema processual que é adotado no Brasil.

O conceito que melhor exprime o que vem a ser sistema é o conceito dado por Kant. Ele afirma que sistema tem um significado que emerge de duas características que o define: ordenação e unidade. Elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar.

No que respeita à ordenação, pretende-se com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Já, no que tange à unidade, verifica-se que este fator modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.

Desta forma, percebe-se a importância do conceito de sistema para a ciência do direito e, no ramo do direito processual, este conceito fora aplicado e identificaram-se ao longo da história, basicamente, três grupos de sistemas. Embora haja a evidente discussão, mas esta tornar-se-á meramente exaurida por questões de limitações que este estudo trará, serão apresentados os três sistemas básicos: (a) sistema acusatório; (b) sistema inquisitivo; e (c) sistema misto.

O Sistema Acusatório define-se por haver a efetiva separação das funções de perseguir, acusar e julgar. É um sistema que na definição de Marcos Zilli, possui seis características: 1 – a jurisdição penal é exercida, essencialmente, por tribunais populares, posicionando-se o julgador como um árbitro imparcial entre o acusador e o acusado; 2 – a persecução penal é exercida por uma pessoa física que não possui qualquer vínculo com os órgãos oficiais de persecução; 3 – o acusado é considerado como sujeito de direitos, estando, pois, em posição de igualdade frente ao acusador; 4 – o procedimento desenvolve-se mediante um debate público, oral, contínuo e contraditório; 5 – na valoração da prova, impera o sistema do livre

convencimento, não estando os juízes subordinados a regras específicas e rígidas quanto à valoração das provas apresentadas; e 6 – a sentença é o resultado de uma votação, que pode tomar por base a vontade expressa pela maioria ou pela unanimidades dos julgadores. Este é o sistema adotado no Brasil.

O Sistema Inquisitivo é regido pelo princípio inquisitivo, ou seja, pela concentração de poderes na autoridade judicial e na ideia do juiz como protagonista da gestão. É um sistema onde não há separação da função dos sujeitos do processo, ou seja, a função de perseguir, acusar e julgar são centralizadas por uma mesma pessoa.

O Sistema Misto é sistema que é conhecido por sistema napoleônico ou inquisitivo reformado. É um sistema que deriva de um misto de acusatório com inquisitivo.

### **3 - MÉTODO**

A escolha deste objeto, para este estudo, deveu-se à grande repercussão que este tema trouxe para os anais jurídicos e a importância destes processos para a literatura, a partir dos entrelaçamentos e conflitos que se estabeleceram entre delação e sentença. Tentando mostrar o raciocínio condenatório que são utilizado nos mais diversos casos, com o objetivo de verificar de que forma, mesmo sabendo que são elementos informativos, as delações podem contribuir para uma sentença, identificando o raciocínio utilizado, mostrando o manejo e os conceitos que serviram como esteira e, do ponto de vista teórico e normativo, evidenciando as possíveis divergências e/ou conflitos.

Dentro desse prisma, também, foram analisados alguns problemas e hipóteses que complementam e subsidiam o objeto deste estudo contribuindo para o enriquecimento didático, em especial, da área do direito criminal, bem como áreas correlatas, não menos importante, exteriorizando as imperfeições e fragilidades da técnica jurídica entre delação premiada e a sentença, considerando as formas e limitações que o processo requereu.

Consoante ao objeto deste estudo, foi analisado o punitivismo promovido, com base nas delações premiadas, pelos protagonistas do sistema judiciário, de forma livre, sem a devida correção, sem leitura consequencial de suas ações e que implicaria em uma fragilidade da técnica jurídica.

Não obstante, foi analisado o conceito legal de delação premiada e, ainda, se esta é elemento informativo ou prova para uma sentença.

Além disso, analisou-se e fez-se uma crítica ao poder julgador e ao poder acusador, ao momento em que, de forma indiscriminada - entre direito e política - , se utilizam e se justificam de uma necessidade do uso de padrões desviados para tentar dar base sustentatória para situações processuais inéditas de ultraje às

normas basilares do Estado Democrático de Direito, mostrando que a corrupção não é só um fenômeno social, político e econômico, é, também, jurídico. Afeta a todos, como um gás que se espalha por todas as instituições democráticas e, de forma consequencial, atrasa o desenvolvimento econômico e torna frágil a governabilidade e, ainda, critica-se como a hegemonia da mídia, tanto televisionada quanto a imprensa, utiliza-se de meios escusos e espúrios para convencer a opinião pública sobre a necessidade de um judiciário “justiceiro” contra um “inimigo comum”, o que fere diretamente o cerne da democracia, pois a mídia não é apenas uma relação com a imagem, ela é o resultado de uma sociedade que anula a vida em proveito da contemplação.

#### **4 - APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO**

A apresentação e discussão para este estudo será constituída, inicialmente, por autores que ajudarão, com suas obras e doutrinas, a analisar e discutir a importância que estes institutos têm para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como a influência que estes têm para os novos processos.

Nessa perspectiva, a contribuição de autores como Cesare Beccaria (reimpressão 2017), Adauto Novaes (2016), Rogério Sanches (2017), Renato Brasileiro (2017), Houassis (1976), Franz Kafka (2006), Guiherme Madeira (2016), (Pedro Lenza (2010), entre outros, tornam-se fundamentais, pois trazem luz para entender questões e consequências que a delação tem no processo de sentença. Cesarie Beccaria, um dos grandes nomes do direito criminal, diz que é de suma importância, em toda boa legislação, determinar de maneira exata o grau de confiança que se deve dar às testemunhas e à natureza das provas, necessárias para constatar o delito.

Ao enfatizar a função da testemunha, Cesarie Beccaria alerta que todo homem médio, isto é, todo homem que tiver certa coordenação em suas ideias e que experimentar as mesmas sensações que os outros homens, poderá ser recebido em testemunho. Porém, a confiança que se lhe der deve medir-se pelo interesse que ele tem de dizer ou não a verdade. Isto será uma passagem considerada na aplicação empírica deste estudo.

Talvez a colaboração do corréu permita a punição de delitos graves em sociedade. Talvez o sistema de delação premiada permita que se aproxime da verdade material sobre determinados crimes, porém não há certeza de que tais objetivos se cumpram, enquanto surge a inexorável certeza de que o sistema em que é incentivada a ação do acusado, em apoio ao Judiciário, produz quebra às garantias constitucionais importantes.

Destarte, o atual ordenamento jurídico brasileiro, guiado por certo discurso político do crime, produz um cenário próprio, não só aos olhos de juristas renomados, de ineficiência e simbolismo. Ao passar dos anos foi sendo produzida

uma enxurrada de leis que tratam das mais diversas e, ao mesmo tempo, banais hipóteses de delitos, avançando o poder punitivo do Estado sobre as liberdades individuais, uma espécie de *Direito Penal Promocional*.<sup>[1]</sup> De certa forma, surgem leis que nada têm a ver com as estruturas democráticas, forjadas pelo sofrimento de milhares de pessoas, que entregaram suas vidas em salvar o homem do mito da necessidade e eficácia da abusiva intervenção estatal.

Nessa esteira de banalização das leis e imoralidade das normas jurídicas, tem-se a delação premiada, com uma 'pseudoperfeição' na promessa de maior punição em troca da renúncia pela sociedade de parte de seus direitos, trazendo para uma análise social o verdadeiro dilema ético.

Mais do que um elemento de desintegração social, a delação – e, por conseguinte vulgar, a traição – é, sob a perspectiva da ética, um desvalor, algo que contraria sua essência à concepção de vida moral fundada na dignidade da pessoa humana. Neste sentido, são as palavras do mestre Alberto Silva Franco (1992, p. 221):

*“Dá-se o prêmio punitivo por uma cooperação eficaz com a autoridade, pouco importando o móvel real do colaborador, de quem não se exige nenhuma postura moral, mas antes, uma atitude eticamente condenável. Na equação “custo-benefício”, só se valora as vantagens que possam advir para o Estado com a cessação da atividade criminosa ou com a captura de outros delinquentes, e não se atribui relevância alguma aos reflexos que o custo possa representar a todo o sistema legal enquanto construído com base na dignidade da pessoa humana”.*

Gustav Radbruch (2004) diz que o direito e a moral, no conteúdo de suas exigências, correspondem em parte e casualmente. A relação entre ambos, dos domínios de normas, reside muito mais no fato de que na moral, por um lado, é fim do direito, e por outro, e exatamente por isso, é fundamental de sua validade obrigatória.

Percebe-se, então, que delação premiada é, de maneira simples e didática, uma espécie de perfídia, e, fazer apologia a qualquer tipo de perfídia, tornar-se-á um atentado aos objetivos expostos no preâmbulo de nossa Constituição Federal, ou seja, um atentado ao Estado Democrático de Direito, onde consolidam-se a fraternidade, harmonia social, justiça, segurança e bem-estar.

Uma prova irrefutável dessa infeliz ligação entre delação e espírito antidemocrático reside, por questões exemplares, nos acontecimentos no tempo da Alemanha Nazista, quando os alemães recebiam, diariamente, em torno de 2 a 3 mil delações, em sua maioria destinadas a expor a origem judaica de compatriotas



e os hábitos, considerados pelo nazistas, subversivos dos indivíduos socialmente indesejáveis.

Partindo desse exposto, destacam-se os pensamentos de Kant e Bobbio. Kant dizia que outro é um de nós mesmos em sentido inverso, e que toda e qualquer aproximação somente seria possível mediante os laços de confiança. Talvez isso soe demasiadamente idealista, entretanto, esta deve ser vista não como mero presságio de fantasias criadas em sonhos, mas, consonantes. Bobbio complementou, a isto, dizendo que o verdadeiro entusiasmo refere-se sempre ao que é ideal, ao que é puramente moral e não pode residir no interesse individual. Ou seja, em resumo, tem-se que entender que a confiança transcende a esfera das relações particulares e chega a abarcar todo o corpo social e, como consequência, chegando ao interesse público.

Vive-se, hoje, uma sociedade temerosa, uma sociedade de desconfiança, uma sociedade do ganha-perde, uma sociedade na qual a vida em comum é um jogo cujo resultado é nulo, ou até negativo - a depender do ponto de vista - ("se tu ganhas, eu perco"), uma sociedade propícia à luta de classes, à inveja social, ao fechamento, à agressividade da vigilância mútua.

Consoante a isso, fica evidente que um instituto, como o da delação premiada, traz à tona uma pergunta: delação premiada é mecanismo para dismantelar organizações criminosas ou é um instituto para satisfação de interesses escusos da política? Uma pergunta de fácil resposta. É só olhar o cenário e ver o que existe: são organizações dismanteladas ou pessoas livres e sorridentes após recebem o benefício do tal paraquedas dourado[2]?

Diante disso, parece tão claro o ataque que tal instituto oferece aos princípios fundamentais sobre os quais se estrutura o Estado Democrático de Direito. Porém, o descontrole produzido por uma crescente espiral criminosas em conjunto com o aumento da irracionalidade social que, inclusive, contagia operadores do direito faz que seja adotada uma espécie bizarra do direito. Uma espécie simbólica misturada com promocional, ou seja, 'atender' aos clamores da opinião pública e aos desejos espúrios e escusos da política.

Ao analisar a Lei 12.850/13, que dispõe - em seus dispositivos - sobre delação premiada, não obstante ao parágrafo anterior, constata-se, hoje, uma zona cinzenta e uma prática deteriorante e obscura que se estende por todo o processo penal.

*"(...) Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, **conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos** daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:*



*I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;*

*II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (...)"*

De fato, é inegável que o agir jurídico pressupõe fins, metas e necessidades interiores e exteriores distintos do agir moral. Mas, sob o ponto de vista do delator, ainda que este agisse convicto da moralidade – como se assim espera - de seu comportamento e denunciasse seus parceiros, violaria uma das premissas do imperativo categórico de Kant – fazer porque deve ser feito e não fazer por inclinação de desejos -, visto que através de sua conduta não resguardaria a dignidade humana, de maneira que estaria usando-a com a finalidade de angariar sua liberdade.

Percebe-se aí, não mais um expediente capaz de colaborar com os procedimentos processuais, mas uma fragilidade e uma debilidade estatal. Mostra a incapacidade que o Estado tem de prover segurança. Exterioriza a contradição que o instituto traz, ou seja, um instituto que deveria trazer garantia jurídica e procedimental, mas que acaba por ser considerado, como resultado, por favorecer a anomia e a promoção de incerteza e insegurança jurídica, na proporção que chancela os benefícios do paraquedas dourado[3] ao criminoso confesso.

Ainda nessa esteira, a Lei 12.850/13, em seu artigo 4º, ressalta:

*"(...) § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, **poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial (...)"***

Evidencia-se, então, que a estrutura processual brasileira se direciona a passos largos para o caótico desenho, tal como fora dito por Cesare Beccaria (Edipro, Reedição 2017), de um sistema em que às pessoas processadas não resta alternativa a dizer o que o acusador quer ouvir, sendo verdade ou não, mas o que o acusador quer ouvir, em troca de um possível abrandamento de seu crime, uma espécie de acusação secreta misturada com interrogatórios sugestivos e pitadas de tortura psicológica. Triste é o Estado que, de forma desorientada e sem princípios estáveis, tenta escapar, de suas ameaças que o perturbam, de forma a perturbar, para garantir a tranquilidade pública, a de cada cidadão, arrancando do homem fraco e de moral debilitada uma confissão pela qual ele se livrará da dor presente, mas que atenderá aos anseios e desejos políticos que viciaram o processo jurídico e, mais triste ainda, é o Estado que procura fazer nascer a verdade pelos tormentos

(benesses da delação premiada), como se essa verdade residisse nas veias e fibras de uma moral desestruturada de um delator, que encontra na luz legal do fim do túnel, a oportunidade de seguir livre e, ao mesmo tempo, atender ao desejo do magistrado em 'achar' um culpado.

Em algumas sentenças, em que houve delação premiada, Franz Kafka ficaria, de certo modo, feliz em ver sua obra 'O Processo[4]' ser aplicada de maneira tão exemplar, obra está onde - nas mais fantasiosas imaginações para uma ficção-, um indivíduo, Josef K[5]. - um respeitável funcionário de um banco -, é acordado por oficiais, recebe voz de prisão e, ao longo da história, condenado por um crime não especificado e se vê obrigado a defender-se contra uma acusação que nunca lhe é formalmente apresentada e sobre a qual ele não consegue obter informações.

Notam-se, de alguns casos, as evidentes falhas e tentativas do magistrado/jugador em 'achar' algo que possa justificar e/ou embasar suas fundamentações eivadas de vício e estranheza. Percebe-se, então, que em algumas sentenças não são mais um procedimento do Estado punidor, mas, sim, de um Estado que, para livrar-se do que o assombra, põe a cabeça, do acusado, a prêmio. Cesare Beccaria dizia que *"pôr a cabeça a prêmio de um cidadão anula todas as ideias de moral e de virtude, estas, tão fracas e abaladas no espírito humano"*. Ou seja, de um lado, as leis punem a traição, de outro, autorizam-na. É apertar, com a mesma mão, os laços de sangue e amizade, fazendo entrar em uma total contradição. É confirmar, sem qualquer dúvida, que a perfídia, em utilizar o instituto da delação premiada como provas, torna qualquer processo um anômalo jurídico. Pois, elemento Informativo e provas são institutos bem diferentes, conforme distinção feita pelo o art. 155 do CPP.

A palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra (exceção: provas cautelares, não repetíveis e antecipadas), no curso do processo judicial, e por conseguinte, com a necessária participação dialética entre as partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, não havendo contraditório, não lhe caberá a designação de provas.

Por outro lado, elementos informativos são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Dito de outro modo, em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento, ainda não há falar em acusados em geral, na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Portanto, não podem ser base, exclusiva, de fundamentação de sentença condenatória, mas que, por sua vez, podem ser utilizadas de maneira subsidiária, como pode ser observado no CPP:

*“(...) Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (...)”*

Identificar o raciocínio de algumas sentenças, com fora dito, requer uma análise que se desprenda de qualquer elemento que tenha fundamentação legal. Porém, observa-se a subjetividade e consciência e/ou inconsciência de um juiz em uma sentença. Pois, fundamentar uma sentença condenatória baseando-se em atos que não são ilícitos comprovadamente, como manda a lei, é mostrar uma espécie de Direito Penal do Autor, em que o sujeito não é julgado pelo que fez, mas pelo que é, ou pelo que parece ser aos olhos do julgador.

Em um Estado Democrático de Direito, sobretudo em um sistema acusatório, muito bem estabelecido no ordenamento jurídico que, a saber, ainda está em vigor, provas que sustentam uma condenação devem passar pelo crivo do contraditório em seu sentido - mais que jurídico - semântico para que se tornem e se qualifiquem como provas. Ou seja, como fora dito, fora deste rito, serão meras informações.

O manejo e os conceitos que fundamentam alguns processos, levaram, levam e levarão o direito à deriva, como um naufrago e, consigo, o barco do Estado Democrático de Direito. Nessa prisma, o fim, portanto, já se é esperado e sabido, onde o mais forte sempre ganha, assim como na fábula de *La Fontaine*[6], O Lobo e o Cordeiro:

*“Um cordeiro estava bebendo água num riacho. O terreno era inclinado e por isso havia uma correnteza forte. Quando ele levantou a cabeça, avistou um lobo, também bebendo da água.*

*- Como é que você tem a coragem de sujar a água que eu bebo - disse o lobo, que estava alguns dias sem comer e procurava algum animal apetitoso para matar a fome.*

*- Senhor - respondeu o cordeiro - não precisa ficar com raiva porque eu não estou sujando nada. Bebo aqui, uns vinte passos mais abaixo, é impossível acontecer o que o senhor está*

*falando.*

*- Você agita a água - continuou o lobo ameaçador - e sei que você andou falando mal de mim no ano passado.*

*- Não pode - respondeu o cordeiro - no ano passado eu ainda não tinha nascido. O lobo pensou um pouco e disse:*

*- Se não foi você foi seu irmão, o que dá no mesmo.*

*- Eu não tenho irmão - disse o cordeiro - sou filho único.*

*- Alguém que você conhece, algum outro cordeiro, um pastor ou um dos cães que cuidam do rebanho, e é preciso que eu me vingue. Então ali, dentro do riacho, no fundo da floresta, o lobo saltou sobre o cordeiro, agarrou-o com os dentes e o levou para comer num lugar mais sossegado.'*

E, no entanto, há ainda quem julgue pela 'possível' capacidade de revolta do suposto cordeiro.

Estabelece-se, então, da maneira que muitos processos são postos, uma nova 'era'. Já se teve a idade antiga, idade média, idade moderna e, agora, idade midiática, ou seja, é a transição de um Estado Democrático de Direito para um Estado midiático penal. Isto porque, nesta 'era', tudo – ou quase tudo – pode (de maneira simultânea) ser ou não ser. O que hoje é, outrora não é mais; o que fora dito, hoje não mais.

O problema, porém, é que, quando isso acontece, o direito cede espaço ao judiciário midiático, onde o julgador é o protagonista de uma trama onde coisas reais são julgadas. Onde este julgador desprende-se das amarras legais que fundamentariam suas decisões para alicerçar seus fundamentos em jornais ou televisões.

Por todos, cita-se, como exemplo, o juiz da sentença do "Caso Lula", quando este, em um episódio grotesco diz: "(...) saíram denúncias na Folha de São Paulo e no Jornal O Globo que (...)". E, neste momento, Lula retruca: "Dr., não me julgue por notícias, mas por provas (...)". Seria cômico, caso não fosse trágico. Fica evidente, com isto, o que Kierkegaard[7] quis dizer com "existencialismo autêntico", pois é possível que um julgador se torne um julgador avestruz, ou seja, um julgador que enfia a cabeça num buraco para não tomar conhecimento da realidade e não enfrentar a opinião pública, devido ser sua fonte de conhecimento e acaba não vivendo como si mesmo, mas como a mídia determina que ele viva. Acaba por preferir o ordenamento jurídico aos interesses escusos.

## **5 – CONCLUSÃO**

De forma geral, a utilização dos construtos de concepções de Delação Premiada, de Sentença e de Processo Penal possibilitaram uma compreensão mais sistematizada da delação premiada e da sentença.

Pode-se constatar que certeza de condenações são mero exaurimento. Porém, a dúvida reside, apenas, em tomar conhecimento das razões que levariam tal condenação. Depois de tomadas, percebe-se, em alguns casos, que o magistrado transcende o que se exprime do artigo 155 do Código Processual Penal, onde o juiz tem que formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão, exclusivamente,

nos elementos de informação colhidos na fase pré-processual, salvos as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Consoante, o manejo e os conceitos que são utilizados nas sentenças são eivados de convicções particulares e presunções que em nada consubstanciam-se em provas. Um raciocínio condenatório apoiado na exceção, como se o direito pátrio fosse substituído pelo direito estrangeiro traduzindo-se na mais imperfeita interpretação dos conceitos penais.

Não distante, evidencia-se que a não inclinação aos preceitos legais não é um fenômeno social, político e econômico é, também, jurídico. Um mal que permeia por todas as camadas das estruturas e instituições democráticas, dificultando o desenvolvimento e expondo a fragilidade estatal, não vislumbrando-se um entendimento na base fática, mas uma base irrazoável de conclusões jurídicas e ordenações baseadas em elementos informativos, uma espécie de 'diversionismo'.

Não obstante a isso, a impressão que a algumas sentenças passam-nos é de que parece não estar preocupada com a legitimidade, nem propriamente com a correção jurídica, mas, sim, com preocupação de efetivar o que já se especulava, o que já se transmitia pela mídia condenatória, o que já se era acordado em interesses escusos e espúrios.

Por fim, é importante sublinhar que, embora o estudo contemple um tema específico, ele permitiu colocar à prova os construtos de concepções de Delação Premiada, de Sentença e de Processo Penal, demonstrando como estes são utilizados nas trilhas condenatórias que, de certa forma, inovam o cenário jurídico, no que se trata de utilização de elementos informativos para uma condenação, sendo esta eivada de vícios ou não, restando-se, assim, apenas a impressão que o magistrado tinha uma causa a ganhar, pois como fora dito, nada de diferente de uma condenação já era esperado, pois, tudo, já está aparentemente orquestrado e sistematicamente estabelecido, seja pelo judiciário e/ou seja pela mídia.

## **6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Editora Edipro, 2013.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**, volume único. São Paulo: Editora JusPodivm, 2017.

CAQUETTI, Ana (org.). **Vade Mecum Juspodivm**. 4º Edição. Bahia: Editora Juspodivm, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. São Paulo: Editora Vozes, 2014.



FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Volume único. São Paulo: Editora Millennium, 2009.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Editora L&M Pocket, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, volume único. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MADEIRA, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. 3º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2016.

NOVAES, Adauto. **Muito Além do Espetáculo**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Coimbra, 2004.

SANCHES, Rogério. **Manual do Direito Penal Parte Especial**. volume único. São Paulo: Editora JusPodivm, 2017.

SANCHES, Rogério. **Manual do Direito Penal Parte Geral**. volume único. São Paulo: Editora JusPodivm, 2017.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. Volume único. São Paulo: Editora Coimbra, 1992.

NOTAS:

[1] SANCHES, Rogério. Manual do Direito Penal Livro 1. São Paulo: Juspodivm, 2017

[2] Um termo criado por Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa e Philipe Benoni Melo e Silva que faz, de forma metafórica, menção às regras contratuais da delação premiada.

[3] Um termo criado por Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa e Philipe Benoni Melo e Silva que faz, de forma metafórica, menção às regras contratuais da delação premiada.

[4] Obra literária de Franz Kafka de 1920 publicada em 1925.

[5] Idem, personagem fictício criado por Franz Kafka

[6] Jean de La Fontaine (1621 – 1695), escritor francês de poesias e fábulas.

[7] Søren Kierkegaard (1813 – 1855), filósofo dinamarquês.



## **AS PENAS ALTERNATIVAS COMO MEIO DE RESSOCIALIZAÇÃO.**

**MÁRCIA CARVALHO DE LACERDA PAOLIELLO**,  
o autor: Bacharel em Direito pela Pontifícia  
Universidade Católica De Minas Gerais e Pós-  
Graduação em várias áreas do Direito pela  
Universidade Cândido Mendes

**RESUMO:**A presente pesquisa tem por objetivo oferecer proposta de solução através das penas alternativas na ressocialização do apenado, evidenciando que a aplicação dessas penas são mais eficazes do que as penas privativas de liberdades. As penas alternativas permitem que os condenados cumpram a pena junto ao seio social, enquanto as privativas de liberdade, além de retirar o infrator do convívio familiar e social, resultam na violação dos direitos humanos, em razão das condições subumanas oferecidas nas penitenciárias. Sua execução é mais célere, pois refere-se a crimes de menor potencial ofensivo e a infratores que não representam perigo à sociedade. A pena alternativa não lança e esquece o apenado no cárcere e evita que o condenado sofra o estigma de criminoso, permitindo que tenha uma vida normal após o cumprimento dessas. As penas reclusivas não têm atingido o caráter reeducativo ao qual se destinam, ao contrário, tem-se percebido que os condenados com essas, acabam se tornando reincidentes. O surgimento das penas alternativas foi um grande avanço na legislação penal brasileira, e sua aplicação tem demonstrado que a pena reclusiva há muito tempo, em nada tem contribuído para trazer o preso de volta ao convívio harmônico em sociedade, ao mesmo tempo, que comprova que ainda é possível sonhar-se com a reabilitação do apenado. As penas alternativas, ao sancionar os criminosos sem isolá-los socialmente, tornam-se mais eficazes do que as privativas de liberdade, isto porque a última determina a perda da liberdade e da igualdade, que derivam da dignidade humana. Por conseguinte, a perda dos direitos fundamentais de liberdade representa a degradação da pessoa humana, assim como a tortura e o tratamento desumano, expressamente proibidos da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Penas alternativas. Ressocialização. Social.

---

### **Introdução**

O presente artigo científico tem a finalidade de ofertar uma proposta de solução para o que se tornou conhecido como penas privativas de liberdade ao propor em seu lugar; a aplicação das penas alternativas cujo objetivo é a ressocialização do apenado.

A Lei 9.714/98, que alterou a redação dos artigos 43, 44, 45, 55 e 77 do Código Penal, foi editada com o objetivo precípuo de reduzir a superlotação carcerária, tendo em vista a falência do sistema penitenciário brasileiro, além disso, a nova lei é um reflexo da tendência descriminalizante e despenalizante do moderno direito penal brasileiro, vanguardada pela Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

A reforma do Código Penal feita pela Lei 7.209/84 trouxe grande inovação em relação ao Código Penal de 1940, uma vez que incluía como espécies de pena as restritivas de direitos, verdadeiras alternativas à prisão, sendo elas, a prestação de serviço à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

Embora timidamente, a Lei 7.209/84, reconhecendo a perniciosidade das prisões de curta duração, previra a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nas condenações inferiores a 01 (um) ano, em se tratando de crimes dolosos e nos crimes culposos.

Com o advento da Lei dos Juizados Especiais, a moderna orientação político-criminal brasileira foi mais além ao entender que para os delitos considerados de pequeno potencial ofensivo[1] não se justificava sequer a instauração da *persecutio criminis*, devendo ser aplicados os institutos despenalizadores e descarcerizadores da composição dos danos, da representação nos crimes de lesão simples ou culposa e da transação penal. Por seu turno, o prosseguimento da ação penal poderia ser suspenso para os delitos de média gravidade, mediante o oferecimento da proposta da suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os requisitos de caráter subjetivo e objetivo.

A Lei 9.099/95 foi revolucionária, pois introduziu um novo modelo de justiça penal, chamado consensual. Adotou o princípio de discricionariedade regrada e, por meio dele, o Ministério Público, nas hipóteses elencadas na lei, poderia dispor da persecução criminal para propor a aplicação de alguma medida alternativa.

Mas foi a Lei 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas) que modificou de maneira sobrepujante o sistema jurídico-penal ao determinar aplicação de penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade “não superior a 04 (quatro) anos e se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”. (Artigo 44, inciso I).

As Penas alternativas são as penas restritivas de direitos, e essas estão inseridas nos artigos 43 a 48 do Código Penal Brasileiro, Lei 9714/98. Podem substituir as penas privativas de liberdade, quando presentes os requisitos subjetivos, que se referem à conduta do indivíduo, e requisitos objetivos, que refere-se à forma que o delito foi praticado.

Por intermédio da chamada Lei das Penas Alternativas, finalmente o legislador reconheceu que a prisão, notadamente nos moldes adotados no Brasil, há muito não vem cumprindo sua função ressocializadora, ao contrário, tem se tornado uma verdadeira escola do crime, onde os que ali ingressam dificilmente conseguem retornar à sociedade e com ela retornar ao convívio harmônico.

Ao contrário das penas reclusivas, as penas alternativas possibilitam que o apenado seja punido pela sua conduta ilícita, sem que para isso tenha que deixar sua família, seu trabalho ou sua vida normal.

Essas penas destinam-se aos infratores de menor potencial ofensivo, que não representam perigo social, por isso sua execução é mais rápida, e consente que ela própria – a sociedade – fiscalize o cumprimento da pena. Por ser mais célere, é possível que o magistrado reserve maior tempo para resolver os crimes de maior complexidade.

O objetivo das penas alternativas não é promover a ilicitude, por transparecer a impunidade, pelo contrário, é fazer à verdadeira ressocialização, tirando o criminoso do mundo marginal e inserindo-o de volta ao meio social, sem, contudo, representar ou trazer qualquer perigo à sociedade.

Para desenvolvimento do presente artigo científico, utilizou-se obras jurídicas de alguns dos mais renomados constitucionalistas brasileiros, como por exemplo, MORAES (1998); e também os ilustres penalistas BECCARIA (2005); GOMES (1999) e JESUS (2000) e (2001) devido à interação que há entre o Direito Constitucional Brasileiro e o Direito Penal.

### **Desenvolvimento**

Desde os tempos mais remotos da História da humanidade até a Antiguidade (4000. A 3.500 A.C.), a pena de morte foi a pena aplicada por excelência. Acreditava-se que além de servir para castigar o infrator, a pena capital (pena de morte) servia também para intimidar àqueles que ainda não haviam enveredado pelo caminho do crime, desestimulando-os a ingressar nessa alameda.

A História conheceu inúmeras outras penas, cuja característica principal era a barbárie e a crueldade com que eram aplicadas, sempre infligindo um grande sofrimento ao condenado, tal como as penas de galés, as torturas, os açoites, os trabalhos forçados, o banimento, etc. Todas essas penas tinham um único objetivo – castigar o criminoso e intimidar o que ainda não praticou nenhum delito.

No entanto, foi a partir do Iluminismo (Século XVIII), com a proliferação das ideias de democracia, liberdade e a dignidade humana que as penas corporais passaram a perder espaço para a pena privativa de liberdade.

Com o fim do absolutismo (por volta de 1788, quando a Burguesia ascendeu ao Poder), o indivíduo passou a ganhar uma importância dantes desconhecida, era agora detentor de direitos e liberdade frente ao Estado.

A partir da Revolução Francesa, (que teve início no dia 14 de julho de 1789, com a Queda da Bastilha) e o Surgimento do Estado Liberal, a pena privativa de liberdade foi positivamente transformada, pois nos mais diversos ordenamentos jurídicos foram inseridas normas que privilegiam a dignidade humana.

Percebendo a danosidade que a prisão causava ao indivíduo, marcada pelas condições subumanas e cruéis conferidas aos encarcerados, os reformistas da segunda metade do século

XVIII, inspirados pelos ideais iluministas e humanistas, propuseram a humanização e a racionalização da pena privativa de liberdade, especialmente através de mudança da então arbitrária legislação penal, típica do Estado Absolutista.

Ao mesmo tempo em que reconheceu os frutos advindos do século das luzes, BECCARIA (2005) criticou o fato de poucos terem se dedicado a examinar e a combater “a crueldade das penas e as irregularidades dos procedimentos criminais”<sup>2</sup> que tantas atrocidades, tormentos e horrores trouxeram aos aprisionados.

Assim, BECCARIA (2005) propõe um fundamento à justiça penal: um fim utilitário e político, sempre limitado pela lei moral. Criou princípios que até hoje utilizamos, dentre eles podemos destacar os seguintes:

“- As penas não devem atingir alguns direitos dos cidadãos como as penas de morte

cruéis.

- Só as leis podem fixar as penas.

- As leis devem ser conhecidas pelo povo e por este obedecidas.

- A prisão preventiva só se justifica quando houver prova do crime e de sua autoria.

- Devem ser admitidas em juízo todas as provas, inclusive o depoimento do

acusado, que era considerado morto.

- Não se justificam as penas que ultrapassem a pessoa do condenado.

- Não se deve permitir a tortura para o interrogatório.

- A pena deve ter duas finalidades: intimidar o cidadão e recuperar o delinqüente”. (BECCARIA: 2005, P.55).

Verifica-se que tais princípios são utilizados inclusive no nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, a pena privativa de liberdade também falhou em seus propósitos, mostrando-se insuficiente para ressocializar o infrator. A prisão tornou-se campo fértil para a promiscuidade entre os presos, para corrupção da administração prisional, para o surgimento de organizações criminosas, para a reincidência, enfim, para despertar o que há de pior no ser humano, e que talvez jamais conheceríamos se não fossem as prisões.

Mas a história da pena de prisão nada mais é do que a história da miséria humana, pois ambas crescem de forma proporcional. À medida que aumenta a desigualdade socioeconômica, a fome, a pobreza, o desemprego, a miséria, cresce a criminalidade, a reincidência, surgem organizações criminosas que formam verdadeiros poderes paralelos aos do Estado.

Nesse ambiente de crise da pena privativa de liberdade e, diante da absoluta incompetência do Estado para implantar uma política penitenciária a contento, passou-se a estudar métodos alternativos às penas de curta duração, os quais seriam destinados aos criminosos primários e não habituais, bem como para os delitos de menor gravidade.

O Brasil, influenciado por esse novo modo de pensar a prisão, em 1924, adotou a suspensão condicional da pena em nossa legislação, com o franco intuito de evitar o encarceramento para os condenados a penas privativas de curta duração.

O *sursis* representou um grande avanço naquela época, uma vez que o Brasil era adepto da pena de morte, bem como das penas direcionadas ao corpo do infrator, sendo elas violentas e cruéis.

Em 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império, que individualizava a pena, previa atenuantes e agravantes e o julgamento especial para os menores de 14 anos. A pena de morte era aceita com o intuito de coibir a prática de crimes pelos escravos.

Em outubro de 1890 foi editado o Código Penal que aboliu a pena de morte e instituiu a prisão com o fim de correção do delinqüente. Embora cheio de inovações, principalmente por ter proibido a pena de morte, o Código Penal de 1890, por ser mal sistematizado, sofreu diversas alterações, acabando por gerar diversas leis que tinham por fim corrigir os erros ali encontrados, sendo posteriormente reunidas na Consolidação de Leis Penais (Dec. 22.213/32).

Hoje vigora o Código Penal de 1940, que entrou em vigência em 1942, e que tem por base o projeto de Alcântara Machado. Ele segue um pensamento eclético, estribando-se principalmente nos Códigos italianos e suíços, sofrendo diversas alterações até os dias atuais, onde encontramos forte influência do Direito alemão.

Em 1980, o Chefe do Executivo determinou a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940. Houve, assim, várias alterações, como por exemplo: criação das penas alternativas; distinção entre o erro de tipo e erro de proibição; aplicação de penas mais elevadas nos crimes continuados.

A Lei 7.209/84, responsável pela Reforma do Código Penal Brasileiro de 1940, inseriu as penas alternativas de prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos, denominando-as como espécies de penas restritivas de direitos.

Seguindo a moderna tendência da intervenção mínima do direito penal, foi editada a Lei 9.099/95, responsável pela instauração do modelo de justiça penal consensual em nosso ordenamento jurídico, criando institutos de caráter descriminalizador e despenalizador, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

A Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, instituiu modalidades de penas restritivas de direitos (ou melhor, de penas alternativas), autônomas e substitutivas da privativa de liberdade, algumas das quais não foram previstas ou foram vetadas pela posterior Lei 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas), sendo elas: a) suspensão parcial ou total de atividades (art., 8º, III); b) recolhimento domiciliar (art. 8º, V); c) proibição de contratar com o Poder Público (art. 10); d) proibição de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios (art. 10); e) proibição de participar de licitações (art. 10).

Com a edição da lei 9.714/98, o Código Penal sofreu profundas transformações em sua Parte Geral. Novas modalidades de penas alternativas foram instituídas (prestação pecuniária e perda de bens e valores) e buscou-se aperfeiçoar as já existentes (prestação de serviço à comunidade, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos).

As penas alternativas vêm ganhando espaço em decorrência do desalento provocado pelo fracasso da pena privativa de liberdade e pela firme convicção de que a prisão não é capaz de ressocializar, ao contrário, possui o efeito de transformar o delinquente não habitual em reincidente contumaz e tornar o recluso perigoso em Príncipe das Trevas.

Além do mais, para o Estado, unindo o útil ao agradável, a aplicação das penas alternativas, além de amenizar o problema da superlotação carcerária,



diminui o valor das verbas – já tão minguadas – destinadas à implantação de uma adequada política penitenciária.

Há uma diferença conceitual entre as penas e medidas alternativas, apesar desses termos estarem sendo utilizados de forma indistinta na doutrina geral. Não obstante, ambos se caracterizam por possuírem a mesma finalidade, qual seja, evitar a prisão.

As medidas alternativas, também chamadas de substitutivos penais, não são consideradas penas, uma vez que podem ser aplicadas independentemente da existência de uma sentença transitada em julgado, como é o caso da suspensão condicional do processo, da transação penal e até mesmo do *sursis* (pois aqui a execução da pena é suspensa).

As penas alternativas, por sua vez, são aplicadas como consequência de uma sentença criminal transitada em julgado, onde foram observados todos os princípios constitucionais (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, etc).

A substancial diferença entre penas e medidas alternativas, conforme Damásio Evangelista de Jesus (2000) reside no fato de que:

“aquelas são sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviço à comunidade e as interdições temporárias de direitos (são penas distintas). Estas, por sua vez, são instrumentos que visam impedir que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada ou executada uma pena privativa de liberdade. Ambas, entretanto, pertencem ao gênero alternativas penais”. (GOMES, 1999, P 23.)

Importante ainda lembrar que as penas previstas pela Lei 9.714/98 não têm a mesma função substitutiva em outras leis como, por exemplo, na Lei 9.503/98, onde a pena de suspensão de dirigir veículo é de caráter principal, devendo ser aplicada de modo cumulativo com a privativa de liberdade e não em substituição a esta. Assim, podemos seguramente dizer que nem toda pena alternativa é substitutiva da privativa de liberdade.

Embora o termo penas alternativas possa não ser o mais correto, o fato é que as penas previstas na Lei 9.714/98, de caráter substitutivo, são alternativas à pena de prisão.

A aplicação da pena alternativa permite que o condenado exerça ocupação lícita, aprendizado, lazer e ao mesmo tempo, esteja em contato com pessoas estranhas à marginalidade, afeita às condutas e normas de cidadania, o que protege

o apenado da contínua e isolada convivência com marginais de todas as espécies, fato que por si só, desvaloriza sua imagem.

A prestação de serviço à comunidade é um exemplo de evolução do direito penal moderno, porque, ao mesmo tempo em que pune a transgressão cometida, valoriza o condenado, dando-lhe oportunidade de por meio do trabalho, demonstrar suas aptidões profissionais e artísticas, as quais serão, certamente, aproveitadas após o cumprimento da pena, retirando da senda do crime o infrator, e induzindo-o ao exercício consciente da cidadania.

As penas alternativas demonstram que as reclusivas de liberdades faliram como instrumento de ressocialização, não alcançando os objetivos da política criminal.

Além dos benefícios que as penas alternativas propiciam ao apenado, não lhes privando a liberdade, encarcerando-os numa jaula, como se animais fossem, também são altamente benéficas para o Estado, já que a prisão é elevadamente dispendiosa para a sociedade, sendo o custo de um apenado maior do que o de um estudante universitário. Lembrando que o estudante universitário ao terminar seus estudos fará bem à sociedade, enquanto o preso, que transformamos em criminosos perigosos e revoltados, com toda a certeza ao retornarem ao convívio social, não estarão dispostos a fazer boas ações, e sim buscarão a vingança dos que acredita que são responsáveis por seu confinamento.

Em contrapartida, as penas alternativas permitem que o condenado cumpra a sua pena junto à família e ao emprego, eliminando a contaminação carcerária, diminuindo a superpopulação prisional e suprimindo a contradição entre segurança e reeducação.

A possibilidade de o condenado cumprir sua pena, sem que essa o obrigue a deixar o vínculo familiar e sem interferir no seu trabalho secular, permite que esse se conscientize da conduta ilícita praticada, evitando que o condenado incorra novamente em condutas reprovadoras.

As penas alternativas, por serem restritivas de direitos, impedem que os condenados sejam lançados no cárcere, onde as condições são sub-humanas, o que culmina na criação de milhares de criminosos e profissionais do crime, resultando em organizações criminosas, e que ao saírem do confinamento amedrontarão a sociedade, e ainda pior, perseguirão os que creem que foram responsáveis pela sua estadia no *Hades*.

A realidade carcerária no Brasil transmite a ideia de que propiciar medo ao criminoso condenado com pena reclusiva, (medo de novamente sofrer maus tratos recebidos, pela sujeira

que tem a sua volta, pelo medo de outros reclusos, pela distância dos familiares e principalmente pela exclusão social, eis que aquele que um dia ficou recluso, após o cumprimento da pena jamais deixará de ser ex-presos, ainda que comprovada sua inocência), o

intimidar, e assim, ele não mais voltará a delinquir, temendo retornar ao sistema penitenciário. Quando na verdade o criminoso enquanto está cumprindo pena, deveria descobrir que os valores sociais podem ser alcançados por ele, longe do sistema carcerário.

Está comprovado que lançar os apenados nos presídios, passando de humanos para seres irracionais, pela forma que são tratados, convivendo com sujeira, lixo, preconceito, medo, vergonha e etc, nada tem adiantado para reduzir a criminalidade, antes acabam sendo consumidos pelo ódio, resultando na onda de rebeliões, ataques, violências e etc, comandados

por presos de dentro de suas próprias celas.

A importância das penas alternativas está no caráter ressocializador que pode ser alcançado com sua aplicação, eis que os condenados simultaneamente ao cumprimento da pena estão sendo reintegrados ao meio social, pois não são obrigados a conviverem com marginais, e isso resulta em induzi-los ao exercício da plena cidadania, enquanto que os condenados com penas de prisão são retirados do convívio social e familiar, tão necessários e importantes para sua recuperação, limitando sua convivência com os profissionais do crime, o que culmina no aumento da ociosidade, gerando prejuízos imensuráveis aos recursos humanos e sociais, e ampliando as formas de criminalidade.

### **Conclusão**

As penas alternativas, ao sancionar os criminosos sem isolá-los socialmente, tornam se mais eficazes do que as privativas de liberdade, isto porque a última determina a perda da liberdade e da igualdade, que derivam da dignidade humana. Por conseguinte, a perda dos direitos fundamentais de liberdade representa a degradação da pessoa humana, assim como a tortura e o tratamento desumano, expressamente proibidos da Constituição Federal.

Decerto, as penas alternativas não a solução para o problema penitenciário, tampouco é essa a sua pretensão. Contudo, servem elas para mostrar que a prisão deverá ser destinada para os crimes de maior gravidade, e conseqüentemente, para os criminosos que ofereçam maior perigo à paz social.

Frise-se que não basta criar e instituir novas penas alternativas, em nosso ordenamento jurídico, é necessário, efetivá-las, de modo a não destiná-las ao inevitável fracasso, como tem ocorrido com as penas privativas de liberdade.

As penas alternativas não deixam no condenado o estigma de ex-presidiário, talvez o maior mal que o Estado possa causar a uma pessoa, pela marca indelével que essa qualidade deixa o que culmina em cerrar oportunidades em todos os setores sociais.

Assegurar, o Estado, integral respeito aos direitos humanos quando da estadia de qualquer pessoa na prisão, tornar-se-á primordial e indispensável a todo programa realmente comprometido com a igualdade entre os brasileiros, não só formal, mas, principalmente, material, o que de há muito se espera.

A Lei 9714/98 – Lei das Penas Alternativas traça novos rumos na aplicação da pena, proporcionando uma expectativa de equilíbrio entre a resposta estatal e a recuperação de criminosos que não representam perigo à sociedade.

Diante do exposto, concluiu-se que as penas alternativas por permitirem a rápida distribuição da justiça e economia processual contribuem para que os juízes possam se dedicar com mais disponibilidade de tempo à apreciação dos crimes de maior gravidade ao permitirem que a própria sociedade distribua e aplique a pena, eis que o condenado não deixará o convívio social para juntar-se a grande massa marginalizada.

## REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ed. CL Edijur, 2005.
- BRASIL, **Código Penal**. Comentários por Celso Delmanto. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2002.
- BRASIL, **Código Penal**. Organização por Sandra Julien Miranda. São Paulo: Ed. Rideel, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. 292p.
- GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) pensando a pesquisa jurídica. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- JESUS, Damásio Evangelista. **Leis das Contravenções Penais Anotadas**. 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas Alternativas: anotações à lei n. 9714/1998**. 2.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.
- JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. **Dos Direitos humanos do preso**. São Paulo: Ed. Lemos & Cruz, , 2005.
- MIRABETE, Júli Fabrini. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1998.

NOTA:

[1] 1 Lei 9.099/95. "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os delitos desta lei,

as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuada os

casos em que a lei preveja procedimento especial.

## A BOA-FÉ OBJETIVA E A TEORIA DO ROMPIMENTO DA BASE OBJETIVA DOS CONTRATOS NA PERSPECTIVA CONSUMERISTA.

**LISSA AGUIAR ANDRADE**, o autor: bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, advogada, aprovada no Concurso para Promotor de Justiça do Estado de Rondônia e para Promotor de Justiça do Estado do Piauí.

**Resumo:** A relevância do artigo “A boa-fé objetiva e a teoria do rompimento base objetiva do contrato na perspectiva consumerista” está em realizar um estudo sintético acerca dos principais pontos relativos à teoria da boa-fé objetiva e suas figuras parcelares, explanando seus fundamentos normativos e sociais, além da aplicação da teoria do rompimento da base objetiva dos contratos e suas diferenças em relação aos preceitos da teoria da imprevisão. A metodologia utilizada no artigo quanto à finalidade, trata-se da pesquisa aplicada; quanto à abordagem, pesquisa qualitativa; quanto ao tipo, pesquisa descritiva; quanto ao procedimento, pesquisa bibliográfica.

**Palavras-Chave:** Objective good faith. Disruption Theory Base Objective Contracts. Consumer law.

**Abstract:** The relevance of the article “Objective good faith and the objective basis theory of the contract in the consumerist perspective” lies in carrying out a synthetic study about the main points concerning the objective good faith theory and its partial figures, explaining its normative foundations and and the application of the objective basis theory of contracts and their differences from the precepts of the theory of unpredictability. The methodology used in the article regarding its purpose is applied research; as for the approach, qualitative research; as for the type, descriptive research; as for the procedure, bibliographic research.

**Keywords:** Objective good faith. Objective Base Break Theory of Contracts. Consumer law.

**Sumário:** Introdução. 1. Teoria da Boa-fé Objetiva. 1.1 Funções da Boa-fé objetiva. 1.2 Figuras parcelares da boa-fé objetiva. 2. Teoria do Rompimento da Base Objetiva dos Contratos. 2.1 Teoria da imprevisão. 2.2 Teoria do rompimento da base objetiva do contrato. Conclusão. Referências.

---

### Introdução

Os contratos celebrados têm como função proporcionar a circulação de bens e riquezas, e no momento de sua celebração nascem direitos e obrigações entre



aqueles que pactuam. A validade e a eficácia desta contratação dependem da observância de alguns princípios, tais como, boa-fé, autonomia da vontade, consensualismo, força obrigatória dos contratos, relatividade dos efeitos dos contratos. Vale lembrar que vários desses princípios são relativizados nas relações de consumo, em razão da vulnerabilidade dos consumidores.

A boa-fé objetiva envolve a exigência de conduta leal por parte dos contratantes. Portanto, eles devem observar os deveres que estão anexos à conduta de uma relação contratual. Tais deveres delimitam, por exemplo, qual deve ser o comportamento das partes: dever de cuidado em relação à outra parte negocial; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, equidade e boa razão.

A boa-fé e a função social dos contratos são ferramentas de que se dispõe o ordenamento jurídico para realizar a justiça contratual.

Nesse contexto, foram desenvolvidos diversos institutos ligados à boa-fé, dentre eles a "teoria do rompimento da base objetiva do contrato", em que, numa perspectiva de proteção aos consumidores, em suas relações essencialmente não paritárias, visa manter o equilíbrio das relações com base no que foi inicialmente contratado.

## **1. Teoria da Boa-fé Objetiva**

A boa fé objetiva tem por base um dos pilares do Código Civil (CC/02) que é a eticidade. A eticidade está relacionado a boa-fé e a probidade. Agora a lei fala que as partes deverão se comportar de boa-fé, sendo este um dever objetivo de conduta. Desse modo, a boa-fé passou a ser um padrão ético obrigatório de comportamento esperado por todos em sociedade, ou seja, é preciso que a conduta se exteriorize com tal padrão, não importando a real intenção do agente, mas sim como ele se comportou no caso concreto.

### *1.1 Funções da Boa-fé objetiva*

A boa fé se manifesta em três momentos (tríplice função da boa-fé objetiva):

1.1.1 Função interpretativa (art. 113 do CC/02): no plano hermenêutico da otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento ao ordenamento jurídico, o art. 113 do Código Civil dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. Apresenta-se assim como referencial interpretativo, pautado no paradigma da eticidade. O magistrado não apelará a uma interpretação literal do texto contratual, mas observará o sentido correspondente às convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida.

1.1.2 Função limitativa de condutas abusivas (art. 187 do CC/02): essa função considera abusiva a conduta que desvia ou excede às expectativas internas da outra parte. A partir dessa função, trabalha-se o conceito da Teoria dos atos próprios. Também serve de base à responsabilidade na fase pré-contratual e no caso da teoria do adimplemento substancial.

O art. 187 do CC/02 trata do abuso de direito, que é exercido conforme o padrão de comportamento da boa-fé. Através desse padrão, há um dever de colaboração obrigatório, de diligência para com os interesses do outro. Considera-se abusiva a conduta que desvia ou excede às expectativas da outra parte. Cumpre destacar que o CC/02 não aboliu a boa-fé subjetiva, apenas consagrou também a boa-fé objetiva. Em algumas circunstâncias, a boa-fé a ser investigada é a subjetiva, como por exemplo, o dolo (como vício de consentimento) no negócio jurídico (art. 145 do CC/02), o estado de perigo, a fraude contra credores e o estudo da posse.

1.1.3 Função interativa ou criadora de deveres anexos e laterais (art. 422 do CC/02): estabelece que as partes devem guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé. Aqui prosperam os deveres de proteção e cooperação com os interesses da outra parte (deveres anexos ou laterais), o que propicia a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e à pessoa da outra parte, estendendo-se às fases pré e pós contratual. Nesta função cumpre fazer menção à violação positiva do contrato. Tal conceito está relacionado ao inadimplemento do contrato em razão do descumprimento dos deveres anexos. Mesmo que a prestação em si tenha sido cumprida, com a violação de deveres anexos haverá o adimplemento insatisfatório, ofendendo deveres instrumentais diretamente vinculados à realização da prestação, sejam eles, deveres de proteção, colaboração ou informação.

## 1.2 Figuras parcelares da boa-fé objetiva

As figuras parcelares da boa-fé objetiva estão relacionadas a tipos específicos de atos abusivos que, embora reunidos ao redor da cláusula geral de boa-fé objetiva, possuem características próprias, particulares. A doutrina costuma enumerar seis figuras parcelares da boa-fé objetiva. Seriam elas: *supressio* e *surrectio*, *venire contra factum proprium*, *exceptio doli*, *duty to mitigate the loss* e *tu quoque*.

1.2.1 *Supressio*: a *supressio* é a situação do direito que deixou de ser exercitado em determinada circunstância e não mais possa sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé. Seria um retardamento desleal no exercício do direito que gerou na outra parte a ilusão de que o direito não seria exercido. Tal figura se aproxima da figura do *venire contra factum proprium*, pois ambas atuam como fatores de preservação da confiança alheia, mas dela se diferencia porque enquanto na *venire* a confiança em determinado comportamento é delimitada no cotejo com

a conduta antecedente, na *supressio* as expectativas são projetadas apenas pela injustificada inércia do titular por considerável decurso de tempo somada a indícios de que o direito não mais seria exercido. A *supressio* guarda semelhanças com a prescrição e decadência, mas enquanto nestas os critérios decisivos são o transcurso do tempo e a inatividade de seu titular, na *supressio* demanda-se confiança da contraparte, motivada pela inatividade do oponente a ponto de lhe trazer a expectativa de que nunca exercitará o direito.

Um exemplo citado pela doutrina é o art. 330 do Código Civil, que diz: "*O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato*".

1.2.2 *Surrectio*: na *surrectio*, por outro lado, o exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do convencionado ou do ordenamento implica nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro. O instituto da *supressio* e da *surrectio*, respectivamente, ocorre quando a ausência do exercício de um direito com o passar do tempo enseja a impossibilidade do seu exercício tardiamente, sob pena de desrespeito ao princípio da boa-fé, ao passo que, paralelamente, o exercício contínuo de determinados atos faz nascer um direito.

1.2.3 *Venire contra factum proprium*: corresponde a proibição de comportamento contraditório de um indivíduo na relação jurídica. Essa expressão pode ser traduzida literalmente como "agir contra fato próprio", e busca impedir a prática de um ato que contraria comportamento anterior do agente. O indivíduo pratica reiteradamente certa conduta, provocando no outro uma expectativa de que aquilo é o certo, e logo após assume comportamento contraditório ao anterior. Tem-se como base a confiança na conduta que se estabeleceu no tempo. São pressupostos: uma conduta inicial, a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta, um comportamento contraditório com este sentido objetivo e um dano ou potencial de dano a partir da contradição. Com efeito, cuida-se de dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro é contrariado pelo segundo.

Para Venosa (2013, p. 398) seria exemplo dessa figura parcelar o caso do locador de um imóvel que, todo mês, aceita receber o aluguel com 5 dias de atraso. Após meses, sem se opor a tal fato, resolve o locador mudar de conduta e passa a exigir a multa moratória do período. Ora, essa mudança repentina frustra a legítima expectativa do inquilino, já que durante meses o locador não se opôs (tolerou) o pagamento do aluguel com dias de atraso.

A figura do *estoppel* consiste na impossibilidade de as partes envolvidas em um litígio nas instâncias internacionais de direitos humanos alegarem ou negarem um fato ou direito, estando essa negação em desacordo com uma conduta

anteriormente adotada ou anuída. O princípio do estoppel funciona como espécie de preclusão e é fundado no brocardo do *venire contra factum proprium*. No âmbito do sistema interamericano convencionou-se que as exceções preliminares devem ser alegadas no âmbito do procedimento perante a comissão interamericana de direitos humanos, precluindo sua alegação pelos Estados quando o procedimento se encontra já em trâmite na corte interamericana.

1.2.4 *Exceptio doli*: trata-se da exceção de dolo, ou seja, não age com boa-fé aquele que atua no intuito não de preservar legítimos interesses, mas, sim, de prejudicar a parte contrária. Na linha da doutrina de Flávio Tartuce, *exceptio doli* "é conceituada como sendo a defesa do réu contra ações dolosas, contrárias a boa-fé". Explica o professor que uma de suas aplicações é verificada por meio da *exceptio non adimpleti contractus*, que, como é de conhecimento, impede que se exija o cumprimento da obrigação pela parte que não conferiu cumprimento ao que pactuou. Ou seja, a boa-fé objetiva não se observa quando determinada parte de um contrato se vale de atitude dolosa com o intuito "não de preservar legítimos interesses, mas, sim, de prejudicar a parte contrária".

1.2.5 *Duty to mitigate the loss* (dever de mitigar as próprias perdas): significa que o contratante credor deve adotar as medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado. Se o credor adotar comportamento desidioso por acreditar que a perda econômica do devedor lhe favorece, a sua inação culminará por lhe impor injustificado desfalque. Esta negligência danosa é uma ofensa ao princípio da confiança, pois evidencia completo desprezo pelo dever anexo de cooperação. Um exemplo seria a atitude das instituições financeiras que se mantêm inerte diante do inadimplemento de seus clientes e deixam o débito alcançar montante estratosférico, levando o devedor à situação de superendividamento.

1.2.6 *Tu quoque*: Significa que quem viola determinada norma jurídica não poderá exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe atribui. Quem não cumpre os seus deveres também não pode exigir os seus direitos com base na norma violada, sob pena de abuso. Para efeito de distinguir o "*tu quoque*" do "*venire contra factum proprium*", a doutrina tem apontado, em suma, que naquele há um primeiro comportamento contrário a determinada norma jurídica, não podendo o transgressor valer-se deste ato indevido para se beneficiar na sequência da relação. Já no "*venire contra factum proprium*", que também tem como fim coibir a prática de atos contraditórios, os comportamentos isoladamente considerados não são indevidos, somente se visualizando a irregularidade quando analisados em conjunto. A *tu quoque* age simultaneamente sobre os princípios da boa fé e da justiça contratual, pois pretende não só evitar que o contratante faltoso se beneficie de sua própria falta, como também resguardar o equilíbrio entre as prestações. Guarda semelhança com a *exceptio non adimpleti contractus* no âmbito das

obrigações, pois ambos objetivam preservar a proporcionalidade, o sinalagma contratual, e não apenas a confiança.

Este sentido, embasado em doutrina, também foi exposto pelo STJ, conforme trecho da ementa: "*Os ditames da boa-fé objetiva, especificamente, o tu quoque, encontra ressonância no artigo 565 do Código de Processo Penal, ao dispor que não cabe a arguição de nulidade pela própria parte que lhe deu causa ou que tenha concorrido para a sua existência*" (RHC 63.622/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/10/2015 (RHC 51.017/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 21/03/2016).

## 2. Teoria do Rompimento da Base Objetiva dos Contratos

Antes de adentrarmos na temática da "Teoria do Rompimento da Base Objetiva dos Contratos", trataremos de forma preliminar acerca da "Teoria da Imprevisão", prevalente nas relações civil paritárias.

### 2.1 Teoria da imprevisão

O Código de 1916 consagrou o princípio do *pacta sunt servanda*. No ápice daquela noção, não se falava em equilíbrio dos contratos, pois se dizia que o contrato fazia lei entre as partes. Dizia-se: "morra, mas cumpra". Era um período influenciado pelo valor da palavra e da honra, ou seja, independentemente do que ocorresse, a parte deveria cumprir a pactuação.

Em 1918, na França, foi editada a primeira norma permitindo a revisão ou a resolução dos contratos (a chamada "Lei Faillot"). A norma resgatou do direito romano a cláusula *rebus sic stantibus* e com ela consagrou a teoria da imprevisão. Esta Lei Francesa surgiu no pós-guerra, com a finalidade de rever contratos celebrados antes dela.

O CC/02 tratou do tema, de forma diferente do Código anterior, dispondo em seus arts. 478 e 317 sobre a teoria da imprevisão:

*Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.*

*Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.*



Nesse contexto, os requisitos para aplicação da teoria da imprevisão são: contrato deve ser de trato sucessivo, ou seja, de prestação continuada, não instantâneo; deve haver desequilíbrio entre a prestação e contraprestação, chamado de onerosidade excessiva; deve estar presente a álea extraordinária, consubstanciada no evento imprevisível e extraordinário que gerou o desequilíbrio; e inexistência de culpa da parte.

Diante dos requisitos exigidos pelo Código para a aplicação da teoria, pode-se dizer que o Código acolheu a teoria da imprevisão qualificada (adjetivada), porque, além dos clássicos requisitos, acrescentou mais um, que não estava presente quando da construção da teoria: a correspondência entre o prejuízo sofrido por uma parte e a vantagem excessiva obtida pela outra.

Em prol dessa relativização do *pacta sunt servanda*, o Código do Consumidor traz como princípio fundamental, embora implícito, a função social dos contratos, conceito básico para a própria concepção do negócio de consumo. O objetivo principal da função social dos contratos é tentar equilibrar uma situação que sempre foi díspar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor é prova evidente de que não se pode aceitar o contrato da maneira como antes era consagrado, regido pelo modelo estanque da autonomia da vontade e de sua consequente força obrigatória (*sunt servanda*). A sociedade mudou, eis que vivemos sob o domínio do capital, e com isso deve-se modificar o modo de se ver e se analisar os pactos, sobretudo os contratos de consumo. Como já pronunciado em sede de recurso ao Superior Tribunal de Justiça, o Código Consumerista representa forte mitigação dessa obrigatoriedade da convenção, mormente nas hipóteses em que o negócio jurídico celebrado encerra uma situação de injustiça (STJ – AgRg no REsp 767.771/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezini – j. 05.09.2006 – DJ 20.11.2006, p. 325).

## *2.2 Teoria do rompimento da base objetiva do contrato*

Trata-se de teoria prevista no art. 6º, V, do CDC: *Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.*

Observa-se, portanto, que as cláusulas desproporcionais e as excessivamente onerosas podem ser modificadas e revisadas, a fim de que o contrato de consumo seja preservado. Além da previsão do artigo acima, o art. 51, §2º, do CDC deixa evidente a intenção de preservação do contrato de consumo: *Art. 51. (...). § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.*



O art. 6o, V, do CDC fala da revisão das cláusulas desproporcionais em razão de fato superveniente que as torne excessivamente onerosas. Ressalta-se que esses fatos supervenientes não precisariam ser imprevisíveis, pois o CDC não consagrou a teoria da imprevisão, mas sim a teoria do rompimento da base objetiva do contrato. Logo, a questão é analisada apenas sob seu aspecto objetivo, ou seja, a previsibilidade das causas supervenientes não é discutida.

Destaca-se, ainda, que o art. 6o, V, do CDC exige apenas fato superveniente que torne a obrigação excessivamente onerosa para o consumidor, não sendo necessário que o fornecedor tenha extrema vantagem com isso.

### 2.2.1 Diferença entre onerosidade excessiva e lesão

Ambas são causas que desequilibram o negócio jurídico. No entanto, lesão é uma causa concomitante à assinatura do contrato. O contrato já nasce desequilibrado. Já na onerosidade excessiva, o contrato se torna desequilibrado.

O CDC, no art. 6o, V, segunda parte, trabalha com a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico, de origem alemã. A doutrina majoritária entende que o CDC não adotou a teoria da imprevisão (de origem francesa), que fora adotada pelo Código Civil no art. 478 do CC. Assim, entende-se que o art. 6o, V, do CDC adotou, em sua primeira parte, a teoria da lesão, e, em sua segunda parte, a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico. Já o Código Civil, no art. 478, adotou a teoria da imprevisão. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

### 2.2.2 Diferença entre a teoria da quebra da base objetiva e a teoria da imprevisão

Ambas as teorias se referem a contratos que se prolongam no tempo. Esses contratos contêm, implicitamente, a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, esses contratos devem ser cumpridos desde que a situação permaneça a mesma.

A teoria da imprevisão, do art. 478 do CC/02, fala em "fato extraordinário" e "fato imprevisível". A teoria da quebra da base objetiva do contrato, do CDC, fala em "fato superveniente que acarrete onerosidade excessiva". Além disso, o CC exige a extrema vantagem para a outra parte, enquanto o CDC não exige, bastando a onerosidade excessiva. O CC/02 fala em "resolução". As partes irão retornar ao seu *status quo ante*. No CDC, fala-se em revisão.

Logo, para que o contrato seja revisto, na teoria da imprevisão, exige-se que haja um fato novo extraordinário e imprevisível que acarrete uma onerosidade excessiva no negócio. Já na teoria da quebra da base objetiva, basta que haja um fato superveniente que onere o contrato, seja ele previsível ou imprevisível. Na teoria da imprevisão, será cabível a extinção do contrato ou a revisão judicial, onde se preserva o contrato, com a modificação das cláusulas pelo juiz. Já na teoria da quebra da base objetiva, o consumidor deverá pedir a revisão.

## Conclusão.

A boa fé objetiva tem por base um dos pilares do Código Civil (CC/02) que é a eticidade. A eticidade está relacionado a boa-fé e a probidade. A boa-fé passou a ser um padrão ético obrigatório de comportamento esperado por todos em sociedade, ou seja, é preciso que a conduta se exteriorize com tal padrão, não importando a real intenção do agente, mas sim como ele se comportou no caso concreto. Dentre as suas funções encontra-se a interativa ou criadora de deveres anexos e laterais, que estabelece às partes dever de guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé. Aqui prosperam os deveres de proteção e cooperação com os interesses da outra parte (deveres anexos ou laterais), o que propicia a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e à pessoa da outra parte, estendendo-se às fases pré e pós contratual.

Nesse sentido, desenvolve-se a teoria do rompimento da base objetiva do contrato que prevê a possibilidade da revisão ou resolução do contrato, mas em razão da vulnerabilidade do consumidor, cria requisitos menos rígidos que aqueles previstos na "teoria da imprevisão", pretendendo dar maior proteção ao consumidor e função social ao contrato.

## Referências.

MARQUES, Claudia Lima; Leonardo Roscoe Bessa; Antonio Herman V. Benjamim. **Manual de Direito do Consumidor**. 8 ed., São Paulo: Editora RT, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 9 ed., São Paulo: Editora Método, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Volume I - Parte Geral**. 13 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013.

VITORELLI, Edson. **Manual de Direitos Difusos**. 2 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

## **A ARBITRARIEDADE NAS “DECISÕES DO MERO ABORRECIMENTO” FRENTE A SUPRESSÃO DO DANO MORAL.**

**ERIC SILVA ABBEHUSEN**, o autor: Acadêmico do 10º semestre do curso de Direito em 2019.2.

**RESUMO:** Este trabalho, utilizando da metodologia dedutiva, irá tratar da recorrente supressão dos pedidos de indenização por dano moral no tocante ao dano à inviolabilidade do bem-estar psíquico do indivíduo, consoante as decisões do mero aborrecimento proferidas pelo Poder Judiciário através dos seus magistrados, que cada vez mais vem ignorando o direito constitucional fundamental dos indivíduos à devida reparação pelos danos morais sofridos, sendo este direito, fundamental, que tem como função compensar o indivíduo pela agressão sofrida aos seus direitos da personalidade, direitos estes que tem o condão de proporcionar-lhe uma vida digna, em consonância com a dignidade da pessoa humana que é fundamento da República Federativa do Brasil, erigida no art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**Palavras-chave:** Dano moral. Mero aborrecimento. Responsabilidade civil. Direito civil.

**ABSTRACT:** *This work, using the deductive methodology, will deal with the recurring suppression of claims for compensation for moral damages as regards damage to the inviolability of the psychic well-being of the human being, according to the decisions of mere annoyance pronounced by the Judiciary Power through magistrates, which increasingly ignore the right constitutional of the victim for the indemnification for the moral damages suffered, being this fundamental right, whose function is to compensate the victim for the aggression suffered to their rights of the personality, these rights that have the function of providing a dignified life, in accordance with the dignity of the human person, who is the foundation of the Federative Republic of Brazil, erected in art. 1º, subsection III of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.*

**Keywords:** *Moral damage. Mere annoyance. Civil responsibility. Civil right.*

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 A ARBITRARIEDADE NAS “DECISÕES DO MERO ABORRECIMENTO” FRENTE A SUPRESSÃO DO DANO MORAL. 1.1 Indagações iminentes acerca do tema e suas resoluções. 1.1.1 E se a vítima estiver mentindo quanto aos danos morais alegados? 1.1.2 Como diferenciar o dano moral e o mero aborrecimento de modo a solucionar tal problemática? 1.1.3 Como mensurar se determinada situação ultrapassa ou não os limites do tolerável na vida em sociedade? 2 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Com o decorrer do tempo, vem se tornando cada vez mais crescentes as decisões de improcedência de pedido de indenização por dano moral proferidas pelo Poder Judiciário no tocante à ofensa à saúde anímica do ofendido, sob o argumento de que inexistente lesão moral decorrente do caso fático ensejador do pedido, e sim, um mero aborrecimento do cotidiano sofrido pelo requerente. Esta jurisprudência que vem se erigindo constantemente concebeu-se com o objetivo de enfrear a chamada industrialização do dano moral, ou, o mercado do dano moral, que assim se caracterizava pelo fato de que constantemente disparavam pedidos de indenização por dano moral no Poder Judiciário, principalmente no tocante às relações de consumo, sem uma fundamentação pertinente para tais pedidos, sendo estes fundamentados em motivos pífios, que de fato não havia configuração de lesão moral, bem como em quantificação consideravelmente elevada frente à suposta lesão moral sofrida pelo requerente, ocasionando assim o enriquecimento ilícito daqueles que buscavam pretextos para se locupletarem em proveito de situações em que apesar de amargas, fazem parte dos dissabores que os indivíduos estão sujeitos a experimentar na vida em sociedade.

Entretanto, em que pese tal massificação da banalização do dano moral ter ocorrido, acabou por proliferar como um câncer essa postura generalizada que vem sendo tomada pelo Poder Judiciário frente aos pedidos de indenização por dano moral, em negá-los e alegar simplesmente ser um mero aborrecimento do cotidiano, o que se deve merecida cautela, uma vez que existem situações em que o requerente realmente teve, de fato, ofensa à sua moral, e que devido à praxe do Judiciário em denegar tais pedidos, fez-se erigir de forma exponencial uma cultura de arbitrariedade extremamente grave e sintomática para aqueles que realmente sofreram lesão à sua moral, isto é, sofreu ofensa aos direitos da sua personalidade inerentes à dignidade da pessoa humana, que não tem garantido o seu direito à devida reparação, concomitantemente a Constituição Federal, o Código Civil e demais legislações específicas em cada caso (como o Código de Defesa do Consumidor) serem completamente ignoradas pelo Poder que se diz garantir a Justiça à sociedade. Diante do exposto, este trabalho parte do seguinte questionamento: de que modo a arbitrariedade nas decisões do mero aborrecimento contribui para a ineficácia do direito constitucional fundamental à reparação por dano moral?

Este trabalho, utilizando da metodologia dedutiva, tem como objetivo geral trazer à tona as crescentes decisões no Poder Judiciário denegatórias de pedido de indenização por dano moral, de forma a trazer forte crítica a este posicionamento já jurisprudencial, demonstrando que somente o próprio indivíduo quem tem a propriedade de dizer se sofreu ou não lesão à sua moral a partir de demonstrado (provado) o ato ilícito cometido pelo ofensor e preenchidos os requisitos do art.

186 do Código Civil, não havendo espaço aos magistrados em dizer ou não se o que o indivíduo sofreu fora ofensa à sua moral ou mero aborrecimento, por estes não terem dimensão dos sentimentos sofridos pelo indivíduo, haja vista que o sentimento é algo intrínseco, interno à psique do ser humano, sendo completamente abstrato perante terceiros, que jamais alguém saberá mensuravelmente o que o outro está sentindo. Feito tais apontamentos, será defendida a extinção das alegações de mero aborrecimento proferidas pelos magistrados e a devida aplicabilidade do art. 5º, V e X da Constituição Federal, concomitante aos arts. 186 e 927 do Código Civil. Para se alcançar o objetivo geral, neste trabalho irá: proceder com pesquisas bibliográficas dos mais renomados autores do Direito Civil em consonância com o tema; realizar estudos de casos do entendimento e divergência jurisprudencial referente ao tema e; desenvolver uma teoria pertinente à solução do problema objeto do tema.

A escolha do tema se deu diante da crescente quantidade de decisões arbitrárias proferidas pelo Poder Judiciário denegatórias de pedido de indenização por dano moral, sendo tais decisões sem fundamento e prova alguma, baseando-se somente no pífio achismo dos magistrados em relação ao que eles acham ou não que o que o indivíduo sofreu é um dano moral ou mero aborrecimento, atropelando de forma abrupta o sofrimento do pleiteante, em ter seus sentimentos julgados como algo medíocre e banal, intitulado absurdamente como um “mero” aborrecimento, que não assiste razão à reparação alguma, o que o deixa a vítima em situação mais ofensiva ainda, em que ao procurar amparo da “Justiça”, por ter ofendida à sua moral, passa por este infortúnio devastador, que além da ofensa à sua moral que o fez procurar a “Justiça”, sofre mais outra ofensa à sua moral ao serem seus sentimentos, sua honra, enfim, sua dignidade julgada como um “mero aborrecimento”, tendo concomitantemente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o Código Civil, e demais legislações pátrias especiais quando cabíveis à cada caso específico, negadas suas vigências por aqueles que detém o Poder de garantir a efetivação da “Justiça”.

Não obstante a este absurdo, os responsáveis pelos danos morais causados aos pleiteantes ficam impunes, sendo este um agravante reflexo de tais decisões arbitrárias, das quais são desresponsabilizadoras dos infratores da Constituição Federal, do Código Civil e demais Leis, por saberem que a impunidade para com seus delitos civis cometidos é garantida, consoante aqueles que possuem o Poder de aplicar a Constituição Federal, o Código Civil e demais Leis, e assim efetivar a Justiça, negarem suas vigências e disseminar a injustiça, o que diante disso, se dá a relevância social do tema, uma vez que a sociedade apesar de se encontrar amparada pela Constituição Federal, pelo Código Civil e demais Leis, previsto seu direito constitucional fundamental e legal da reparação pecuniária pelos danos morais sofridos no tocante à sua saúde anímica, o mesmo não é garantido por



aqueles que tem a competência de assim garantir, pelo fato destes ao invés de se basearem pela Constituição Federal, pelo Código Civil e demais Leis, consoante os fatos e provas expostos, baseiam-se no seu achismo e proferem decisões sem embasamento legal algum, pelo contrário, proferem decisões ignorando a Constituição Federal, o Código Civil e demais Leis, que com isso, cada vez mais a sociedade tem denegado seu direito constitucional fundamental injustamente, quando ao buscar na Justiça a devida reparação pela ofensa sofrida, se deparam com a injustiça de ter seu pedido denegado de modo completamente arbitrário.

## **1 A ARBITRARIEDADE NAS “DECISÕES DO MERO ABORRECIMENTO” FRENTE A SUPRESSÃO DO DANO MORAL**

A Constituição Federal, no topo de todos os demais dispositivos do seu bojo, trouxe, em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, erigindo-a no vértice de todos os demais direitos do ser humano, devido a sua importância suprema, uma vez que se trata de um direito inerente à própria natureza humana, intrínseco à personalidade do indivíduo, que a pessoa possui pela sua própria condição de ser humano, sendo, portanto, o direito do ser humano, como ser humano.

Para que a pessoa humana tenha uma vida digna, é necessário que sejam respeitados os direitos da sua personalidade, isto é, os direitos da pessoa humana, sendo tais direitos: a vida, a saúde, a liberdade, a incolumidade física, a honra, o bom nome, a reputação, a imagem, o bem-estar, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os direitos próprios da essência humana, que tem o condão de lhe proporcionar uma vida digna. Por isso a importância de tais direitos, por serem direitos fundamentais à vida humana. Direitos estes que quando violados, sucumbe o ser humano da sua órbita de vida digna, sendo factível derrubar-lhe à escuridão de sofrer a pior de todas as dores, a dor da alma. A dor de ter sido agredido em seu próprio ser, a dor do estilhaço da sua essência, a dor do sintomático abalo em sua psique, a dor que vem a interferir de forma lesiva no seu próprio viver como ser humano. Daí porque convencionou-se chamar de dano moral quando da violação desses direitos. Uma vez que a dignidade da pessoa humana é um todo, que compõe-se de todos os valores morais do indivíduo, sendo tais valores, os seus direitos da personalidade, o que conforme Orlando Gomes, o dano moral é o constrangimento experimentado pelo indivíduo que tem direito personalíssimo seu ilicitamente ofendido por outrem.[1]

Destarte, o dano moral é a violação a qualquer dos direitos da personalidade do ser humano, que lhe retire da órbita de uma vida digna, sendo comum que por consequência da lesão à direito da personalidade do indivíduo, lhe causar a dor da sua alma, quer seja pela agressão ao seu ser, decorrente da ofensa à sua vida, à sua saúde, à sua liberdade, ou à sua incolumidade física; quer seja pelo estilhaço da sua essência, decorrente da ofensa à sua honra, ao seu bom nome, à sua reputação, ou



à sua imagem; quer seja pelo sintomático abalo em sua psique, decorrente da ofensa ao seu bem-estar, à sua intimidade, ou à sua privacidade; enfim, dentre outros ilimitáveis motivos, de modo que venha a interferir de forma lesiva no seu próprio viver como ser humano. Como devidamente ressaltado, “sendo comum” que a lesão aos direitos da personalidade cause tais consequências, todavia, pode haver lesão aos direitos da personalidade sem necessariamente decorrer essas consequências, pois o dano moral não está inteiramente ligado às consequências psíquicas da lesão à direito da personalidade, mas sim diretamente aos direitos da personalidade em si, assim, conforme leciona Sergio Cavalieri Filho, o dano moral não está necessariamente vinculado às consequências psíquicas da vítima, pois pode haver lesão à dignidade sem dor, vexame e sofrimento, assim como pode haver a dor, vexame e sofrimento sem lesão à dignidade, haja vista que a dor, vexame, sofrimento etc. são consequências do dano moral e não causas.[2] Com isso, devido a importância suprema da integridade dos direitos da personalidade, haja vista que tem o condão de proporcionar ao ser humano uma vida digna, a Constituição Federal consagrou seu amparo no art. 5º, inciso X, determinando a sua inviolabilidade e positivou no inciso V do mesmo artigo, a obrigação de indenizar àqueles que os violarem e assim conseqüentemente cometerem dano moral. O que se conclui que os direitos da personalidade e a indenização por dano moral são direitos Constitucionais fundamentais do indivíduo. Neste sentido que Sergio Cavalieri Filho ilustra que além do ser humano ser titular de direitos patrimoniais representados por expressão econômica, é, também, titular de direitos que representam um valor ainda maior, por serem tais direitos intrínsecos à própria natureza humana, sendo tais direitos, os direitos da personalidade, em que ocupam posição supraestatal, sendo seus titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida, por isso sendo considerados direitos inatos, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, a própria dignidade da pessoa humana, em que a Constituição Federal logo em seu primeiro artigo, no inciso III, a consagrou como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o que resta-se claro que temos hoje o direito subjetivo constitucional à dignidade, ao a Constituição Federal ter dado ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, uma vez que a dignidade da pessoa humana é a base de todos os valores morais do ser humano, bem como a essência de todos os direitos personalíssimos.[3]

O dano moral não é precificado pecuniariamente como o dano material, uma vez que os direitos da personalidade possuem valor inaferrivelmente maior que qualquer bem patrimonial existente, por serem justamente os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Não há como se estabelecer um valor à vida, à saúde, à honra, ao bom nome, ao bem-estar, à intimidade, dentre os demais direitos da personalidade, mas tem como se indenizar pecuniariamente o indivíduo pelos sofrimentos que passou decorrentes da tristeza, tormento, angústia, aflição,

vexame, humilhação, enfim, da dor da alma que sofreu em decorrência da violação de um ou mais direitos da sua personalidade, de modo que tal indenização lhe proporcione momentos de deleite para compensar tais sofrimentos. Este é o viés compensatório da condenação à indenização por dano moral, o que se busca não é estabelecer um preço ao direito da personalidade violado, e assim condenar o ofensor ao pagamento de uma indenização pecuniária ao ofendido para que este, com o valor recebido, reintegre o direito da sua personalidade ao que era antes da sua violação, afinal, isto é inviável. O que se busca é indenizar o ofendido pelas consequências sintomáticas das quais sofrera com a violação do direito da sua personalidade, de forma a lhe proporcionar momentos de deleite que lhe compense tais sofrimentos dos quais passou. É o que Caio Mário Pereira leciona que o caráter compensatório do dano moral tem o objetivo de proporcionar para a vítima momentos de prazeres em contrapartida do mal sofrido.[4]

Concomitantemente ao seu viés compensatório, a condenação a indenização por dano moral possui o seu viés punitivo-pedagógico-preventivo, que tem como função punir aquele que viola direito da personalidade de outrem (punitivo), bem como discipliná-lo a obedecer os ditames da Constituição Federal, do Código Civil e demais Leis (pedagógico), e, com isso, prevenir que novas violações sejam cometidas pelo ofensor (preventivo). É o que José de Aguiar Dias leciona que as sanções são os efeitos inerentes à responsabilidade, que tem o condão de fazer valer a norma através do respeito à mesma, uma vez que de nada vale a norma despojada de sanção, o que conseqüentemente, traz a sanção a ideia de prevenção, no sentido de evitar/prevenir a violação da norma, o que caso tal violação venha a ocorrer, a sanção atuará como repressiva e restitutiva, em que esta tem como objetivo a reparação pelo dano causado, e aquela tem como objetivo infligir castigo ao responsável.[5] Não obstante, José de Aguiar Dias traz uma importante observação acerca da indenização pelo dano moral em seu caráter punitivo, uma vez que traz para a vítima o *solatium* (conforto) e apaziguamento pelo sofrimento experimentado, decorrente da satisfação da justiça feita.[6]

Por todo o exposto, a condenação a indenização por dano moral possui extrema relevância, uma vez que os direitos da personalidade tem o condão de propiciar a dignidade da pessoa humana, em que esta é fundamento da República Federativa do Brasil prevista explicitamente no topo da Constituição Federal, sendo tal indenização positivada como direito fundamental do indivíduo quando violados os direitos da sua personalidade, devendo, portanto, a Ordem Constitucional ser respeitada. Entretanto, não é assim que ocorre.

Infelizmente, com o decorrer do tempo, o Poder Judiciário por meio de alguns (sem generalizações) dos seus magistrados, de forma exponencialmente recorrente, vem denegando pedidos de indenização por danos morais no tocante à ofensa à saúde anímica da vítima, decorrente da dor e sofrimento causada pela angústia,

tomento, aflição etc. consequente de um ato ilícito cometido pelo ofensor, sob o arbitrário e pífio argumento de que no caso fático do qual enseja a causa de pedir da indenização por danos morais, não ocorrera violação dos direitos da personalidade do indivíduo, e sim, um mero aborrecimento que cabe ao indivíduo suportá-lo, sendo tal alegação de mero aborrecimento proferida sem prova alguma para tanto, baseada simplesmente no mero achismo destes magistrados, que proferem tais alegações com base em suas convicções, temperamento e personalidade do que eles **acham** (sem provas e sem amparo legal) que é ensejador de um sofrimento intenso ou não, atropelando e esmagando completamente os sentimentos da vítima, como se eles (magistrados) quem estivessem postulando indenização por danos morais e não a vítima, colocando esta (vítima) numa posição de menosprezada espectadora do julgamento arbitrário dos seus sentimentos, como se estes magistrados tivessem a capacidade de invadir a psique da vítima e sentir por ela o que ela sofreu e assim fazer juízo de valor dos seus sentimentos, na leviana arbitrariedade de achar saber mais que a própria vítima dos seus sentimentos intrínsecos, singularmente subjetivos, que magistrado algum nem ninguém tem a capacidade de mensurar o que a vítima sentiu ou deixou de sentir, e assim decidir sua vida.

Essa praxe que vem se erigindo de forma exponencial no Poder Judiciário, se aflorou devido a ocorrência da banalização do dano moral, em que fora se tornando cada vez mais crescente o número de ações de indenização por dano moral sem de fato ocorrer violação aos direitos da personalidade dos pleiteantes, em que estes, se aproveitando de situações amargas do cotidiano em que os indivíduos que vivem em sociedade estão sujeitos a experimentar, buscavam pretextos para locupletarem-se de forma ilícita usando da ação de indenização por dano moral como instrumento para tanto, o que fez assim surgir a chamada industrialização do dano moral.

Todavia, é merecida a devida cautela diante dessa situação, haja vista que existem casos em que de fato o pleiteante teve violado algum direito seu da personalidade, sendo que desses casos, os mais polêmicos e ponto alvo de cautela, dos quais merecem mudança do paradigma jurisprudencial que os vem decidindo, tratam-se dos que há violação do direito da personalidade do indivíduo no tocante a não ter sua saúde psíquica agredida por ninguém, isto é, o seu direito ao bem-estar, ao sossego, à paz interior, ao equilíbrio espiritual, à incolumidade anímica, à saúde psíquica, direito este dos mais importantes que tutelam os atributos intrínsecos do ser humano que lhe proporcionam um viver sadio, harmônico e digno, que ao serem violados, retira a vítima da órbita de uma vida digna, vindo a causar-lhe a pior de todas as dores, que é a dor da sua alma, consequente da tristeza, tormento, angústia, aflição, vexame, humilhação, enfim, dos sentimentos que interferem de forma lesiva no próprio viver do ser humano, sendo lamentável

e pavoroso que tais sentimentos, intrínsecos do ser humano, sejam julgados arbitrariamente **sem fundamento legal (pelo contrário, ignorando a Constituição Federal, o Código Civil e demais Leis) e sem prova alguma** como um mero aborrecimento, simplesmente baseados tais julgamentos nos achismos dos magistrados, como se reduzissem o sofrimento, a dor da alma do indivíduo, a uma coisa mera, medíocre, banal, insignificante.

Isso não obstante o fato de tal arbitrariedade cometida por estes magistrados (pelo fato de se acharem na capacidade de ousarem saber mais que a própria vítima dos seus sentimentos intrínsecos e assim decidirem sua vida, de acordo com seus achismos se a situação fática é ensejadora de dano moral ou não passa de um mero aborrecimento, em que tais decisões, isto é, tais achismos são proferidos com base em suas personalidades, temperamentos e convicções do que eles acham que pode ou não ensejar dano moral, ignorando completamente o sofrimento da vítima, a sua personalidade, sua dignidade) fazer insurgir uma enorme insegurança jurídica, uma vez que ao invés de as decisões serem baseadas na Constituição Federal, no Código Civil e demais Leis, em consonância com as **provas** trazidas ao **processo ato ilícito cometido pelo ofensor**, estariam sendo baseadas em achismos destes magistrados.

Tanto se corrobora tal insegurança jurídica também nas instâncias superiores, em que nas turmas recursais, o magistrado "A" decide que há de fato o dano moral configurado, já o magistrado "B" decide que não há dano moral configurado e o magistrado "C" acompanha o voto de um dos dois, ou seja, cada um com um ponto de vista diferente, isto é, cada um com seu achismo diferente, e sempre teve e sempre terá uns magistrados que acham que há dano moral e outros que acham que não, o que é mais um fato que se corrobora tal insegurança jurídica através das próprias decisões dos magistrados, o que chega a ser irônico. Consequentemente estes próprios magistrados ignoram a Constituição Federal e o Código Civil (e demais legislações especiais quando o caso), deixando de cumprir com o seu dever da devida aplicação da Constituição Federal, do Código Civil e demais Leis, das quais estão subordinados, ao deixarem de aplicar o art. 5º, incisos X e V da Constituição Federal, bem como os arts. 186 e 927 do Código Civil, e demais legislações especiais quando o caso, deixando de prosperar, dessa forma, a sua nobre missão que é a da efetivação da Justiça.

Diante deste absurdo de arbitrariedade no tocante a tais decisões rechaçadas de inconstitucionalidade, a vítima da violação aos direitos da sua personalidade, que sofrera o pior de todos os danos, que é o dano à sua alma, à sua essência humana, à sua dignidade humana, da qual é fundamento da República Federativa do Brasil, dano este juridicamente denominado de dano moral, ao procurar o amparo daqueles que tem a missão da efetivação da Justiça, para haver cumprido seu direito constitucional fundamental à reparação indenizatória pelas

consequências do dano sofrido, se depara com a deplorável situação de ter seu pedido negado, e julgado seus sentimentos por uma pessoa que sequer convive com ela (vítima) para medir os sofrimentos que esta passou, e dizer que o que fora sofrido por ela não passa de um mero aborrecimento, que não teve sofrimento intenso algum, que o que sofreu foi banal, medíocre e insignificante, devendo a vítima suportá-los sem direito nenhum, por não ter nenhum direito da sua personalidade violado, e que não faz jus à indenização alguma, ora, resulta na lastimável situação em que a vítima sai deste ambiente chamado “Justiça” com mais outro dano moral sofrido, ao ter seus sentimentos, seus sofrimentos, sua dignidade como ser humano reduzidos a algo mero, medíocre, banal e insignificante, um mero aborrecimento qualquer, reduzidos por aqueles que tem a missão da efetivação da Justiça, mas, infelizmente, a arbitrariedade que motiva suas decisões os fazem achar saberem mais que a própria vítima dos seus sentimentos intrínsecos dos quais sofrera, e ainda ter a vítima que arcar com honorários advocatícios sucumbenciais, ou seja, **pagar pela injustiça sofrida**, o que é um absurdo astronômico, mas infelizmente é a realidade da “Justiça” brasileira.

Concomitantemente ao aborto da dignidade da pessoa humana decorrente da arbitrariedade de alguns magistrados em suprimir o dano moral diante dessas situações, é suprimido junto com o dano moral o seu viés punitivo-pegadógico-preventivo, o que representa a gravíssima situação de ineficácia da Constituição Federal, do Código Civil e demais Leis, diante da impunidade que beneficia os seus infratores, que ao cometerem ato ilícito ficam impunes. Cometer o erro fatal de não punir aqueles que cometem delito civil, é como se na esfera penal, aquele que comete crime, ficasse impune, o que representa grave problemática para a sociedade, bem como para a ordem pública como um todo, haja vista que da mesma forma que no Direito Penal aquele que comete delito penal, comete o crime, no Direito Civil, aquele que comete delito civil, comete ato ilícito, sendo que nosso Diploma Civil, assim como o Código Penal, tem extrema e relevante importância, que ao os magistrados, responsáveis pela devida aplicação da Constituição Federal, do Código Civil e demais Leis, das quais estão subordinados e assim cumprirem com seu papel da efetivação da Justiça, deixarem de aplicar o que dispõe as mesmas, além de crasso ato **denegativa de vigência** da Constituição Federal, do Código Civil e demais Leis, é garantirem a banalização e ridicularização das mesmas, consoante a desresponsabilização dos que estas violam, e assim permitir que novos delitos ocorram.

Ora falam-se tanto na industrialização do dano moral, entretanto, nestes casos em que resta-se incontroverso o cometimento do ato ilícito por parte do ofensor, e alegado pela vítima a ofensa à direito da personalidade seu, no tocante à sua saúde interior, sua saúde psíquica, que vem a lhe causar desequilíbrio em seu bem-estar, da qual somente ela e mais ninguém é capaz de saber o que sentiu, e mesmo assim,



devido arbitrariedade de alguns magistrados ao se acharem na diabólica competência de “invadir a psique” da vítima e supor, achar, que o que ela passou não fora sofrimento algum e sim um aborrecimento medíocre, deixando a vítima sem reparação alguma, ignorando, estes magistrados, a Constituição Federal, o Código Civil e demais Leis, conseqüentemente prejudicando um fundamento pilar do país, do qual a dignidade da pessoa humana, e com isso, deixando de punir o infrator da Constituição Federal, do Código Civil e demais Leis, permitindo o absurdo de delitos civis serem cometidos e não haver punição alguma, permitindo a reiteração de novos atos ilícitos, podemos chamar, então, essa praxe destes magistrados, de industrialização da impunidade?

Diante dessa industrialização da impunidade civil permeada pelo Poder Judiciário, nada impede dos transgressores da Constituição Federal, do Código Civil e demais Leis concomitantemente, de reiterar novos delitos constitucionais e civis, ao passo que riem dos artigos 186 e 927 do Código Civil, enquanto que a vítima enxuga suas lágrimas com os artigos 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A mente humana é de uma complexidade tão extrema, que fora desenvolvida uma ciência dedicada inteiramente ao seu estudo, a Psicologia. Tão complexa se é a mente humana, que dentro da psicologia existem diferentes linhas teóricas que tem como objetivo direcionar o estudo da mente humana sob o prisma das suas perspectivas. Isto quer dizer que existem diversas teorias diferentes que dão norte ao estudo da mente humana, sendo que cada uma delas tem as suas peculiaridades e metodologias diferentes para realizar tal estudo. Dentre essas teorias, estão a psicanálise, a psicologia analítica, a humanista, o existencialismo, a fenomenológico-existencial, o behaviorismo, a cognitivo-comportamental, a gestalt, o psicodrama, a sistêmica, a bioenergética, a neuropsicologia, entre inúmeras outras que se dedicam massivamente neste que é um dos estudos mais complexos das ciências humanas.

Ora, diante da complexidade da mente humana, em que existe uma ciência que se dedica massivamente ao seu estudo, e que para os operadores desta ciência compreenderem os sentimentos do indivíduo precisam de várias sessões psicoterápicas com o mesmo para aprofundarem-se em sua psique, como pode um magistrado, que nem competência tem, tampouco capacitação e qualificação para **compreender** os sentimentos do ser humano, com apenas uma leitura de uma situação fática, no mesmo momento **julgar** os sentimentos do indivíduo e assim determinar o que este de fato sentiu e com isso decidir sua vida? Ora, nem mesmo pela Psicologia se **julga** os sentimentos humanos, e sim busca-se **acompreensão** dos sentimentos humanos, não cabendo a ninguém passar por cima dos sentimentos do ser humano e assim escolher o que ele sente ou deixa de sentir, o que fica evidenciado claramente a arbitrariedade escarrada neste tipo de



decisão, o que nos remota aos tempos medievais do velho Império Absolutista em que o poder absoluto e arbitrário dos Reis está contemporaneamente nas mãos dos magistrados.

## 1.1 Indagações iminentes acerca do tema e suas resoluções

### 1.1.1 E se a vítima estiver mentindo quanto aos danos morais alegados?

Feito tais apontamentos no parágrafo acima, os defensores do ponto de vista contrário provavelmente indagarão: E se a vítima estiver mentindo? Ou seja, se cometido um ato ilícito por uma pessoa face à outra, que por consequência deste ato ilícito, esta segunda pessoa (vítima) ajuíze ação de indenização por danos morais, sob a alegação de que o ilícito cometido pelo ofensor veio a lhe causar dor e sofrimento decorrentes do abalo, angústia,

aflição, tormento etc. consequentes do ilícito cometido pelo ofensor, como saberá o magistrado se tais alegações de dor e sofrimento são verídicas ou não? Isto é, e se a vítima estiver mentindo quanto ao sofrimento alegado?

Mas, por outro lado, e se a vítima estiver falando a verdade? Vai deixar de conceder um direito da vítima, que realmente ela poderia ter sofrido tal dano, por conta de uma desconfiança de uma supostamente? Ou seja, a pessoa pode realmente ter sofrido o dano, vai deixar de haver cumprido o seu direito à indenização por causa de uma suposição **sem provas** de que ela está mentindo?

O dano moral no tocante à lesão à saúde anímica da vítima no que tange a ofensa ao seu bem-estar, por se tratar de sentimentos intrínsecos da vítima, é algo abstrato do ponto de vista de terceiros (incluindo os magistrados), sendo sua veracidade, portanto, uma incógnita, que diante de tal incógnita, jamais se deve valorar se a vítima está falando a verdade ou mentindo nos alegados danos morais sofridos no tocante à sua saúde anímica, por justamente os seus sentimentos serem intrínsecos e completamente abstratos do ponto de vista de terceiros, não cabendo a magistrado algum ou quem quer que seja, com base em sua personalidade, temperamento e convicção e não na personalidade, temperamento e convicção da vítima, se achar na leviana arbitrariedade de poder fazer juízo de valor dos sentimentos da vítima e assim dizer o que ela sentiu ou não (dano moral ou mero aborrecimento), e assim decidir sua vida, isto é, uma decisão rechaçada de achismo infundado e sem provas, ignorando completamente o sofrimento da vítima, o que traria imensurável insegurança jurídica, como já mencionado.

O que deve ser valorado, nestes casos, é **o ato ilícito cometido pelo ofensor, e assim enfatizar-se na prova deste ilícito cometido**. Portanto, se a vítima traz ao processo a **prova** de que houve por parte do ofensor uma **conduta ilícita**, e que por consequência desta conduta ilícita lhe causou o dano moral no tocante à ofensa à sua saúde anímica, não há o que se falar em se a vítima está

mentindo quanto à alegação de tais danos sofridos, pois há a possibilidade também da verdade. Diante de tal incógnita, o que se deve valorar é a comprovação da conduta ilícita cometida pelo ofensor decorrente da sua violação à Constituição Federal, ao Código Civil e demais Leis, pois se ao contrário, se desse ênfase se o dano alegado pela vítima é verdade ou mentira, seria completamente ilógico e incongruente, pois é como se contrariasse os **fatos provados** no processo para se basear numa **suposição sem prova alguma** da mesma, o que neste caso, a própria ilicitude cometida pelo transgressor já serve como espécie de suporte para a veracidade do dano alegado pela vítima, o que aquela incógnita ganha força para sua veracidade. Portanto, sendo o dano alegado, algo intrínseco da vítima, sendo abstrato perante terceiros, resultante numa incógnita, e, por outro lado, a conduta ilícita, conseqüente do desrespeito e violação da Constituição Federal, do Código Civil e demais Leis cometida pelo ofensor **está provada**, esta quem deve ser valorada, o que conforme ilustra José de Aguiar Dias, o dano moral é consequência irrecusável do fato danoso, em que este fato por si só constitui prova o dano, em consonância com princípio de que a prova do dano está no próprio fato.[7]

Com isso, o erro que muitos magistrados cometem é alegar que cabe à vítima demonstrar o dano moral, no entanto, o dano moral não está presente no fato, isto é, o fato se constitui da conduta comissiva ou omissiva dolosa, imprudente, negligente ou imperita, que venha a contrariar a direito e causar dano em outrem, ou seja, o fato consiste na conduta ilícita e nexos causal. O dano **moral**, por sua vez, **decorre** do fato e não exatamente **está presente** no fato, o que está presente no fato é a **prova** do dano moral e não o dano moral em si, pois ao contrário do dano material, que como o próprio nome diz, é uma lesão à matéria, e matéria por ser algo material, palpável, tangível, consubstancia meios probatórios dos mais diversos, como o próprio bem lesado, documento, testemunha, vídeo etc., em que este tipo de dano está presente no fato justamente devido à sua **materialidade**, o dano moral, por sua vez, é **abstrato**, não tendo como ser demonstrado. Dano moral é sofrimento, sofrimento é sentimento, e sentimento é intrínseco do ser humano, abstrato perante terceiros, não tendo o que se falar em demonstrar o sofrimento decorrente da dor, tristeza, angústia, aflição etc., uma vez que tratam-se de sentimentos do ser humano, o que dessa forma, justamente por ser impossível da vítima demonstrar seu sentimento, que insurgem os achismos dos magistrados em decidir pela vítima o que ela sentiu ou deixou de sentir e assim decidir sua vida de modo completamente arbitrário.

### **1.1.2 Como diferenciar o dano moral e o mero aborrecimento de modo a solucionar tal problemática?**

O ideal para solucionar tal problemática extremamente sintomática para a sociedade, é a elaboração de uma teoria para nortear este tipo de situação em quando se deve ou não a indenização ser concedida, a depender de cada

circunstância fática. Sendo tal teoria desenvolvida neste trabalho, pela qual denomina-se **teoria do dano moral relativo**, que segue abaixo.

A título de prelúdio, convém classificar os direitos da personalidade em relativo e absolutos. Direito da personalidade relativo consiste na incolumidade psíquica do indivíduo, a integridade anímica, a saúde da sua psique, o seu bem-estar. Relativo porque a depender da situação (que esta consiste nas circunstâncias do evento danoso e o resultado danoso), pode ou não haver obrigação de indenizar, como se verá abaixo. Já os direitos da personalidade absolutos, consistem na incolumidade da vida, da saúde, da liberdade, física, da honra, do bom nome, da reputação, da imagem, da intimidade da privacidade etc., que mesmo que tais direitos sejam violados por qualquer motivo, independentemente de culpa do ofensor (por negligência, imprudência ou imperícia), nasce a obrigação de indenizar, uma vez que a violação desses direitos seja de uma consequência relevantemente penosa para a vítima, que não há o que se falar em tolerar as consequências de tal violação como algo que devemos suportar. Por óbvio que existe a exceção da obrigação de indenizar quando da violação desses direitos, quando da ocorrência das excludentes de ilicitude em casos específicos previstos em Lei. Já no caso da violação do direito da personalidade relativo, ou seja, da saúde anímica do indivíduo, o desequilíbrio sintomático do seu bem-estar, há a possibilidade, à depender da situação fática, em que apesar de amarga, deve o indivíduo suportar, pois tais situações adéquam-se nos limites dos dissabores do cotidiano em que estamos sujeitos a experimentar na vida em sociedade.

O dissabor cotidiano deve ser considerado quando das situações em que ocorram acidentes dos quais estamos sujeitos a sofrer em nosso cotidiano na vida em sociedade, isto é, quando o evento ocorra por circunstâncias alheias à vontade do ofensor, mas que pela própria natureza da atividade que resultara no evento danoso, este está sujeito a acontecer na vida em sociedade, e com isso, tal evento danoso vindo a atingir o direito da personalidade no tocante ao bem-estar, ou seja, a incolumidade psíquica do indivíduo, apesar de amarga a situação, este deve suportá-la, por ser uma situação corriqueira do cotidiano e que todos na vida em sociedade estão sujeitos a experimentar e conseqüentemente suportar.

Ora sabemos que a vida humana em sociedade não é perfeita, não é completamente livre de acidentes e danos destes decorrentes. Portanto, não há o que se falar em dano moral nestas situações, a não ser que, por consequência desta situação, ocasione alguma concausa que traga ao indivíduo algum prejuízo de ordem moral, ou, que tais situações ultrapassem os limites do tolerável na vida em sociedade, o que concomitantemente ultrapassa-se a esfera do dissabor do cotidiano em que estamos sujeitos a suportar, e com isso configura-se o dano moral no tocante ao desequilíbrio do bem-estar da vítima.

### **1.1.3 Como mensurar se determinada situação ultrapassa ou não os limites do tolerável na vida em sociedade?**

Para tanto, devem ser analisadas a situação fática e suas consequências, e com isso ponderar se tal situação fática ultrapassa ou não estes limites do tolerável, e assim determinar se suas consequências são capazes ou não de ultrapassar um dissabor do cotidiano e conseqüentemente dar ensejo a um dano moral decorrente do abalo psíquico da vítima. Sendo que tais limites devem ser ponderados de acordo com a vida em sociedade, isto é, de acordo com os usos e costumes do local onde se pleiteia a indenização. Para facilitar a compreensão, nada melhor que exemplificar em termos práticos.

Exemplo 1: Numa situação hipotética em que um indivíduo teve sua televisão queimada por conta de uma queda de energia elétrica na sua região, e com isso, entrou em contato com a operadora de energia elétrica responsável pelo fornecimento do serviço na sua região, para relatar o dano material ocasionado e com isso pedir a devida reparação ou indenização pelo mesmo. A operadora de energia elétrica então pede um prazo de seis dias úteis para sanar o problema, e assim é feito, passados cinco dias úteis, a operadora de energia elétrica indeniza o indivíduo com o valor atual da sua televisão no mercado, para que possa comprar outra nova, idêntica a que foi danificada. Posteriormente, o indivíduo aciona judicialmente a empresa operadora de energia elétrica, requerendo indenização por danos morais que lhe trouxe a dor e sofrimento decorrentes da angústia e aflição por ter ficado cinco dias úteis sem poder assistir televisão por consequência da queda de energia elétrica da qual a ré é responsável pelo seu fornecimento.

Neste caso, a queda de energia elétrica é uma situação em que todos os indivíduos que vivem em sociedade estão sujeitos a experimentar, sendo que essa situação, apesar de amarga, faz parte dos dissabores do cotidiano em que nós estamos sujeitos a experimentar vivendo em sociedade, o que, portanto, não assiste razão à indenização pleiteada. Por outro lado, caso a empresa operadora de energia elétrica, embora tivesse pedido prazo de seis dias úteis para a devida providência em relação a reparar ou indenizar o dano ocasionado na TV do indivíduo, somente tomasse providência um mês depois de decorrido o prazo pedido, ora, é claro que, com base na sensatez, razoabilidade e ponderação, de acordo com os usos e costumes, tal mora ultrapassa consideravelmente os limites do tolerável, devendo jamais ser considerada como algo em que devemos suportar no cotidiano, pois assim se permitiria a permeação da ineficácia de tais empresas resolverem os danos causados aos seus clientes, o que seria catastrófico. Uma situação seria se a aludida empresa atrasasse dois, três ou quatro dias a mais do prazo pedido, estaria dentro do razoável, mas outra situação é tal empresa atrasar mais que o quántuplo do prazo pedido, fica um tanto quanto evidente que tal situação jamais condiz com algo

tolerável, pois se assim fosse considerado, seria completamente insensato, irrazoável e imponderado.

Assim como, se por consequência da queda de energia elétrica, desencadear uma concausa que ultrapassa os dissabores do cotidiano e realmente traga prejuízo incontroverso de ordem moral ao indivíduo, não há o que se falar em dissabor do cotidiano. Seguindo o mesmo exemplo, se por consequência da queda de energia elétrica que veio a queimar a televisão do indivíduo, este tenha ficado impossibilitado de realizar um trabalho *home office* em sua casa, em que seriam exibidos slides do seu aludido trabalho na tela da sua única televisão, então queimada, para os que compraram os ingressos para tal exibição, e com isso, este indivíduo teve que cancelar todos os ingressos vendidos, um a um, bem como a aludida exibição que diversas pessoas tinham se programado para ir, o que fez com que as pessoas desistissem de comparecer em uma nova data, gerando no indivíduo imensa dor, tristeza e sofrimento, decorrentes do infeliz ocorrido em ter abortado a realização do seu trabalho, não restam dúvidas, *in casu*, que esta concausa superveniente à queda de energia elétrica que veio a trazer o dano à TV do indivíduo seja suficientemente capaz de ensejar indenização por dano moral decorrente da dor e sofrimento consequentes da tristeza, vexame e humilhação experimentadas pelo mesmo.

Exemplo 2: Dada situação em que um indivíduo ao se dirigir até uma agência bancária, devido a grande quantidade de pessoas para serem atendidas em certo dia, fez com que o indivíduo aguardasse por mais de uma hora, mesmo no seu Município havendo legislação em que determina que o prazo máximo de espera para atendimento em agências bancárias seja de quinze minutos, sob pena de o banco pagar multa ao Município. Diante disso, o indivíduo postula no judiciário em face do banco mantenedor da aludida agência, indenização por dano moral decorrente da angústia, tormento e aflição que passou por ter que aguardar uma hora para ser atendido em tal agência bancária, considerando que há legislação determinando que o prazo máximo de aguardo para este tipo de atendimento é de quinze minutos.

Neste caso, não há o que se falar em indenização por dano moral, haja vista que na vida em sociedade é comum no cotidiano que corriqueiramente agências bancárias tenham a quantidade de demanda altamente superior àquela em que possui pessoal disponível para atendê-las, fugindo à normalidade, o que consequentemente, nós, na vida em sociedade, estamos sujeitos a experimentar este tipo de situação, a qual deve ser refutado o pedido de indenização por danos morais, por se tratar de um dissabor do cotidiano.

Em contrapartida, caso este mesmo indivíduo tivesse aguardado certa morosidade em demasia, que viesse a extrapolar os limites do tolerável na vida em



sociedade, observados os usos e costumes do local, não há o que se falar em dissabor do cotidiano. Em termos práticos, em se tratando de um grande Município ou uma Capital, em que existam diversas agências bancárias de determinado banco, e que um cliente venha a aguardar por mais de duas horas para ser atendido em certa agência, esta situação, de acordo com o contexto e costumes locais, ultrapassa os limites do tolerável, tampouco é corriqueira no cotidiano, o que, portanto, não estamos sujeitos a experimentar, muito menos suportar, o que neste caso, é flagrante a configuração da angústia, tormento e aflição indenizáveis, ou seja, incontroverso o dano moral, independentemente de culpa do banco mantenedor da agência em que ocorreu o evento danoso, salvo, é claro, caso fortuito ou força maior.

Por outro lado, supondo que numa pequena Cidade do interior, que só tenha uma agência bancária, seja corriqueiro que os clientes aguardem por mais de duas horas para serem atendidos, devido ao pequeno tamanho da agência para atender à toda população da aludida Cidade. *In casu*, o fator usos e costumes locais ganham relevância, pois considerando que se trata de uma pequena Cidade do interior, tendo somente uma agência bancária para atender toda a população, um árduo tempo de espera para ser atendido é uma situação que apesar de amarga, os indivíduos desta Cidade estão sujeitos a experimentar, não havendo o que se falar, portanto, em indenização por dano moral, neste caso.

Vistos exemplos acima, o que deve ser verificado não é se há ou não o dano moral em si, como é feito pelos magistrados, pois tanto na situação em que suas consequências se adéquam aos limites do tolerável na vida em sociedade, quanto na situação em que suas consequências extrapolam tais limites, há o desequilíbrio no bem-estar do indivíduo, o que de uma certa forma é uma ofensa, lesão, um dano que ataca o seu equilíbrio psicológico. A única diferença, e é exatamente ela que deve ser verificada, **é examinar se a situação fática ensejadora do pedido de indenização por dano moral se adéqua ou não nos limites do tolerável na vida em sociedade, e não se há o dano**. Até porque este tipo de dano moral, no que tange à ofensa à saúde anímica do indivíduo, decorrente da dor e sofrimento consequentes do tormento, angústia, aflição, tristeza etc., **é impossível de ser verificado**, justamente por se tratar de sentimentos do ser humano, sendo os sentimentos algo intrínseco do ser humano, que jamais alguém terá o poder de decidir pela pessoa o que ela sentiu ou deixou de sentir, tampouco mensurar a intensidade de tais sentimentos, uma vez que tais sentimentos são completamente abstratos perante terceiros. Como foi visto nos exemplos acima, como no caso do exemplo 1, tanto na situação em que o indivíduo teve que aguardar cinco dias úteis para ser indenizado, quanto na situação em que teve que aguardar mais de trinta dias, houve um desequilíbrio no bem-estar do mesmo, decorrente da angústia e aflição por ter ficado sem assistir sua TV, a diferença é que a primeira situação se



adéqua aos limites do tolerável na vida em sociedade, enquanto que na segunda extrapola tais limites, ou seja, o fator determinante para se estabelecer se há ou não cabimento da indenização, é se a situação ensejadora de tal pedido se adéqua ou não nos limites do tolerável na vida em sociedade, pois o dano, de uma certa forma, está presente em ambas situações, o que num caso, tal dano deve ser suportado, enquanto no outro, não. E o mesmo ocorre nos demais exemplos.

Há também certas situações em que resultam de determinada conduta dolosa do ofensor, o que deve, da mesma forma, ser feita uma devida diferenciação, se são situações resultantes de acidentes derivados de conduta culposa *stricto sensu* em que estamos sujeitos a experimentar na vida em sociedade, ou são situações em que houve a intenção de causar o dano, como segue abaixo.

Exemplo 4: O caso em que um indivíduo possui uma doença que põe em risco a sua vida, tendo como única alternativa para se livrar de tal doença determinado procedimento cirúrgico, do qual está previsto em seu contrato junto à operadora do seu plano de saúde. Ocorre que ao o indivíduo entrar em contato com a operadora do plano de saúde para solicitar a autorização para o procedimento cirúrgico vital do qual necessita, a mesma informa que não cobre mais este tipo de procedimento, ignorando, assim, o previsto em contrato. Diante disso, o indivíduo insiste e tenta mais repentinamente vezes contato com a operadora do plano de saúde para autorizar seu procedimento cirúrgico, todavia, a negativa de cobertura permanece. Passados três dias de tentativas frustradas, a operadora do aludido plano de saúde entra em contato com o indivíduo, informando que havia ocorrido um erro no sistema do banco de dados cadastrais de seus clientes, e que o contrato do indivíduo havia sido atualizado para os mais recentes em que não prevê a cobertura do procedimento cirúrgico do qual fora solicitada pelo indivíduo, que o sistema já havia se normalizado e que a cobertura para tal procedimento fora autorizada. Todavia, o indivíduo mesmo assim decide mover ação judicial para pleitear indenização por dano moral decorrente da dor e sofrimento consequentes do tormento, angústia e aflição diante da situação em que esteve durante três dias entrando em contato com a operadora do plano de saúde para haver autorizada a cobertura do seu procedimento cirúrgico, devidamente previsto em contrato, e o mesmo fora negado.

Neste caso, se tem que a conduta da negativa da cobertura do procedimento cirúrgico por parte da operadora do plano de saúde fora culposa, decorrente de um erro ocorrido de forma contingente, não intencional, portanto, convém verificar de plano, se a conduta da operadora do plano de saúde desencadeou alguma concausa que possa vim a ter causado dano no indivíduo, como por exemplo, se durante os três dias em que passou tentando a autorização da cobertura do procedimento cirúrgico junto a operadora do plano de saúde, lhe fez piorar o seu estado de saúde. Caso não haja nenhuma concausa do tipo, somente a alegação

por parte do indivíduo que sofreu a dor do tormento, angústia e aflição durante os três dias mencionados, em observância à devida ponderação e sensatez aplicadas *in casu*, adéqua-se o mesmo dentro dos limites do tolerável dos dissabores do cotidiano em que estamos sujeitos a experimentar na vida em sociedade, haja vista que tem-se presente que houve uma conduta ocasionada por um acidente, qual seja, um erro não intencional no sistema da ré, e que esta, assim que constatado o erro, buscou de imediato saná-lo e autorizar a cobertura do procedimento solicitado pelo indivíduo, concomitante ao fato de que toda a situação não se levou mais que três dias, tampouco resultou em qualquer agravação da saúde do indivíduo decorrente da doença, ora tal situação é claramente evidente que se é tolerável, não havendo, portanto, ensejo à indenização por dano moral.

Por outro lado, caso a operadora do plano de saúde se negasse durante essas três tentativas do indivíduo em solicitar a cobertura do seu procedimento cirúrgico de forma **dolosa**, mesmo tendo ciência de que tal cobertura está prevista no contrato, tendo o indivíduo além do transtorno, angústia e aflição decorrentes das repetidas tentativas de contato junto à operadora do plano de saúde para haver autorizado seu procedimento, ter que mover ação judicial para haver garantido um direito seu previsto em contrato, que simplesmente foi ignorado de forma dolosa pela ré, tendo o indivíduo mais o transtorno de pagar advogado ou aguardar um defensor público, tudo por conta de uma conduta intencional da ré, ou seja, a operadora do plano de saúde quis e agiu para que o dano fosse causado, ou, assumiu o risco do seu resultado, não há o que se falar que tal situação é tolerável sendo um dissabor do cotidiano, e sim, a devida reparação para a vítima pelo transtorno, angústia e aflição dos quais sofrera diante da conduta ilícita dolosa cometida pela ré.

Exemplo 5: Dada situação em que um indivíduo, ao conduzir seu veículo, retirando-o de uma vaga em determinado estacionamento, por descuido, sem a intenção, isto é, acidentalmente, vem a colidir com o veículo que estava estacionado à sua direita, o que vem a danificar a pintura e chaparia deste veículo, por ter causado arranhão e moessa no mesmo. Diante disso, o dono deste veículo ingressa com ação por danos morais contra o aludido indivíduo, que por consequência da colisão ocorrida diante da sua negligência, que veio a causar os mencionados danos no veículo, seu dono teve que se dirigir até uma oficina de chaparia para providenciar o reparo da moessa criada, posteriormente teve que se dirigir até uma oficina de pintura para reparar o arranhão causado, o que lhe trouxe sintomáticos transtornos devido a estes deslocamentos e perda de tempo, mesmo o valor dos reparos sendo pago pelo indivíduo causador do dano. *In casu*, por ter sido o dano causado por uma conduta negligente do indivíduo, isto é, culposa *stricto sensu*, sem a intenção de causar tal dano, o mesmo ocorrido de forma acidental, e por este tipo de acidente ser algo em que na vida em sociedade estamos sujeito a

experimentar no nosso cotidiano, não justifica tal pedido de indenização por dano moral, por mais que a situação do deslocamento e perda de tempo tenha sido um transtorno para o dono do veículo, é um transtorno em que o mesmo está sujeito a qualquer momento experimentar na vida em sociedade.

Por outro lado, caso o indivíduo de forma intencional, ou seja, dolosa, por meio de conduta comissiva voluntária, venha a colidir seu veículo com outro à sua direita ao sair de um estacionamento, com a intenção de causar tal dano, e o dono do veículo danificado, apesar de ter sido ressarcido das despesas que teve com os reparos do seu veículo, ingresse no judiciário com ação de indenização por danos morais decorrente dos transtornos que teve de deslocamentos e perda de tempo para haver o conserto da moessa e arranhão ocasionados em seu veículo decorrentes do ato ilícito doloso cometido por aquele indivíduo, não há o que se falar em dissabor do cotidiano nesta situação, uma vez que nós, na vida em sociedade, não estamos sujeitos a experimentar uma situação em que um indivíduo de forma intencional e repentina colida com seu veículo no nosso, tampouco que tal situação seja corriqueira no cotidiano, quanto menos ser tolerável.

Vistos exemplos acima, da mesma forma, a questão não é verificar o dano em si, pois tanto na situação culposa, quanto na situação dolosa há um dano, isto é, há um desequilíbrio no bem-estar do indivíduo, conforme já dito. A questão, por outro lado, nestes casos, é identificar qual **o fato ensejador do dano**, se tal fato fora acidental ou doloso. Sendo o fato acidental, deve-se analisar se este fato acidental adéqua-se aos limites do tolerável na vida em sociedade, ou, se tal fato acidental extrapola tais limites, ou, se tal fato acidental desencadeou uma concausa que venha a resultar num dano incontroverso. Sendo o fato doloso, ou seja, houve a intenção do ofensor em causar dano em outrem, não há o que se falar em dissabor do cotidiano, pois havendo o dolo, há a assunção do risco, há o elemento da vontade consciente para que tal dano ocorra, ou seja, o indivíduo quer e age para que o dano ocorra, violando a Constituição Federal e o Código Civil (e demais legislações quando o caso), e causando mal a outrem, sendo completamente insustentável, nestes casos, se falar que a situação não ultrapassa um mero dissabor, o que além de completamente incoerente e injusto perante o sofrimento da vítima, iria ser negada a vigência da Constituição Federal e das Leis, especificamente o art. 5, incisos V e X da Constituição Federal, concomitante aos arts. 186 e 927 do Código Civil, e com isso disseminar a “legalização” de atos ilícitos em violação às referidas fontes do Direito, o que seria contaminar a sociedade com o caos e a baderna.

## 2 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, só devem ser consideradas como dissabor do cotidiano, situações em que acidentalmente, sem a intenção, um indivíduo vem a causar desequilíbrio ao bem-estar de outrem, que pela própria natureza da situação

na vida em sociedade, este acidente estava propício a acontecer, devendo o ofendido suportar esta situação, desde que obviamente, não lhe ocasione alguma concausa decorrente desta situação que venha lhe trazer prejuízo de ordem moral incontroverso, e que tal situação não ultrapasse os limites do tolerável, sendo que estes limites dever-se-ão ser considerados de acordo com os usos e costumes da vida em sociedade, o que caso contrário assim ocorra, isto é, caso a situação ultrapasse estes limites, bem como se o desequilíbrio ao bem-estar do indivíduo é causado por conduta dolosa de outrem, basta a alegação da vítima da dor e sofrimento seja pela angústia, tormento, aflição, tristeza etc. por consequência do ato ilícito cometido pelo ofensor, que se deve a obrigação de indenizar, por o dano moral estar configurado das consequências *in ipso facto*, não cabendo a quem quer que seja a diabólica prepotência de se achar saber mais que a própria vítima dos seus sentimentos intrínsecos e singulares, e conseqüentemente decidir sua vida com base em uma decisão arbitrária sem prova alguma do que a vítima sentiu ou deixou de sentir, sendo, portanto, devida a reparação pelos danos morais pela vítima sofridos, na forma do art. 5º, V e X da Constituição Federal, arts. 186 e 927 do Código Civil, combinados com demais legislações aplicáveis a cada caso específico.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 2 dez. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília- DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 2 dez. 2018.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 1.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 2.

CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

NOTAS:

- [1] GOMES, Orlando. **Obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 325.
- [2] CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 89.
- [3] CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.
- [4] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 55.
- [5] DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 1, p. 105.
- [6] *Ibid.*, v. 2, p. 302.
- [7] DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 2, p. 304.

## ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR.

**JOÃO PAULO MONTEIRO DE LIMA**, o autor:

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade Legale-SP. Oficial de Justiça Avaliador Federal (TRF1).

O Código de Processo Civil, em seu artigo 825, prevê as três formas típicas de expropriação de bens do devedor: adjudicação (inciso I), alienação (inciso II), que se faz por iniciativa particular (artigo 879, I, CPC) ou em leilão judicial eletrônico ou presencial (artigo 879, II, CPC) e apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens (inciso III). O Artigo 852, por sua vez, traz uma forma atípica de expropriação, isto é, a alienação antecipada dos bens.

Em resumo, expropriar quer dizer retirar a propriedade do executado, correspondendo ao momento de satisfação do direito do exequente.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves, *com a constatação empírica da ineficácia do leilão judicial, o legislador sentiu a necessidade de prever outras formas de alienação judicial de bens, o que se pode notar com uma interessante novidade advinda da Lei 11.382/2006: a alienação por iniciativa particular.* (Manual de direito processual civil. 8ª Ed. *Jus podium*, 2016. p. 1198). O Código de Processo Civil de 2015, então, manteve tal espécie de expropriação, acrescentando novidades em relação ao procedimento a ser adotado pelo Magistrado.

O artigo 880 assim dispõe: não efetivada a adjudicação, o exequente poderá requerer a alienação por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário.

No dispositivo legal supracitado é possível constatar que a iniciativa para requerer a alienação por iniciativa particular será do exequente, que ficará responsável por sua realização, ou poderá valer-se de um corretor ou leiloeiro público.

Caberá ao juiz, no tocante ao procedimento, fixar: o prazo de realização, a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições de pagamento, as garantias e, se for o caso, a comissão de corretagem.

Em que pese ao prazo, a limitação temporal objetiva garantir que a alienação ocorra em prazo razoável, proporcionando a rápida solução do processo e a eficaz satisfação do direito do credor.

No que toca à forma de publicidade, a lei deixou certa margem de discricionariedade ao juiz, podendo, inclusive, determinar a divulgação em sites



especializados, tal como classificados, visando desonerar e desburocratizar o procedimento.

Em relação ao preço mínimo, diferentemente da adjudicação, que, de acordo com o artigo 876, *caput*, do CPC, deverá ser realizada pelo valor da avaliação, na alienação por iniciativa particular o juiz poderá fixar um valor inferior àquele da avaliação, desde que razoável.

Realizada a alienação, esta se formaliza por termo nos autos, com a assinatura do juiz, do exequente, do adquirente e, se estiver presente, do executado. Após, é expedida a carta de alienação e o mandado de imissão na posse, tratando-se de bem imóvel, ou a ordem de entrega ao adquirente, se bem móvel.

Conquanto o leilão judicial seja, tradicionalmente, a forma de expropriação mais utilizada na prática, a alienação por iniciativa particular, atualmente bem delineada pelo Código de Processo Civil, tem se mostrado forma mais eficaz e célere de expropriação de bens, uma vez que menos burocrática e onerosa ao credor.

## AS PRISÕES PROVISÓRIAS E SUA COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

**PAULO GUSTAVO GONDIM BORBA CORREIA DE SOUZA**, o autor: Pós-Graduação do Curso de Investigação, Constituição e Direito de Defesa da UNIVERSIDADE ANHANGUERA – UNIDERP - REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES

**RESUMO**[1]: As prisões provisórias previstas em nosso ordenamento jurídico vem tendo sua constitucionalidade discutida por parte de alguns doutrinadores, magistrados e advogados diante do princípio da presunção de inocência insculpido em nossa Carta Magna e surgiu na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão em 1789. É objeto do presente trabalho explicar e entender que o princípio da presunção de inocência, não impede que as prisões processuais podem ser decretadas, excepcionalmente como medida cautelar, pelo magistrado, estando demonstrado o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora*, procurando sugerir um prazo razoável para duração das referidas prisões face a omissão de nosso legislador, pois com exceção das prisões temporárias, as demais prisões provisórias não tem um prazo de duração fixado em lei, utilizando como método a pesquisa descritiva e bibliográfica de vários autores, artigos de revistas jurídicas, legislação pátria e alienígena e jurisprudência dos tribunais.

**Palavras – chave:** Prisão, Provisória, Princípio, Inocência

**ABSTRACT:** Estimated Arrests in our legal system has had its constitutionality discussed by some scholars, judges and lawyers on the presumption of innocence inscribe in our Constitution and appeared in the Declaration of the Rights of Man and Citizen in 1789. It is the object of this paper to explain and understand the principle of presumption of innocence does not prevent the arrests of procedure may be decided, exceptionally as a precautionary measure, by the magistrate, being shown the *prima facie* case and *periculum in arrears*, seeking to suggest a reasonable time of the prison to face the failure of our legislature, except as temporary prisons, other prisons do not have a temporary period of time established by law, using the research method and descriptive literature of several authors and law review articles, Brazilian legislation and case law of the alien and.

**Keywords:** Prison, Provisional, Principle, Innocence

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 – O Princípio da Presunção de Inocência. 1.1 – Conteúdo e alcance .1.2 - O princípio da não culpabilidade e o ônus da prova. 1.3 - O princípio da presunção de inocência e o princípio da prevalência do interesse do réu. 2 - Prisões Provisórias. 2.1 – Conceito. 2.2 – Motivação das prisões cautelares .2.3 – Razoável duração das prisões cautelares .3 - Prisão em flagrante .3.1 – Conceito

.3.2 – Modalidades .3.3 - Prisão em flagrante em Portugal .3.4 - Prisão em flagrante na Alemanha .3.5 - Prisão em flagrante na Espanha .4 – Prisão Preventiva .4.1 – Conceito .4.2 – Requisitos .4.3 – Pressupostos .4.4 – Fundamentos .4.5 – Fundamentação .4.6 – Duração da prisão preventiva .4.7 - Prisão Preventiva no Direito Comparado .4.8 - Alterações trazidas pela Lei 12.403/2011 .5 – Prisão Temporária .5.1 – Conceito . 5.2 – Requisitos .5.3 – Duração .5.4 – Procedimento .6 – Prisão por Sentença condenatória recorrível e Prisão por decisão de pronúncia .7 - Considerações Finais .8 Referências Bibliográficas .

---

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal consagra o princípio da presunção de inocência estabelecendo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que significa que qualquer indivíduo para ter sua liberdade cerceada e levado ao cárcere, deve ter sua culpa devidamente comprovada por meio desta sentença.

Entretanto a mesma constituição ao estabelecer que ninguém será preso em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, prevê em casos excepcionais e de maneira cautelar as prisões provisórias nos casos em que estejam presentes o *fumus boni iuris* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) que são seus pressupostos, e *opericulum libertatis* comprovando que o indivíduo em liberdade atrapalhará o bom andamento do inquérito policial ou da ação penal quer pela garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal, tudo expresso no Artigo 312 do CPP, além do descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Portanto a regra é a liberdade do indivíduo e sua prisão antes da sentença condenatória irrecorrível é exceção, devendo ser decretada por decisão judicial devidamente fundamentada estando presentes seus pressupostos e nas hipóteses previstas para que seja garantido o livre curso do processo penal a fim de se obter a verdade real, impedindo que o suspeito, investigado, denunciado ou réu atrapalhe o bom andamento da persecução criminal.

Apesar de ser admitida de forma clara pela maioria da doutrina e da jurisprudência, as prisões processuais, especialmente, a preventiva, temporária, por decisão de pronúncia e por sentença condenatória recorrível vem sendo combatida por advogados nos tribunais brasileiros, especialmente no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação de que o indivíduo somente

pode ser preso após a formação de sua culpa demonstrada por meio de uma sentença condenatória insusceptível de recurso.

Não obstante as respeitáveis opiniões em contrário, as prisões provisórias são constitucionais e não ferem o princípio da não culpabilidade, nem os demais princípios constitucionais penais.

Questão interessante e que será estudada no presente trabalho será o prazo de duração das prisões em flagrante, preventiva, por decisão de pronúncia e por sentença condenatória recorrível, pois nossa legislação não determina um prazo certo para sua duração, ficando a critério de cada juiz ou órgão colegiado, devidamente justificado, fixar o tempo em que um cidadão ficará preso processualmente, haja vista, que só a prisão temporária tem seu prazo de duração estabelecido em lei.

Em vários países democráticos como a Espanha, Portugal e Alemanha são admitidas as prisões cautelares, especialmente a preventiva e em flagrante delito, cujas respectivas legislações ao contrário da nossa, estabelece um prazo em que um cidadão terá sua liberdade cerceada.

Primeiramente definiu-se o princípio da presunção de inocência, estabelecendo o seu alcance e sua relação com outros princípios constitucionais como o do favor rei e do ônus da prova.

Em seguida conceituou-se as prisões provisórias demonstrando quando são necessárias ao bom andamento da persecução criminal, explicando que sempre para serem decretadas devem ser devidamente motivada, para ao término do capítulo refletir e apresentar sugestões a cerca de qual seria o prazo razoável para a duração das referidas prisões.

No terceiro capítulo estuda-se a prisão em flagrante em suas modalidades mostrando como este instituto é tratado na Espanha, Portugal e Alemanha.

No quarto capítulo foi estudado a prisão preventiva estabelecendo seus requisitos, hipóteses e momento para sua decretação traçando um paralelo com o direito comparado.

Nos capítulos seguintes foi explicado os momentos de decretação, requisitos e hipóteses de decretação da prisão temporária, por decisão e pronúncia e por sentença condenatória recorrível

## **1. Princípio da Presunção de Inocência**

### **1.1 Conteúdo e alcance**

O Princípio da presunção de inocência também chamado da não culpabilidade, previsto no Artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conseqüentemente, antes do transito em julgado da sentença condenatória, o réu deve ser visto como inocente das acusações que lhe são imputadas, cabendo ao Estado acusador a prova da culpabilidade do agente causador do delito.

As pessoas nascem inocentes, sendo esse seu estado natural, razão pela qual para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado – acusação evidencie, com provas suficientes ao Estado – Juiz a culpa do réu.[2]

Sendo assim, por imposição do princípio em comento as prisões provisórias são cautelares e só podem ser decretadas em casos excepcionais atendendo os requisitos e pressupostos legais, desde que devidamente fundamentada em uma decisão judicial.

O Princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências uma regra de tratamento que impede o poder público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do poder judiciário.[3]

Ionilton Pereira do Vale comentando algumas decisões do STF a respeito deste princípio nos ensina que:

A restrição à liberdade do acusado somente pode ser cerceada em caráter excepcional, tendo em vista que o princípio visa à tutela da liberdade, não sendo outorgado ao estado antecipar os efeitos da sentença condenatória. A esta excepcionalidade deve juntar-se a necessidade (ou imprescindibilidade) da imposição da medida, qualquer que seja o crime que seja atribuído ao pretense culpado. O decreto de prisão preventiva deve ter um dado concreto que a justifique.[4]

Para Fernando Capez

“O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c)

no curso do processo penal, como paradigma do tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual"[5]

Comungando do mesmo entendimento Denilson Feitoza citando Carlos Rubianes

"decorre deste princípio: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, segundo a lei (portanto, deve haver o *fumus boni jûris* e *opericulum in mora*); b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando, para sua absolvição, a dúvida a respeito de sua culpa (*indubio pro reo*)".[6]

## 1.2 O Princípio da não culpabilidade e o ônus da prova

A nossa Carta Magna consagra a inocência de todo indivíduo até que seja condenado por um sentença que não caiba mais recurso, assim sendo cabe ao órgão encarregado da persecução criminal provar que o investigado, denunciado ou réu seja o autor do crime em questão, não cabendo a este provar sua inocência, apenas demonstrar aquilo que argüi em sua defesa.

Alexandre de Moraes aponta como uma das exigências decorrentes do princípio da inocência é que o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos.[7]

Segundo Vale à acusação compete provar os fatos constitutivos de seus direitos que são a autoria, a materialidade e a tipicidade. Deve, portanto, provar a existência do fato criminoso e a relação de causalidade, bem como o elemento subjetivo da culpa.[8]

É esse o entendimento do STF: "Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado.[9]

## 1.3 - O princípio da presunção de inocência e o princípio da prevalência do interesse do réu

A aplicação do *indúbio pro reo* em muitas vezes se confunde com a presunção da inocência, mas é perceptível que ele é uma extensão deste, servindo de instrumento, concedendo eficácia ao estado de inocência, por ser legítimo o pleito de observações demonstradas.



Decorre deste princípio que durante a instrução processual havendo dúvida quanto à possibilidade de ser o réu autor do crime objeto da persecução criminal, devido a insuficiência de provas trazidas no bojo da ação penal o mesmo deverá ser absolvido.

Nas lições de Paulo Rangel citado por Vale

O princípio do favor rei é a expressão máxima dentro de Estado constitucionalmente democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda o *jus libertatis* do acusado, visto que trata-se de regra de processo penal, que impõe ao juiz seguir a tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação.[10]

## **2 – Prisões Provisórias**

### **2.1 – Conceito ação penal**

A prisão provisória também chamada de prisão processual a ser decretada no curso do inquérito policial ou durante a ação penal é cautelar e só pode ser decretada em caráter excepcional estando demonstrado o *fumus boni iuris e o periculum libertatis* previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, desde que devidamente fundamentada conforme o Art. 5º, LXI da carta magna ao dispor que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Dentre as prisões cautelares nós temos a preventiva, temporária, em flagrante delito, por decisão de pronúncia e por sentença condenatória recorrível que serão estudadas em capítulos a parte.

Todas as legislações do mundo admitem, em maior ou menor intensidade, a prisão provisória, também denominada prisão processual, como “um mal necessário”. Mal, porque põe em perigo o *jus libertatis* do cidadão, que a lei maior protege e preserva. Necessária porque sem ela, muitas vezes, não se assegurariam a ordem pública, a regular colheita do material probatório para um julgamento justo e o império efetivo da lei penal.[11]

Comungando do mesmo pensamento Capez

A prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento jurídico pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni*

*ius in periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto sim violaria o princípio da presunção de inocência”.[12]

## **2.2 - Motivação das Prisões Cautelares**

A Constituição Federal em seu Artigo 5º, LXI, em como o Artigo 315 do Código de Processo Penal exige que o juiz para decretar a prisão de alguém em caráter provisório, o faça por meio de uma decisão devidamente fundamentada.

Pela nova ordem constitucional, estão sujeitas à fundamentação todas as decisões judiciais, notadamente aquelas que importem restrição ao status libertatis do cidadão (STF – 1ªT. – HC nº 68.862/PA – Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 4, out. 1991, p. 13.781)

Mirabete em comentários ao Artigo 315 do CPP

“Trata-se de medida cautelar de privação de liberdade que exige uma exposição fundada em dados concretos que motivem sua adoção, não bastando que o magistrado se refira genericamente aos autos, ou transcreva simplesmente os dizeres da lei. Exige-se uma fundamentação que não diga respeito a meras suposições. Evidentemente, não é necessário que o despacho seja longo, como se o juiz fundamentasse uma decisão condenatória, sendo suficiente que aponte os fatos em que funda a decisão, expondo a conveniência da custódia”[13].

“É de se acentuar que os crimes violentos e os crimes demonstrativos de conduta vil devem ser encarados com rigor pela justiça penal, até mesmo como medida de defesa da sociedade em face da criminalidade emergente. Daí por que não se deve emprestar rigor acadêmico à tese de longa fundamentação de decisões que decretam a custódia preventiva a criminosos violentos e confessos, cuja liberdade constitui motivo de insegurança e temor social” (STJ – HC 8.478 – SP, 6ª T. Rel. Vicente Leal, 20.04.1999, v.u., DJ 24.05.1999).

## **2.3 - Razoável duração das prisões cautelares**

Nosso ordenamento jurídico, com exceção da Lei 7.960/89 que disciplina a prisão temporária, não estabelece um prazo certo para que as prisões provisórias

tenham duração, ficando a critério dos magistrados o tempo em que o investigado ou réu terá sua liberdade cerceada cautelarmente, ao contrário de legislações de outros países como a Portuguesa que prevê um prazo máximo de dois anos até o trânsito em julgado da sentença condenatória podendo ser prorrogada até quatro anos em crimes complexos tendo em vista a multiplicidade de crime, quantidade de réu. Na Espanha o preso provisório fica no cárcere no, máximo dois anos podendo ser prorrogada até quatro, enquanto que na Alemanha a prisão provisória tem duração máxima de seis meses podendo ser alongada por mais de seis meses nos casos mais complexos.

A jurisprudência havia criado o prazo de 81 dias para o encerramento da instrução criminal quando o réu estivesse preso que contaria a partir da prisão do mesmo quer seja em flagrante ou pelas demais modalidades de prisão cautelar, isto é, qualquer pessoa deveria ficar presa cautelarmente durante o tempo fixado em lei para a formação das provas contra ela.

Nucci defende que a prisão cautelar perdure, até quando seja necessário, durante a instrução, não podendo, é lógico ultrapassar eventual decisão absolutória, bem como o trânsito em julgado de decisão condenatória. A prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo esta prolongar-se indefinidamente, por culpa do juiz ou por provocação do órgão acusador[14].

Acrescentando que o magistrado adotando a razoabilidade, cabe avaliar, no caso concreto, o que ultrapassar medida do bom senso. Somente para ilustrar, quem estiver sujeito a uma pena variável de 4 a 10 anos (Art.157 CPB), não possuindo outras condenações, não poderia ficar detido sem culpa formada por mais de um ano.[15]

Determinadas infrações penais, quando, por exemplo, praticadas com violência e/ou grave ameaça, envolvendo um número elevado de autores e partícipes, sobretudo quando reunidos em quadrilha, certamente poderiam justificar a superação de um excesso de prazo, desde que ainda possível a sua recuperação nas etapas procedimentais posteriores. Nessa situação, a complexidade da investigação e o risco potencial decorrente da soltura dos agentes reclamariam a adoção de critérios de razoabilidade na interpretação da lei. [16]

Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional fixa um prazo máximo de 180 dias em cada grau de jurisdição para a duração da prisão preventiva, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora.

Porém este prazo de 180 dias, levando-se em conta a imensa quantidade de processos existentes nas varas criminais das capitais e cidades maiores e nas cidades do interior onde apenas um magistrado tem que dar conta de outras áreas,

seria insuficiente, por exemplo, nos processos mais complexos, tendo em vista a gravidade do crime e número de réu, como por exemplo uma ação penal que apure crimes de homicídios e tráfico de drogas praticados por grupo de extermínio, nunca ir-se-ia terminar a instrução processual com toda produção de prova necessária em apenas 180 dias quando os acusados permaneceriam detidos, neste caso dever-se-ia conjugar este prazo de 180 dias com a razoabilidade nos casos excepcionais.

Nesse sentido

**STF** - EMENTA: HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. EXCESSO DE PRAZO. RAZOABILIDADE. COMPLEXIDADE DO PROCESSO. 1. É legítima a prisão preventiva fundada na necessidade da instrução criminal, na garantia da aplicação da lei penal e na preservação da ordem pública, estando esses requisitos concretamente demonstrados na decisão que a decretou. 2. Excesso de prazo na instrução criminal. Alegação improcedente, dada a complexidade do processo caracterizada pela quantidade de co-réus e a necessidade da expedição de precatórias para a oitiva de testemunhas residentes em outras comarcas. Precedentes. Habeas-corpus indeferido. (STF, HC 82138 / SC. Relator:Min. MAURÍCIO CORRÊA - Publicação: DJ 14-11-2002 PP-00053).

### **3 – Prisão em Flagrante**

#### **3.1- Conceito**

Segundo o Artigo 302 do Código de Processo Penal considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal, acaba de cometê-la, é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor de infração ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que o façam presumir ser ele autor de infração.

Nossa Carta Magna autoriza esta modalidade de prisão cautelar no Art. 5º, LXI ao dispor que ninguém será preso senão em flagrante delito. A pessoa é presa em flagrante delito quando está cometendo uma infração penal ou acaba de cometê-la.

Nas lições de Fernando Capez, a prisão em flagrante é, portanto, medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independentemente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.[17]

Nestor Távora e Rosmar Antonni conceituam a prisão em flagrante como sendo o delito que ainda “queima”, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acaba de sê-lo. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter

eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino.[18]

O magistério de Mirabette nos ensina que flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a “certeza” visual do crime”. Assim, a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante pelo delegado de polícia, o juiz será comunicado em até 24 horas para examinar a legalidade deste ato de polícia judiciária, e homologar o flagrante mantendo o detido encarcerado ou se o mesmo verificar que o agente cometeu o crime embasado em uma das causas de excludentes de ilicitude ou se não estão presentes as hipóteses que autorizam a prisão preventiva, o magistrado poderá ouvido o ministério público conceder a liberdade provisória do preso em flagrante delito.

### **3.2 – Modalidades**

O artigo 302 do Código de Processo Penal pátrio elenca as três modalidades de prisão em flagrante, o flagrante próprio ou perfeito (inciso I e II), flagrante impróprio ou imperfeito (inciso III) e o flagrante presumido (inciso IV).

O flagrante próprio dar – se – á quando o autor da infração penal é preso cometendo – a, ou seja, praticando seus atos executórios ou é surpreendido acabando de cometê-la, consumando o delito.

“É a modalidade que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há uma vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão. [19]

Para Eugênio Pacelli

“Bem examinadas as coisas, veremos que apenas a situação mencionada no artigo 302, inciso I, do CPP, se prestaria a caracterizar uma situação de ardência, de visibilidade incontestável de prática do fato delituoso.[20]

Na hipótese do inciso II a prisão do autor deve ser feita imediatamente após a prática do delito, o sujeito ativo deve ser detido ainda na cena do crime, ao acabar de cometê-la, praticando todos os atos de execução.

Complementa Pacelli

“Mas o mencionado art. 302 prevê também como situação de flagrante quando alguém acaba de cometer a infração penal (II), em que, embora já desaparecida a ardência e crepitação, pode-se colher elementos ainda sensíveis da existência do fato criminoso, bem como sua autoria.[21]

O inciso III do Artigo 302 do CPP prevê o flagrante impróprio quando o sujeito ativo é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor de infração.

A expressão logo após é bastante discutida na doutrina e na jurisprudência, mas é consenso que compreende o espaço de tempo necessário em que a polícia toma conhecimento da prática da infração penal e de suas peculiaridades, toma as medidas rápidas e inicia-se a perseguição do suspeito prendendo-o em local diverso da prática da infração.

Nesse sentido ensina Nestor Távora e Rosmar Antonni:

“A expressão “logo após” abarca todo o espaço de tempo que flui para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição do autor”[22].

Complementa Pacelli:

“A perseguição deve ser iniciada logo após o cometimento do fato, ainda que o perseguidor não o tenha efetivamente presenciado. Não há um critério legal objetivo para definir o que seja o logo após mencionado no art. 302, devendo a questão ser examinada sempre a partir do caso concreto, pelo sopesamento das circunstâncias do crime, das informações acerca da fuga e da presteza da diligência persecutória”[23].

No Magistério de Guilherme de Souza Nucci a expressão logo após, querendo demonstrar que a perseguição deve iniciar-se em ato contínuo à execução do delito, sem intervalos longos, demonstrativos da falta de pistas. “ a perseguição há que ser imediata e ininterrupta, não restando ao indigitado autor do delito qualquer momento de tranqüilidade.

O flagrante presumido encontra-se previsto no inciso IV quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Ensina Mirabete que “não é necessário no caso que haja perseguição, mas sim que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com coisas que traduzem um veemente indício de autoria ou participação no crime. Nessa hipótese, a pessoa não é “perseguida”, mas “encontrada”, pouco importando se por puro acaso, ou seja, foi procurada após rápidas investigações. Para a configuração



da flagrância presumida nada mais se exige do que estar o presumível delinqüente na posse de coisas que indicam ser ele o autor do delito acabado de cometer”[24].

Outra questão polêmica é o significado da expressão logo depois que para muitos doutrinadores este prazo pode compreender várias horas após o cometimento do crime, sendo um pouco maior do que o logo após do inciso anterior.

De acordo com Nucci citando Roberto Delmanto Júnior ‘É que devido, a maior fragilidade probatória, a expressão logo depois, deve ser interpretada de forma ainda mais restritiva do que a expressão logo após do inciso III, admitindo-se elastério temporal maior.[25]

A doutrina tem entendido que o “logo depois”, do flagrante presumido, comporta um lapso temporal maior do que o “logo após” do flagrante impróprio.[26]

O intervalo temporal contido na expressão “logo depois”, do inciso, IV, do art. 302, do CPP, não pode ser medido de maneira rígida, devendo o Juiz, em cada caso, em face dos demais dados objetivos com ele relacionados fixar a conexão temporal a fim de verificar se o tempo decorrido entre o fato e a prisão pode ser considerado próximo ou imediato, quando se tratar de flagrante impróprio. (RJDTACRIM 7/211, 212).

Temos também os denominados flagrante preparado, forjado, esperado e controlado, os quais carecem de tecer comentários a respeito.

A Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal prescreve que não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

É o denominado flagrante preparado que é “aquele em que há instigação, induzimento ou participação material (ou cumplicidade) da autoridade ou de seus agentes para que alguém pratique uma infração penal, objetivando prendê-lo em flagrante. Se a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação, trata-se de crime impossível. Se não há crime, não poderia, a rigor, haver prisão em flagrante também”[27].

Para Eugênio Pacelli “o flagrante preparado se dá geralmente por dupla fundamentação, a saber: a primeira, porque haveria na hipótese a intervenção decisiva de um terceiro a preparar ou a provocar a prática da ação criminosa, e, assim, do próprio flagrante; a segunda por que dessa preparação, por parte das autoridades e agentes policiais, resultaria uma situação de impossibilidade de consumação da infração de tal maneira que a hipótese se aproximaria do conhecido crime impossível”[28].

Se um policial pede que uma pessoa lhe consiga determinada quantidade de droga e quando esta vai lhe entregar a quantidade de entorpecente solicitado estamos diante do flagrante preparado, pois o agente provocador induziu, instigou terceiro a praticar o tipo penal descrito como tráfico de drogas, neste caso é crime impossível e jamais poder-se-ia ocorrer o flagrante.

Diferentemente ocorre no flagrante esperado, no qual, a polícia obtém um informe de que algum crime será praticado por certa pessoa em um determinado lugar e vai ao local a fim de prendê-lo. Neste caso não houve agente provocador, pois a polícia não instigou nem incutiu na mente de ninguém que praticasse um crime.

Segundo Nucci no flagrante esperado “não há agente provocador, mas simplesmente chega à polícia a notícia de que um crime será, em breve, cometido. Deslocando agentes para o local, aguarda-se a sua ocorrência, que pode ou não se dar da forma como a notícia foi transmitida. Logo, é viável a sua consumação, pois a polícia não detém certeza absoluta quanto ao local, nem tampouco controla a ação do agente criminoso. Enfim, poderá haver delito consumado ou tentado, conforme o caso, sendo válida a prisão em flagrante, se efetivamente ocorrer”[29].

No flagrante forjado, o nome já diz, alguma pessoa sendo policial ou não forja a prova da materialidade do crime colocando, por exemplo, no carro ou bolsa de outrem determinada quantidade de entorpecentes ou algum revólver por exemplo para poder incriminá-lo

Na lição de Néstor Távora:

o flagrante forjado é aquele armado, fabricado, realizado para incriminar pessoa inocente. É a lúdima expressão do arbítrio, onde a situação de flagrância é maquinada para ocasionar a prisão daquele que não tem conhecimento do ardid. É uma modalidade ilícita de flagrante, onde o único infrator é o agente forjador, que pratica o crime de denúncia caluniosa, e sendo agente público, também abuso de autoridade[30].

A lei 9.034/95 que regula o crime organizado em seu artigo 2º, II permite a ação controlada que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a mediada legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

A Lei 11.343/06 em seu artigo 53 permite a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de

identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

É a figura do flagrante controlado, retardado, diferido ou de ação controlada que difere do flagrante esperado pois neste o agente policial tem a obrigação de prender em flagrante a pessoa que inicia a prática do crime, isto é, cometeu o crime tem que autuar, enquanto que no flagrante retardado os agentes policiais têm a discricionariedade do melhor momento para realização da prisão no tocante a maior colheita de provas para investigação.

É um flagrante de feição estratégica, pois a autoridade policial tem a faculdade de aguardar, do ponto de vista da investigação criminal, o momento mais adequado para realizar a prisão, ainda que sua atitude implique na postergação da intervenção. Mesmo diante da ocorrência da infração, pode-se deixar de atar, no intuito da captura do maior número de infratores, ou da captação de um maior manancial probatório. Esta hipótese não se confunde com o flagrante esperado, pois neste a polícia aguarda o início dos atos executórios, e, uma vez iniciados, estará obrigada à realização da prisão[31].

Nesse sentido Capez ensina:

Neste caso, portanto, o agente policial detém discricionariedade para deixar de efetuar a prisão em flagrante no momento em que presencia a prática da infração penal, podendo aguardar um momento mais importante do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de prova[32].

### **3.3 Prisão em Flagrante em Portugal**

De acordo com o Código de Processo Penal Português no tocante à prisão em flagrante “qualquer pessoa pode efetuá-la se uma autoridade judiciária ou entidade policial não puderem ser chamadas em tempo útil (art. 255). Entende-se por flagrante delito todo o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer ou, ainda, o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objetos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar (art. 256). O detido deve ser apresentado no prazo máximo de quarenta e oito horas ao juiz que o restituirá à liberdade ou aplicará alguma medida de coação.”[33]

Como se infere dos citados artigos é muito semelhante ao nosso ordenamento jurídico prevendo em Portugal o flagrante próprio quando alguém é preso em flagrante delito cometendo o crime ou acabando de cometê-lo; o flagrante impróprio e presumido quando o agente, for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objetos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar.

O Artigo o art. 254, 'a', do Código de Processo Penal Português determina que o preso em flagrante delito, no prazo máximo de 48h, deverá ser apresentado ao juiz, que decidirá sobre a prisão cautelar aplicável, após interrogar o detido dar-lhe oportunidade de defesa.

Como se vê no Brasil o juiz será comunicado em até 24 horas da prisão em flagrante para que ao analisar o auto de prisão em flagrante delito possa homologá-la, relaxar ou conceder a liberdade provisória do autuado.

### **3.2 Prisão em Flagrante na Alemanha**

Ainda segundo Campos na Alemanha, admite-se que qualquer pessoa realize a prisão em flagrante de alguém surpreendido cometendo um delito, se houver risco de fuga ou não for possível identificá-lo imediatamente (§ 127, I, StPO - *Strafprozeßordnung*). O membro do Ministério Público e as autoridades policiais poderão nesses casos determinar a prisão se satisfeitos os pressupostos da prisão provisória (§ 127, II), quando o tempo necessário à obtenção de ordem judicial puder comprometer as investigações[34].

No mesmo sentido leciona Beneti

A prisão em flagrante será realizada independentemente de mandado judicial, pela autoridade pública ou por qualquer cidadão, no momento da ocorrência de uma infração penal ou logo em seguida a ela.[35]

E acrescenta

Mas o mesmo dispositivo concede autorização para a prisão, sem ordem judicial, ao Ministério Público e à Polícia, "no caso de perigo de retardamento, se presentes os pressupostos para a ordem de prisão ou a ordem de internamento. Não se trata, nesse caso, de prisão em flagrante, pois o agente não terá sido preso cometendo ou acabando de cometer a infração penal[36].

Do mesmo modo que em nossa legislação na Alemanha o preso em flagrante delito será apresentado ao juiz no prazo de 24h a fim de que o mesmo decida se o autuado continuará preso ou será posto em liberdade.

### **3.3 Prisão em Flagrante na Espanha**

A Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEcrim) espanhola em seu Artigo 490, § 1º e 2º determina que qualquer pessoa poderá e os policiais deverão prender em flagrante quem esteja na iminência de cometer um crime ou o comete,

assemelhando-se ao disposto no Artigo 302, I e II de nosso código de processo penal, o chamado flagrante próprio.

O artigo 496 do referido diploma determina que o preso deverá ser apresentado ao juiz do local onde a prisão foi efetuada ou no local mais próximo no prazo de 24 horas podendo ser prorrogado em até 48 horas em pedido fundamentando ao magistrado que, por sua vez, terá o prazo de 72 horas para converter a prisão em flagrante em prisão provisória caso atenda seus requisitos, deixá-la sem efeito ou conceder a liberdade provisória.

## **4. Prisão Preventiva**

### **4.1 Conceito**

De acordo com o magistério de Nucci “a prisão preventiva é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitando os requisitos estabelecidos em lei”[37].

“É uma prisão provisória, de natureza cautelar e processual, decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento, durante inquérito policial ou processo penal, decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento, durante inquérito policial ou processo penal, quando presentes certos pressupostos ou requisitos legais”. [38]

Conforme dispõe o artigo 311 do CPP a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou do querelante ou mediante representação da autoridade policial.

### **4.2 Requisitos**

Os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva são os seus pressupostos demonstradores do *fumus commissi delicti*, os fundamentos que demonstram o *periculum libertatis* e as condições de admissibilidade.

Os pressupostos da prisão preventiva de acordo com o artigo 312 do CPP são a prova da existência do crime e indícios suficiente de autoria, enquanto que os fundamentos da decretação desta modalidade de prisão processual são a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, asseguaração da aplicação da lei penal e garantida ordem econômica e por fim as condições de admissibilidade são as previstas no Artigo 313 do CPP.

### **4.3 Pressupostos**

A prova da existência do crime é a sua materialidade, deve estar demonstrada nos autos de que o crime ocorreu.

Em relação aos indícios suficientes de autoria, basta que haja dentro dos autos algumas provas de que indique que determinada pessoa foi a autora do delito, não se exigindo prova plena, esta necessária para a condenação.

#### **4.4 Fundamentos**

Como vimos anteriormente são fundamentos para a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, asseguarção da aplicação da lei penal e garantida ordem econômica.

A garantia da ordem pública autoriza a decretação da prisão preventiva quando o agente por sua personalidade, pela maneira de execução dos crimes que cometeu, pelos antecedentes criminais que possuiu, pela sua periculosidade, demonstra que é propenso à prática de crimes e com o seu encarceramento sob este fundamento evita-se que no curso do inquérito policial e ação penal o infrator perpetre novos delitos.

“Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida.”[39]

Néstor Távora afirma que a “decretação da preventiva com base neste fundamento objetiva evitar que o agente continue delinqüindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranqüilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinqüindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória”[40].

Para Capez a decretação da prisão preventiva sob este fundamento “visa impedir que o agente, solto, continue a delinqüir, não se podendo aguardar o provimento definitivo pois até lá o sujeito já terá cometido inúmeros delitos[41]”.

Vale ressaltar que alguns doutrinadores, como Nucci, entendem que é necessário garantir a ordem pública pela gravidade da infração e quando há repercussão social, porém não tem em sido esse o entendimento do STF.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. WRIT IMPETRADO CONTRA DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFIQUEM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE NO ÉDITO CONDENATÓRIO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA (ART. 312 DO CPP).



PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I – Prejudicado o habeas corpus impetrado contra decreto de prisão preventiva em face da superveniência de sentença condenatória, que constitui novo título a embasar a custódia. II – Configura constrangimento ilegal a manutenção da prisão preventiva fundada apenas na gravidade do delito e em sua repercussão social. III - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. IV – Ordem concedida. (HC 102111, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/11/2010, DJe-044 DIVULG 04-03-2011 PUBLIC 09-03-2011 EMENT VOL-02477-01 PP-00032)

Por conveniência da instrução criminal há de entender-se a prisão decretada em razão da perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido.”[42]

Para Nucci a conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal é motivo a ensejar a prisão preventiva.[43]

Nesse mesmo sentido Távora:

“Tutela-se a livre produção probatória, impedindo que o agente destrua provas, ameace testemunhas, ou comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. Deve-se com isso imprimir esforço no atendimento ao devido processo legal, que é a expressão de garantia, na faceta da justa e livre produção do manancial de provas.”[44].

Vale mencionar que a lei fala em instrução criminal, mas se o agente obstrui a produção de provas durante o inquérito policial, também autoriza a decretação da prisão preventiva sob este fundamento.

Em relação a garantia da aplicação da lei penal o legislador quer assegurar a futura execução da pena para que ao final da persecução penal com a sentença condenatória transitada em julgado o réu cumpra a penalidade imposta o que não seria possível se este fugisse sem que a justiça soubesse do seu paradeiro.

Para Mirabete com a medida cautelar pode-se impedir o desaparecimento do autor da infração que pretenda se subtrair aos efeitos da eventual condenação. O acusado que não tem profissão definida, não possui endereço conhecido, não reside no distrito da culpa, não tem laços familiares etc. pode perfeitamente evitar a aplicação da lei penal, sem maiores prejuízos para si, desaparecendo da comarca. [45]

O acusador pretende obter a sentença penal condenatória transitada em julgado, que permita a aplicação da lei penal, ou seja, execução da pena. Todavia, pode ser que quando obtenha a referida sentença, não se consiga mais executar a pena, em virtude de o acusado se encontrar em lugar ignorado. Assim, pode ser decretada a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, quando o acusado, por exemplo, foge do distrito da culpa.[46]

A ordem econômica é espécie da ordem pública e será cabível nos casos em que podem provocar, dentre outras, as situações mencionadas no artigo 20 da lei 8.884/90, especialmente no que se refere ao prejuízo causado à livre concorrência ou à livre iniciativa (TRF da 3ª região, 5ª turma, RSE nº 2000.61.81.004885-2/SP, Rel. juíza Suzana Camargo, j. 13/03/201, DJU, p. 1286, 03/04/2001).

#### **4.5 Fundamentação**

A Constituição Federal em seu artigo 93, IX e o Artigo 315 do CPP exige que o juiz ao decretar a prisão preventiva fundamente seus despacho.

“O magistrado está obrigado a indicar no mandado os fatos que se subsumem à hipótese autorizadora da decretação da medida. Decisões vazias, com mera reprodução do texto da lei, ou que impliquem em conjecturas, sem destacar a real necessidade da medida pelo perigo da liberdade, não atendem à exigência constitucional. No entanto, não é necessário que a decisão seja extensa, basta que de forma objetiva o magistrado demonstre o preenchimento dos requisitos legais, extraídos dos autos do inquérito ou do processo, que contribuiriam para a formação do seu convencimento.”[47]

Feitoza explica que a decisão do juiz deve basear-se em elementos concretos constantes nos autos, como declarações de testemunhas, folhas de antecedentes criminais etc., não podendo decretar a prisão com base em meras suposições O juiz deve fazer referência expressa ao fundamento da prisão preventiva, mencionando em que se consubstancia, faticamente seu fundamento. Não pode, simplesmente, fazer referência genérica ao fundamento.[48]

Não é necessário que o magistrado exponha suas fundamentações no despacho que decretar a prisão preventiva de maneira extensa como se estivesse

prolatando uma sentença, pode o fazer de maneira concisa, objetiva, desde que faça constar os requisitos legais que estão presentes nos autos.

Nesse Sentido duas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONCRETAMENTE DEMONSTRADOS: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA INCONTESTÁVEL. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Decretação da prisão preventiva, baseada na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a prisão cautelar, especialmente em razão da participação da Paciente em organização criminosa, da possibilidade de reiteração delituosa e da fuga do distrito da culpa, situação que perdura até a presente data. Precedentes. 2. Ordem denegada. (HC 106702, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2011 PUBLIC 27-05-2011)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Existem fundamentos autônomos e suficientes para a manutenção da prisão do Paciente: a garantia da ordem pública em razão da periculosidade (crueldade) evidenciada pelo modus operandi e a garantia de aplicação da lei penal devido ao risco concreto de que o Paciente venha a foragir. 2. Apesar de sucinta, a decisão está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos. 3. Ordem denegada. (HC 105043, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 05-05-2011 PUBLIC 06-05-2011).

#### **4.6 Duração da Prisão Preventiva**

A prisão preventiva não tem prazo definido em lei para sua duração. A duração da prisão preventiva do indiciado ou réu fica a critério do magistrado que levará em conta a proporcionalidade e a razoabilidade para decidir o tempo em que alguém ficará preso preventivamente. Em muitas investigações policiais e ações penais tem sido comum que existam vários agentes que cometeram uma multiplicidade de crimes e devido a esta complexidade de fatores os tribunais vem entendendo que a prisão posse perdurar até anos, porém não poderá ultrapassar uma sentença absolutória ou sobrevenha uma sentença condenatória transitada em julgado.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL JUSTIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI. PACIENTE MEMBRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM INDEFERIDA. 1. O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal determina que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. 2. O excesso de prazo alegado não resulta de simples operação aritmética, porquanto deve considerar a complexidade do processo, o retardamento injustificado, os atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos; fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal. 3. In casu, o julgamento da apelação interposta pelo paciente está aguardando a designação de data porque a defesa, a todo momento, provoca incidentes, sendo prudente aguardar este julgamento a fim de que nele o juiz da causa possa, com mais elementos, decidir sobre a revogação, ou não, da custódia cautelar. 4. A regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão constitui exceção, admissível apenas em situações específicas nas quais reste comprovada a real necessidade da segregação (Precedente: HC n. 92.682/RJ, 1ª Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º.12.10). 5. A custódia cautelar é medida excepcionalíssima, somente admitida em situações de absoluta necessidade, não podendo, jamais, consubstanciar cumprimento antecipado da pena. 6. A prisão preventiva, por sua vez, somente se justifica quando demonstrada sua real necessidade mediante a

satisfação dos pressupostos a que se refere o artigo 312 do CPP. 7. No caso sub judice, a prisão preventiva foi satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, ressaltando-se o fato de o paciente ter sido condenado de integrar extensa organização criminosa dedicada à prática de delitos inafiançáveis. (HC n. 104.699/SP, 1ª Turma, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJ de 23.11.10, e HC n. 103.107/MT, 1ª Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 29.11.10). 8. Ordem indeferida. (HC 98620, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-103 DIVULG 30-05-2011 PUBLIC 31-05-2011 EMENT VOL-02533-01 PP-00030)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPLEXIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE INÉRCIA OU DESÍDIA DO PODER JUDICIÁRIO. ORDEM DENEGADA. I - O prazo para julgamento da ação penal mostra-se dilatado em decorrência da complexidade do caso, evidenciada pelos diversos crimes de que são acusados os réus (tráfico de drogas, associação para o tráfico de drogas, estelionato e lavagem de dinheiro), a prática das condutas em diferentes estados do país (São Paulo, Tocantins, Mato Grosso e Amazonas); o grande número de testemunhas arroladas, a expedição de diversas cartas precatórias e os sucessivos incidentes processuais. II - É justificável eventual dilação no prazo para encerramento da instrução processual quando se trata de ação penal complexa e o excesso de prazo não decorra da inércia ou desídia do Poder Judiciário. Precedentes. III - Habeas corpus denegado. (HC 102062, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-03 PP-00597).

#### **4.7 Prisão Preventiva no Direito Comparado**

De acordo com Campos, no direito Alemão, A prisão provisória (*Untersuchungshaft*) não será cabível quando desproporcional ao crime ou à pena que provavelmente será imposta (§ 112, I, StPO). Ela pode ser decretada por um juiz em qualquer momento do processo ou da fase investigatória se existir um alto grau



de probabilidade de que o suspeito cometeu um crime e se estiverem presentes todos os pressupostos de punibilidade e condições de procedibilidade. É necessária ainda a presença de algum dos seguintes motivos: a) o suspeito fugiu ou se escondeu (§ 112, II, 1, StPO); b) consideradas as circunstâncias do caso, concluir-se que há o risco de o acusado evadir-se - risco de fuga (§ 112, II, 2, StPO); c) a conduta do acusado provoque sérias suspeitas de que ele vá, pessoalmente ou por terceiros: c.1) destruir, remover, suprimir ou falsificar provas (§ 112, II, 3, "a", StPO); c.2) indevidamente influenciar co-acusado, testemunhas ou peritos (§ 112, II, 3, "b", StPO); d) se existir perigo de que a descoberta da verdade se torne mais difícil - risco de obstrução do procedimento (§ 112, II, 3, "c", StPO). A prisão não poderá durar mais do que seis meses pelo mesmo fato sem que o réu tenha sido julgado e condenado, salvo se existirem dificuldades especiais, se a investigação for complexa ou se estiver presente alguma outra razão importante ("anderer wichtiger Grund") a impedir o julgamento (§ 121, III, StPO). Esse prazo pode ser prorrogado pelo Tribunal Superior do *Land*, depois de ouvido o acusado e o seu defensor, com reavaliações a cada três meses (§ 122, StPO). Ressalte-se que o prazo de seis meses fica suspenso enquanto não apreciado o pedido de prorrogação pelo Tribunal Superior do *Land* (§ 121, (3), StPO).[49]

Como vemos o instituto da prisão preventiva na Alemanha guarda semelhanças com a nossa prevendo fundamentos semelhantes com a garantia da ordem pública, garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal.

A prisão preventiva, no Direito brasileiro, e a *Uncersuclwngshaft*, no Direito alemão, são típicas medidas judiciais de caráter cautelar, providências tomadas pelo Juiz diante da presunção de que o acusado virá a ser condenado à pena privativa de liberdade, bem como de que, se permanecer em liberdade durante o processo, irá dificultar a apuração do crime, por meio da fuga, intimidação de vítimas, testemunhas ou peritos ou destruição de provas, ou, ainda, de que voltará a delinquir enquanto durar o processo ou, por fim, de que frustrará a execução da pena mediante a fuga.[50]

Em Portugal, é previsto inicialmente que a liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar (art. 191, CPP português), dependendo de prévio indiciamento do indivíduo - "prévia constituição como arguido" (art. 192, 1). Devem ademais as medidas de coação ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente possam ser aplicadas (art. 193). As medidas de coação são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e, depois do inquérito, oficiosamente, ouvido o Ministério Público (art. 194, 1). São precedidas, sempre que possível e conveniente, de audição do arguido e podem ter lugar no primeiro



interrogatório judicial (art. 194, 2). São previstas várias espécies de medidas de coação. Se inadequadas ou insuficientes as medidas referidas, o juiz pode impor a prisão preventiva quando houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos; ou se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão. Nenhuma medida de coação pode ser aplicada se em concreto não se verificar: a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranqüilidade públicas ou de continuação da atividade criminosa (art. 204).[51]

Campos relata que Na Itália, prevê-se inicialmente que nenhuma pessoa pode ser submetida à prisão quando não existirem graves indícios de culpabilidade ou quando estiver presente alguma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade (art. 273, *Codice di Procedura Penale*). Nos termos do art. 274, a prisão pode ser imposta: a) quando existirem riscos concretos contra a aquisição ou a integridade de provas; b) em decorrência da fuga ou do risco de fuga, sempre que possível a imposição de pena superior a dois anos de reclusão; c) quando, consideradas as circunstâncias e a natureza do fato bem como a personalidade do investigado, deduzir-se do seu comportamento e de seus antecedentes a existência de perigo concreto de que vá cometer delitos graves com utilização de arma ou de outra forma de violência contra pessoas, delitos contra a ordem constitucional ou de organização criminosa, ou delitos semelhantes ao que responde (neste caso - risco de reiteração de delitos semelhantes ao que responde - exige-se que a pena máxima prevista seja superior a quatro anos). Ademais disso, a prisão provisória só é cabível quando cominada ao crime pena de prisão perpétua ou prisão cujo máximo não seja inferior a três anos, exigência que é excepcionada quando houver transgressão às determinações de outras medidas cautelares 20 (art. 280, *commas 2 e 3*).[52]

#### **4.8 - Alterações trazidas pela Lei 12.403/2011**

A Lei 12.403/2011 que entrará em vigor no próximo dia 04 de julho do corrente, alterou algumas regras referentes à prisão preventiva acrescentando as medidas cautelares pessoais.

O artigo 282 do Código de Processo Penal com a presente lei passará a ter a seguinte redação:

As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos

casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente,

Estas medidas cautelares estão elencadas no rol do Artigo 319 do CPP e caso sejadescumpridas qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva conforme dispõe o Artigo 312, parágrafo único.

As medidas cautelares são as seguintes: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

“A prisão preventiva’ também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).”

As condições de admissibilidade da prisão preventiva também foram alteradas conforme a nova redação do Artigo 313 do CPP.

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido

condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Interessante mencionar que o inciso I deste artigo limita a decretação da prisão preventiva aos crimes dolosos cuja pena máxima seja superior a quatro anos, isso quer dizer que para os crimes dolosos cuja pena prevista for inferior a quatro anos a prisão só poderá ser decretada se estiver presente as condições do inciso II e/ou do inciso III ou se descumpriu algumas das medidas cautelares impostas pelo juiz.

O inciso III aumentou o leque das hipóteses da decretação da prisão preventiva ao prever que esta modalidade de prisão cautelar também poderá ser imposta se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Para Eugênio Pacelli[53] também será possível a decretação da preventiva, não só na presença das circunstâncias fáticas do art. 312, CPP, mas sempre que for necessário para garantir a execução de outra medida cautelar, diversa da prisão (art. 282, § 4º, CPP).

Acrescentando:

A prisão preventiva, então, passa a apresentar duas características bem definidas, a saber, a) ela será autônoma, podendo ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar anterior; e, b) ela será subsidiária, a ser decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta. E, mais.

Há três situações claras em que poderá ser imposta a prisão preventiva:

a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (art. 311, CPP);

b) como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP), e

c) em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, §4º, CPP).

Nas primeiras hipóteses, a e b, a prisão preventiva dependerá da presença das circunstâncias fáticas e normativas do art. 312, CPP, bem como daquelas do art. 313, CPP; na última, apontada na alínea c, retro, não se exigirá a presença das hipóteses do art. 313, CPP.

Ainda segundo Pacelli nos casos em que houver dúvida quanto à identidade civil do acusado (ou indiciado), pela ausência de elementos idôneos para o respectivo esclarecimento, a prisão preventiva também poderá ser decretada, para quaisquer crimes dolosos, devendo o preso ser colocado em liberdade tão logo seja esclarecida a questão, sem prejuízo da imposição de alguma outra medida cautelar (art. 313, parágrafo único, CPP), que atenda os requisitos do art. 282, I e II, CPP.[54]

Como se deduz das novas regras da prisão preventiva o legislador ordinário confirma a excepcionalidade da prisão preventiva aumentando a exigência para sua decretação.

## **5 – Prisão Temporária**

### **5.1 – Conceito**

É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave.[55]

Para Nestor Távora a prisão temporária é a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação.[56]

Denilson Feitoza leciona que a prisão temporária tem a finalidade de garantir a investigação criminal feita por meio do inquérito policial, na hipótese de ser imprescindível para a investigação criminal, quanto a alguns crimes graves.[57]

### **5.2 Requisitos**

A Lei 7.960/1989 em seu artigo primeiro estabelece os requisitos para a decretação temporária a saber:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Esta modalidade de prisão cautelar só poderá ser decretada durante o inquérito policial pelo magistrado acatando representação do Ministério Público ou da Autoridade Policial. Diferentemente da prisão preventiva o juiz não pode decretar a prisão temporária de ofício.

A imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial “revela a estrita necessidade para que a temporária seja decretada. Não é a mera conveniência, e sim a essencialidade da medida para que as investigações possam lograr êxito, já que o indiciado, se em liberdade, será um obstáculo ao desvendamento integral do crime, pois a sua liberdade é um risco ao sucesso das diligências”. [58]

Em relação ao indiciado que não tem residência ou não fornece elementos para a sua identificação o mesmo autor acrescenta que supostamente, por estes fundamentos, haveria um risco da investigação não se concretizar, em face do provável desaparecimento do infrator, já que não possui residência fixa nem está identificado civilmente e acrescenta: Queremos crer que a justificação da prisão temporária neste caso só é possível se houver um risco efetivo do indivíduo fugir.[59]

O legislador estabeleceu no inciso III o rol dos crimes que cabe a prisão temporária de maneira taxativa. Apenas nestes crimes a prisão tem cabimento.

Para que o juiz decrete a prisão temporária é necessário que o crime cometido pelo agente seja um daqueles elencados no inciso III do Artigo 1º, desde que também estejam presentes os requisitos do inciso I ou II.

Este é o entendimento majoritário na doutrina conforme magistérios de

Capez: “Entendemos que a prisão temporária somente pode ser decretada nos crimes em que a lei permite a custódia. Desse modo, entendemos que, para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*. [60].

Nestor Távora: Admite-se a temporária com base no inciso III obrigatoriamente, pois ele materializa a fumaça do bom direito para a decretação da medida (*fumus commissi delicti*), por exigir os indícios da ocorrência nas infrações acima aludidas, e além dele, uma das hipóteses dos incisos I ou II: ou é imprescindível para as investigações, ou o indiciado não possui residência fixa, ou não fornece elementos para a sua identificação.[61]

Denilson Feitoza: a prisão temporária pode ser decretada na hipótese do inciso I ou na do inciso II, desde que, em qualquer dos dois casos, também concorra do inciso III e apenas se for um dos crimes mencionados em suas alíneas. [62]

Nucci: Assim o correto é associar os incisos I e II ao inciso III viabilizando hipóteses razoáveis para a custódia cautelar. Logo, o mais acertado é combinar essas duas situações (Inciso I e II) com os crimes enumerados no inciso III.[63]

### **5.3 Duração da Prisão Temporária**

De acordo com o Artigo 2º da Lei 7.960/89 a duração da prisão temporária será de cinco dias prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.



Quando se tratar dos crimes hediondos e equiparados previstos na Lei 8.072/90 o prazo da prisão temporária aumenta para trinta dias, prorrogáveis por igual período.

São considerados crimes hediondos I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º-VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B e o genocídio consumado ou tentado.

#### **5.4 Procedimento**

O juiz ao receber a representação do Delegado de Polícia ou do Ministério Público tem o prazo de 24 horas para decidir fundamentadamente se decretará ou não a prisão temporária, sendo necessário que abra vistas ao órgão acusador em caso de representação da autoridade policial.

STJ: "PENAL. PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE ROUBO. PRISÃO PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. Para decretação da prisão provisória, sob argumento de imprescindibilidade para as investigações do inquérito, impõe-se a efetiva demonstração do *periculum libertatis* mediante exposição de motivos concretos sendo insuficiente para tanta meras conjecturas. 2. Recurso ordinário provido, para revogar decreto de prisão provisória contra o paciente, por ausência de fundamentação. (RHC 11992/RJ. DJ 18/03/2002. Rel. Edson Vidigal)".

E mais: "PROCESSO PENAL PRISÃO TEMPORÁRIA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. 1. a decisão que decreta a prisão temporária lastreando-se apenas na gravidade do delito encontra-se sem a devida fundamentação. Tal medida é de natureza excepcional e deve conter elementos concretos que ensejem sua adoção. 2. Ordem concedida para que seja revogada a prisão temporária decretada. (HC 13669/RJ. DJ 20/08/2001. Rel. Jorge Scartezini)".

Decorrido o prazo da segregação o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade independentemente de alvará de soltura, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva, neste caso permanecerá detido.

## **6 – Prisão por Sentença condenatória recorrível e Prisão por decisão de pronúncia**

Feitoza comenta que a criação dos novos dispositivos legais do art. 413, § 3º, e art. 492, I, "e", e a revogação dos §§ 2º e 3º do anterior art. 408 do CPP, efetuados pela lei 11.689/2008, no caso da decisão de pronúncia, e a criação do novo dispositivo do art. 387, parágrafo único, no caso da sentença penal condenatória recorrível, afirmaram, categoricamente, a natureza cautelar da prisão durante o processo penal, bem como o direito de recorrer, independentemente de recolhimento à prisão[64].

E acrescenta: quanto à sentença condenatória, isso decorre do novo parágrafo único do art. 387, em conjunto com a revogação do art. 594 do CPP, ambos efetuados pela lei 11.719/2008. Quanto à sentença penal condenatória em geral e ao direito de recorrer, o parágrafo único do art. 387 do CPP estabelece: o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.[65]

Nucci em comentário ao artigo 387, parágrafo único do CPP assevera que a principal medida é certamente a determinação da prisão. Essa passa a ser regida, no âmbito do processo penal, pelo disposto no art. 312 do CPP. Havendo motivo justo, deve o réu ser recolhido ao cárcere, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Inexistindo razão ficará em liberdade. A decisão judicial será fundamentada e calcada, como mencionado, nos requisitos da prisão preventiva.[66]

Deve o magistrado expressamente revelar a justificativa da prisão, para que esta não se transmude em ilegal, desafiando relaxamento. Cabendo liberdade provisória, deverá concedê-la, com ou sem fiança. Se o réu está preso, terá a obrigação de justificar a pertinência da manutenção do cárcere, ratificando na decisão os motivos da medida. Se o réu responde ao processo em liberdade, a justificação da prisão também é de rigor, e o móvel passa a ser basicamente a presença ou não dos fundamentos da preventiva, já que os maus antecedentes e a reincidência como base para a prisão foram revogados.[67]

Portanto, seja para determinar a prisão do réu que se encontra solto ou para manter preso o acusado que já se encontra preso, o juiz, na sentença condenatória deverá fundamentar, cautelarmente, conforme o caso, tanto a ordem

de prisão, quanto a manutenção da prisão, segundo os requisitos da prisão preventiva art. 312 CPP).

É a posição do STF.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE E CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. DECISÃO LASTREADA NOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI 11.343/2006. ORDEM DENEGADA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. I – Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução criminal, não se justifica soltá-lo, agora, com a prolação de sentença penal condenatória. II – Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial para garantia da ordem pública, considerados a grande quantidade de droga apreendida (166kg de cocaína), bem como o modus operandi e aparelhamento dos elementos envolvidos nos crimes, os quais, segundo o juízo sentenciante, são de gravidade concreta. III – A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição Federal, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII), e do art. 44 da Lei 11.343/2006. IV – Ordem denegada. (HC 107430, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 06-06-2011 PUBLIC 07-06-2011).

EMENTA Habeas corpus. Processual Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Alegação de caracterização da transnacionalidade do delito. Dilação probatória. **Inadequação** da via eleita. Prisão em flagrante mantida na sentença condenatória. Direito de apelar em liberdade. Fundamentação idônea. Precedentes. Writ denegado. 1. Compete à Justiça Federal o julgamento dos crimes de tráfico internacional de drogas. Entretanto, nem o simples fato de alguns corréus serem estrangeiros, nem a eventual origem externa da droga, são motivos suficientes para o deslocamento da competência para a Justiça Federal. 2. Somente a partir da análise profunda do material probatório poderia ser infirmada a conclusão das instâncias ordinárias quanto à não caracterização da

transnacionalidade do delito, medida incabível na via do habeas corpus. 3. Não configura constrangimento ilegal a sentença penal condenatória que, ao manter a prisão em flagrante delito, veda ao paciente a possibilidade de recorrer em liberdade, com fundamento em uma ou mais hipóteses previstas no art. 312 do CPP. 4. Ordem denegada. (HC 103945, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011)

O STJ tem a mesma posição.

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSIÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade. 2. O Código de Processo Penal, em seu art. 387, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08, autoriza a imposição da prisão na sentença condenatória, desde que de forma fundamentada. 3. No caso, o magistrado de primeiro grau demonstrou fundamentadamente, na sentença, a necessidade da prisão pela garantia da ordem pública, destacando que a imputação "não foi fato isolado" na vida do paciente. Com efeito, após a pronúncia, sobreveio notícia de que o paciente se envolveu em outros delitos, sendo preso na cidade do Novo Gama/GO, e ainda denunciado por rapto, sequestro e cárcere privado, lesão corporal e corrupção ativa. 4. Remarcou a sentença que, no dia da sessão de julgamento, ficou bem configurado o medo sofrido pela família da vítima, circunstância que tem levado à mudança constante de endereços como forma de escapar de nova e eventual ação criminoso do acusado. 5. Ordem denegada. (HC 186.269/GO, Rel. Ministro OG

FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011).

O juiz singular ao pronunciar o réu confirmando que o crime que cometeu é de competência do tribunal do júri, decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão (art. 413, § 3º).

Para Nucci deve o juiz, ao pronunciar o réu, manifestar-se, expressamente, motivando qual caminho adotará em relação à prisão ou à liberdade. Se o acusado estiver solto, a regra é assim permanecer, salvo se algum dos requisitos do art. 312 do CPP se fizer presente. Se estiver preso, pode assim permanecer, devendo o magistrado indicar o fundamento, calcado no referido art. 312.[68]

Nesse sentido Távora:

“Exige-se do magistrado a fundamentação da gestão do cárcere ou da liberdade provisória, e a pronúncia é o momento para reafirmar os motivos já existentes, ou decretar as razões que apareceram para a decretação prisional. O que prepondera é que no momento da pronúncia deve o juiz analisar, assim como em qualquer outra etapa da persecução, se a prisão é ou não necessária, e em caso positivo, centraliza-se a base na prisão preventiva.

É a posição do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Habeas corpus. Processual penal. Homicídio duplamente qualificado. Prisão preventiva na sentença de pronúncia. Fundamentação idônea. Garantida da ordem pública. Cautelaridade suficientemente demonstrada. Precedentes. Ordem denegada. 1. A análise da segregação cautelar do paciente, mantida na sentença de pronúncia com o reconhecimento de que permanecem incólumes os fundamentos da decisão que decretou a preventiva do paciente, autoriza o reconhecimento de que existem fundamentos concretos e suficientes para justificar a privação processual da sua liberdade, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Esta Suprema Corte já decidiu que "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim

Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007)” (HC nº 98.130/RJ, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 12/2/10). 3. Ordem denegada. (HC 106713, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 13-06-2011 PUBLIC 14-06-2011).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS SEUS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA. A prisão preventiva do paciente, conforme se infere da sentença de pronúncia, foi decretada para a garantia da ordem pública, tendo em vista os seus antecedentes criminais “desabonadores”, o que evidencia a prática reiterada de crimes e, por conseguinte, a periculosidade do acusado. Além disso, o voto condutor do acórdão atacado destacou que “o paciente é acusado de outro crime de homicídio cometido contra o irmão da vítima, tendo ameaçado toda a família de morte”. Tais fatos reforçam a necessidade da custódia cautelar, não só para a garantia da ordem pública, como também para a conveniência da instrução criminal, que, no procedimento do júri, não se esgota com a pronúncia. Precedentes (91.407, rel. min. Ellen Gracie, DJe-117 de 27.6.2008). Ordem denegada. (HC 99454, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-02 PP-00453).

Encerrando o tema com chave de ouro o magistral ensinamento de Denilson Feitoza:

“Assim, as prisões decorrentes da sentença condenatória recorrível e da pronúncia ocorrem num momento em que ainda não há sentença penal condenatória transitado em julgado, e portanto, são prisões provisórias. A cautelaridade dessas prisões significa que somente se justificam se presentes os requisitos legais das medidas cautelares em geral, a saber, o *fumus commissivi delicti* e o *periculum in libertatis*. [69]

## 7 – Considerações Finais



O princípio constitucional da presunção de inocência resguarda diretamente a liberdade, nele pode-se avistar a intenção do legislador constituinte de proteger os acusados, permitindo a esses o *status* de inocência. Erguendo-se no art. 5º da CF/88, inciso LVII, o seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em decorrência desse imperioso princípio cabe ao Estado acusador, demonstrar que o réu é culpado, sendo que sua prisão será medida cautelar, extrema e necessária sob pena de afrontamento à carta magna se aquele for apenas suspeito e não culpado, pois na dúvida absolve-se.

Mesmo diante da existência do princípio em comento, as prisões cautelares são constitucionais e continuam sendo reconhecidas pela jurisprudência dos tribunais pátrios e maioria da doutrina desde que a decisão esteja fundamentada e sejam demonstrados de maneira inequívoca pelo juiz os pressupostos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, corolário de toda prisão cautelar.

Toda e qualquer decretação de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por sua natureza cautelar, para ser decretada tem que estar demonstrado nos autos *o fumus boni iuris* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) que são seus pressupostos, e o *periculum libertatis* comprovando que o indivíduo em liberdade atrapalhará o bom andamento do inquérito policial ou da ação penal quer pela garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal, tudo expresso no Artigo 312 do CPP.

Portanto, a liberdade do sujeito ativo do crime é a regra e sua prisão só será decretada em casos excepcionais quando for extremamente necessária no curso da persecução criminal.

A Lei 12.403/2011 que entrará em vigor no dia 04 de julho do corrente torna a prisão preventiva ainda mais excepcional ao prever primeiramente para muitos crimes não graves a aplicação de medidas cautelares e só em caso de descumprimento das mesmas o magistrado levará ao cárcere o agente, semelhante a alguns países como Portugal e Itália.

A recente reforma do código de processo penal, não fixou o prazo de duração das prisões provisórias, embora prevê-se o prazo de 180 dias para a duração da prisão preventiva cujo artigo não foi aprovado, ficando a critério do magistrado, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em conta a gravidade e multiplicidade de crime cometido, e complexidade da investigação ou da ação penal, decidir quanto tempo o sujeito ativo permanecerá no cárcere provisoriamente.

## 8 – Referências Bibliográficas

BENETI, Sidnei Agostinho. Prisão provisória: Direito Alemão e Brasileiro. Revista de Julgados e Doutrina: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, n. 3, jul./set., 1989.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. A prisão provisória no direito comparado. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1570, 19 out. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10547>. Acesso em: 5 nov. 2010. Material da 3ª aula da Disciplina Investigação e Procedimentos, ministrada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* TeleVirtual em Investigação, Constituição e Direito de Defesa – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 8ª ed. rev. e atual. - São Paulo, SP: Saraiva, 2002.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. Princípios no processo penal brasileiro. Campinas, São Paulo: Copola, 1999.

FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7ª ed. rev. e atual - Niterói, RJ: Impetus, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 11ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_, Código de processo penal interpretado. 11ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 6ª ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_, Alexandre de. Direito Constitucional. 13ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3ª ed. 3ª tir. – Belo Horizonte: Del Ray, 2004.

SANTOS, Ludmila. Presunção de Inocência. Revista Conjur, 2010. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-nov-07/banalizacao-prisao-cautelar-aumenta-numero-hc-tribunais> - acessado em 13/12/2010

TÁVORA, Nestor e Antonni, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de direito processual penal. 3ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador, BA: Jus Podivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática. de processo penal. 23ª ed. rev., aum. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002.

VALE, Ionilton Pereira do. Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

NOTAS:

[1] Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação Lato Sensu Tele Virtual em Investigação, Constituição e Direito de Defesa, na modalidade Formação Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Investigação, Constituição e Direito de Defesa. Universidade Anhanguera – Uniderp. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

[2] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág 39.

[3] HC 96.095/SP, Rel. Min Celso de Melo, 2ª T., j. 03.02.2009, DJE 48, divulg. 12.03.2009, publ. 13.03.2009, Ement. vol. 02352-04, p. 623.

[4] VALE, Ionilton Pereira do. Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. Pág 183.

[5] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 8ª ed. rev. e atual. - São Paulo, SP: Saraiva, 2002. Pág 39.

[6] FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7ª ed. rev. e atual - Niterói, RJ: Impetus, 2010 pág 144.

[7] MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 6ª ed. – São Paulo: Atlas, 2006. Pág 393.

[8] Ob. Cit. Pág 187 – 188.

[9] HC 73.338, Rel, Min. Celso de Melo, DJ 19.12.1996

[10] Ob. Cit. Pág 195.

[11] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática. de processo penal. 23ª ed. rev., aum. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002. Pág 365.

[12] Ob.cit. pág 238

[13] MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 11ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2001.

[14] Ob.Cit.pág 625

[15] Ob. Cit. Pág 49.

[16] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3ª ed. 3ª tir. – Belo Horizonte: Del Ray, 2004. Pág 526.

[17] Ob. Cit. Pág 229.

[18] TÁVORA, Nestor e Antonni, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de direito processual penal. 3ª ed. rev.ampl. e atual. – Salvador, BA: Jus Podivm, 2009. Pág 461.

[19] TÁVORA, Nestor e Antonni, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de direito processual penal. 3ª ed. rev.ampl. e atual. – Salvador, BA: Jus Podivm, 2009. Pág 462.

[20] Ob. cit.pág 502.

[21] Ob. cit. pág 502.

[22] Ob. Cit. Pág 462.

[23] Ob. Cit. Pág 503.

[24] Ob. Cit. Pág 745.

[25] Ob. Cit. Pág 606.

[26] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 8ª ed. rev. e atual. - São Paulo, SP: Saraiva, 2002. Pág 230

[27] FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7ª ed. rev. e atual - Niterói, RJ: Impetus, 2010. Pág 887.

[28] Ob. Cit. Pág 505.

[29] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pag 608.

[30] Ob. Cit. Pág 467.

[31] TÁVORA, Nestor e Antonni, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de direito processual penal. 3ª ed. rev.ampl. e atual. – Salvador, BA: Jus Podivm, 2009. Pág 466.

[32] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 8ª ed. rev. e atual. - São Paulo, SP: Saraiva, 2002. Pág 232.

[33] CAMPOS, Ricardo Ribeiro. A prisão provisória no direito comparado. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1570, 19 out. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10547>. Acesso em: 5

nov. 2010. Material da 3ª aula da Disciplina Investigação e Procedimentos, ministrada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* TeleVirtual em Investigação, Constituição e Direito de Defesa – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

[34] Ob. Cit pág 2.

[35] BENETI, Sidnei Agostinho. Prisão provisória: Direito Alemão e Brasileiro. Revista de Julgados e Doutrina: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, n. 3, jul./set., 1989. Pág 17.

[36] Ob. Cit.

[37] Ob. Cit. Pág 622.

[38] FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7ª ed. rev. e atual - Niterói, RJ: Impetus, 2010,

[39] Mirabete, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 11ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003. Pág 803

[40] Ob. Cit. Pág 479.

[41] Ob.Cit. Pág 239.

[42] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3ª ed. 3ª tir. – Belo Horizonte: Del Ray, 2004

[43] Ob. Cit. Pág 631

[44] Ob. Cit. Pág 481.

[45] Ob. Cit. Pág 812.

[46] FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7ª ed. rev. e atual - Niterói, RJ: Impetus, 2010. Pág 892.

[47] TÁVORA, Nestor e Antonni, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de direito processual penal. 3ª ed. rev.ampl. e atual. – Salvador, BA: Jus Podivm, 2009. Pág 485.

[48] Ob. Cit. Pág 899 -900.

[49] Ob. Cit. Pág 2 e 3.

[50] BENETI, Sidnei Agostinho. Prisão provisória: Direito Alemão e Brasileiro. Revista de Julgados e Doutrina: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, n. 3, jul./set., 1989. Pág 18.

[51] CAMPOS, Ricardo Ribeiro. A prisão provisória no direito comparado. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1570, 19 out. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10547>. Acesso em: 5 nov. 2010. Material da 3ª aula da Disciplina Investigação e Procedimentos, ministrada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* TeleVirtual em Investigação, Constituição e Direito de Defesa – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG. Pág 6 e 7.

[52] Ob. Cit. Pág 9e 10.

[53] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Atualização do Processo Penal Lei 12.403 de 05 de maio de 2011. Pág 33.

[54] Ob.cit. pág 40.

[55] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pág 622.

[56] Ob. Ci. Pág 487

[57] Ob. Cit. Pág 918.

[58] TÁVORA, Nestor e Antonni, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de direito processual penal. 3ª ed. rev.ampl. e atual. – Salvador, BA: Jus Podivm, 2009. Pág 488.

[59] Ob. Cit. Pág 489

[60] Ob. Cit pág 244

[61] Ob. Cit. Pág 490

[62] Ob. Cit. Pág 919

[63] Ob. Cit. Pág 623.

[64] Ob. Cit. Pág 903

[65] Ob. Cit. Pág 903

[66] Ob. Cit pág 701

[67] TÁVORA, Nestor e Antonni, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de direito processual penal. 3ª ed. rev.ampl. e atual. – Salvador, BA: Jus Podivm, 2009.

[68] Ob. Cit. Pág 758.

[69] Ob. Cit. Pág 905.