

Segurança Pública

Direito e Justiça Brasileira

**ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES
CIENTÍFICAS PARA A XII BIENAL
INTERNACIONAL DO LIVRO DO CEARÁ**

Estanislau Ferreira Bié
Henrique Cunha Junior
Liana Maria G. Rodrigues
Francisco José R. de Abreu
Emanuelle Eveline L. de Araújo
(orgs.)



A inserção de mulheres nos quadros das instituições de segurança pública no Estado do Ceará traz uma nova perspectiva vista de uma ótica mais sensível e detalhista no que se refere as atribuições institucionais em defesa da sociedade de modo geral.

A policial feminina vem se destacando pelo profissionalismo em suas atividades, atribuindo assim a necessidade de ampliar o conhecimento na área em que atua através de estudos direcionados com o propósito de obter uma melhor compreensão no cumprimento institucional.

O reconhecimento do desempenho feminino marca um novo capítulo na história cearense, no mês de agosto de 2019 um grupo de policiais pesquisadoras laçam duas coletâneas de artigos científicos na XIII Bienal Internacional do Livro do Ceará. As contribuições científicas trazem um olhar diferenciado sobre a violência urbana, ciências jurídica e sociais. Os trabalhos acadêmicos publicados são frutos de experiências empíricas adquirida no dia á dias no exercício da profissão e no conhecimento científico adquirido nos cursos de graduação e pós-graduação (lato sensu e stricto sensu), bem como no aporte teórico e prático estudados na Academia Estadual de Segurança Pública do Ceará (AESP) durante os cursos de formação e/ou habilitação.

Recomendamos a leitura dos livros produzidos pelas policiais femininas do Estado do Ceará publicados pela Editora Via Dourada na Série Segurança pública, direito e justiça brasileira.

APOIO CULTURAL E CIENTÍFICO



UNIVERSIDADE
FEDERAL DO CEARÁ



Secretaria da Segurança
e Defesa Social



ASPRA-CE
ASSOCIAÇÃO DAS PRAÇAS
DO ESTADO DO CEARÁ



Publique
Conhecimento
INSTITUTO SUPERIOR DE ENSINO SEM FRONTEIRAS - ISESF



www.editoradourada.org

POLICIAIS FEMININAS

**ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES CIENTÍFICAS
PARA XIII BIENAL INTERNACIONAL DO
LIVRO DO CEARÁ**



Série Segurança Pública Direito e Justiça Brasileira

Diretores da série:

Prof. Dr. Estanislau Ferreira Bié
Prof. Dr. Henrique Cunha Júnior
Prof. Francisco José Ribeiro Abreu

Comitê Científico:

Ana Beatriz Souza Gomes Universidade Federal do Piauí-UFPI	Izabel Cristina Evaristo da Silva Universidade Federal da Paraíba-UFPB
Cícera Nunes Universidade Regional do Cariri-URCA	João Marcus Figueiredo Assis Universidade Federal do Estado do RJ-UNIRIO
Cláudia Teixeira Marinho Universidade Federal do Ceará-UFC	Kiusam Regina de Oliveira Universidade Federal do Espírito Santo-UFES
Eduardo Davi de Oliveira Universidade Federal da Bahia-UFBA	Leandra Gonçalves dos Santos SME/Vitória-ES
Estanislau Ferreira Bié Universidade Federal do Ceará-UFC	Marcilene Garcia de Souza Instituto Federal da Bahia-IFBA
Francisco Valdey Acioly Guedes Universidade Federal do Ceará-UFC	Maria Auxiliadora Martins da Silva Universidade Federal de Pernambuco-UFPE
Gustavo Henrique de Araújo Forde Universidade Federal do Espírito Santo-UFES	Maria de Fátima Vasconcelos da Costa Universidade Federal do Ceará-UFC
Henrique Cunha Júnior Universidade Federal do Ceará-UFC	Marizilda dos Santos Menezes Universidade Estadual Paulista-UNESP
Ivan Costa Lima Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira-UNILAB	Rinaldo Pereira Pevidor SME/Vitória-ES

POLICIAIS FEMININAS

ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES CIENTÍFICAS PARA XIII BIENAL INTERNACIONAL DO LIVRO DO CEARÁ

Estanislau Ferreira Bié
Henrique Cunha Junior
Francisco José R. Abreu
Emanuelle Eveline L. de Araújo
Liana Maria Gonçalves Rodrigues
Gabriela Vasconcelos L. Sucupira
(Orgs.)



Editora Via Dourada
Fortaleza - Ceará
2019

Diagramação: Estanislau Ferreira Bié

Capa: Felipe Bezerra Ferreira

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



Todos os livros publicados pela Editora Via Dourada
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Segurança Pública, Direito e Justiça Brasileira - 5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BIÉ, Estanislau Ferreira; et al (Org.)

Policiais femininas, algumas contribuições científicas para XIII Bienal Internacional do Livro do Ceará / Estanislau Ferreira Bié; Henrique Cunha Junior; Francisco José R. Abreu; Emanuelle Eveline L. de Araújo; Liana Maria Gonçalves Rodrigues; Gabriela Vasconcelos L. Sucupira -- Fortaleza, CE: Editora Via Dourada, 2019.

458p.

ISBN - 978-6580609-11-6

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

1. Policiais femininas; 2. Contribuições científicas; 3. Bienal do livro; 4. Ceará;
I. Título. II. Série

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....9

Os organizadores

CAPÍTULO 1.....11

**O IMPASSE ÉTICO NA CONJUNTURA DA DELAÇÃO
PREMIADA**

Samary dos Santos Costa

CAPÍTULO 2.....44

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
IGUALDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DO ESTATUTO
DA (DES) IGUALDADE RACIAL**

Liana Maria Gonçalves Rodrigues

CAPÍTULO 3.....100

**ESCRITO NOS MUROS E BECOS: REGISTROS DE
CONFLITOS ENTRE FACÇÕES EM FORTALEZA**

Neiara Nívea Lima Costa

Irlys Alencar Firmo Barreira

CAPÍTULO 4.....133

**A CONCESSÃO DO REGISTRO DE MARCAS DE
PRODUTOS E SERVIÇOS CONDICIONADA AO
INTERESSE PÚBLICO**

Liana Maria Gonçalves Rodrigues

CAPÍTULO 5.....	266
PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO DO TRABALHO: DA GRAVAÇÃO CLANDESTINA	
Devidlande Carlos de Sousa	
CAPÍTULO 6.....	324
O USO DE ERVAS MEDICINAIS: REMÉDIO E TRADIÇÃO	
Gabriela Vasconcelos Lucena	
CAPÍTULO 7.....	335
A ALIENAÇÃO PARENTAL E A IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA EVANICE DE PAULA CAVALCANTE DE MENESES	
Evanice de paula cavalcante de menses	
CAPÍTULO 8.....	400
MAIORIDADE PENAL E O PANORAMA ATUAL DA VIOLÊNCIA NO BRASIL.	
Renata Amaral Mesquita Loiola	
CAPÍTULO 9.....	420
CRIMINOLOGIA FEMININA: A INSERÇÃO DA MULHER NA CRIMINALIDADE: TRÁFICO DE DROGAS	423
Sabrina Melo Saraiva	423

APRESENTAÇÃO

Os organizadores

A inserção de mulheres nos quadros das instituições de segurança pública no Estado do Ceará traz uma nova perspectiva vista de uma ótica mais sensível e detalhista no que se refere as atribuições institucionais em defesa da sociedade de modo geral.

A policial feminina vem se destacando pelo profissionalismo em suas atividades, atribuindo assim a necessidade de ampliar o conhecimento na área em que atua através de estudos direcionados com o propósito de obter uma melhor compreensão no cumprimento institucional.

O reconhecimento do desempenho feminino marca um novo capítulo na história cearense, no mês de agosto de 2019 um grupo de policiais pesquisadoras lançam duas coletâneas de artigos científicos na XIII Bienal Internacional do Livro do Ceará. As contribuições científicas trazem um olhar diferenciado sobre a violência urbana, ciências jurídica e sociais. Os trabalhos acadêmicos publicados são frutos de experiências empíricas adquirida no dia á dias no exercício da profissão e no conhecimento científico adquirido nos cursos de graduação e pós-graduação (lato sensu e stricto sensu), bem como no aporte

teórico e prático estudados na Academia Estadual de Segurança Pública do Ceará (AESP) durante os cursos de formação e/ou habilitação.

Recomendamos a leitura dos livros produzidos pelas policiais femininas do Estado do Ceará publicados pela Editora Via Dourada na Série Segurança pública, direito e justiça brasileira.

Boa leitura!

CAPÍTULO 1

O IMPASSE ÉTICO NA CONJUNTURA DA DELAÇÃO PREMIADA

Samary dos Santos Costa¹

Agradecimentos

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, pela certeza do continuar e por todas as vezes que me deu sustento para ir além das limitações criadas e impostas. Aos meus pais pelas palavras de incentivo e confiança construídas desde o início, mesmo quando eu, por ingenuidade, nem sabia o que significava. Mãe, como diz a bela canção: “seus pés me abrem o caminho, eu sigo e nunca me sinto só”. A ti, a plenitude do meu amor. À minha Bisavó,

Lucia Lima (**in memoriam**)

Resumo: O atual trabalho analisará o instituto da delação premiada como um mecanismo de persecução penal e sua relação com a categoria da ética nessa conjuntura. Desta forma, temos como pretensão refletir sobre as controvérsias que rodeiam o referido tema, principalmente sobre a utilização da delação premiada e suas consequências nas relações construídas e desenvolvidas pelos indivíduos, na perspectiva do afeto,

¹ Estudante do Curso de Especialização em Cidadania, Direitos Humanos e Segurança Pública da Universidade Federal do Ceará. Graduada em Geografia pela Universidade Estadual do Ceará e Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. E-mail: costa_samary@hotmail.com. Doutora em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de PósGraduação da Universidade Federal do Ceará e do Curso de Especialização em Cidadania, Direitos Humanos e Segurança Pública da Universidade Federal do Ceará. E-mail: irllys.firmo@gmail.com.

da fidelidade e da gratidão. Ademais, urge a necessidade de entender a evolução histórica desse instituto. É imprescindível analisar a discussão que a doutrina menciona sobre o embate desse instituto com as normas constitucionais.

Finalmente, frisa-se as diversas indagações sobre os aspectos éticos e morais do instituto.

Palavras-chave: Delação premiada. Fidelidade. Ética. Princípios Constitucionais.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema: O impasse ético na conjuntura da delação premiada. Analisando o cenário mundial de uma forma globalizada, percebe-se o aumento e as especificações das atividades classificadas como criminosas de uma forma geral. Nessa perspectiva, o Estado, detentor legítimo do poder de punir, busca aprimoramentos em suas políticas criminais para tentar frear o avanço e a impunidade dessa criminalidade.

Nesse contexto, nasce o instituto da delação premiada visto como uma política criminal de auxílio ao poder Estatal e de coadjuvação com a Justiça.

Destarte, o atual trabalho pauta-se na inevitabilidade de entender a evolução da aplicabilidade da delação premiada e sua análise através de algumas categorias sociológicas (Fidelidade, Gratidão e Segredo), além da constatação ou não



da constitucionalidade desse instituto.

A metodologia utilizada estruturou-se através de estudos bibliográficos, os quais foram baseados em leituras de artigos, livros e doutrinas. Essa metodologia foi crucial, pois serviu de sustentáculo teórico para a elaboração teóricometodológica do trabalho.

O trabalho é considerado pertinente, pois evidencia como a materialização da delação premiada acontece e é percebida no meio social, além de deixar claro a importância da discussão para além do cenário jurídico.

A fim de proporcionar uma maior compreensão, esse artigo foi seccionado em cinco partes. A primeira abrange a conceituação da delação premiada. Na segunda, trabalha-se a evolução histórica do instituto da delação no direito brasileiro. A terceira parte trata dos princípios constitucionais. O quarto momento corresponde à análise de alguns conceitos sociológicos pertinentes para a reflexão do instituto. E por fim, a quinta e última parte proporciona um grande desafio, que é identificar quais aspectos éticos e morais estão presentes na delação.

2. CONCEITO

Acerca do assunto, é importante frisar a origem antiga do que é considerado traição nas diversas relações humanas. No contexto mundial, diversos países abordam o tema de maneira

particular.

Nessa sistemática, no direito Italiano, esse mecanismo ficou mais evidenciado na década de 70. Inseridos no contexto da delação, surge assim a figura dos pentiti e dos dissociati, em que suas diferenciações é explanada por Barreto (2014, p. 13) a seguir:

Criou-se a figura dos pentiti (arrepentidos) e dos dissociati (dissociados).

Os pentiti, cujo exemplo mais notório foi Tommaso Buscetta, após comprovada a veracidade das informações prestadas à Justiça sobre a estrutura da organização criminosa da qual faziam parte, além de obter a extinção da sua punibilidade, passavam a receber salário, moradia e plano de saúde, para si e sua família, cuja incolumidade física seria assegurada pelo Estado, inclusive mediante troca de identidade. Os dissociati, ao contrário, obtinham somente alguns benefícios, tais como a redução da pena, seu cumprimento em regime mais brando (com a possibilidade de trabalho externo), ou penas alternativas, desde que sua colaboração impedisse ou diminuísse as consequências dos delitos.

Nessa perspectiva evidencia-se a presença da delação premiada. É válido ressaltar que a dimensão da recompensa do delator será proporcional a sua colaboração com a justiça através

do seu depoimento, o qual terá como finalidade desconjuntar a organização criminosa a qual ele pertencia.

O Direito Espanhol em sua legislação penal também abarca o instituto. Tanto Mossin (2016, p. 35) como Barreto (2014, p. 14) apontam que os juízes concederão diminuição da pena ou até imunidades para aqueles que ao confessarem o crime colaborem de forma efetiva para a obtenção de provas que implique na identificação dos outros autores ou partícipes do delito, desarticulando assim a organização acusada de criminosa.

Em tal Panorama, o Estado, detentor do poder de punir, é o responsável por garantir a defesa da sociedade. Essa garantia é materializada através dos institutos criminais existentes, os quais são modernizados com o tempo.

Nessa perspectiva, surge no direito brasileiro o instituto da delação premiada. Através desse conceito, podemos inferir a necessidade do Estado em dinamizar a forma de esclarecimentos sobre os delitos cometidos, a fim de que os processos possam ser resolvidos com mais celeridade.

É oportuno ressaltar que ainda não é tão convergente na doutrina a relação existente entre o conceito de delação premiada e o de colaboração premiada.

De acordo com Lima (2015, p. 760), os conceitos são diferenciados e a delação premiada é uma espécie do gênero colaboração, a qual tem, conforme o autor, o seguinte conceito:

Técnica especial de investigação por meio do qual o condutor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo em contrapartida, determinado prêmio legal.

Ademais, a delação premiada aparece em nosso ordenamento jurídico como um mecanismo de “prêmio” para aqueles que, ao realizarem uma conduta criminosa, decidem voluntariamente confessar sua participação e indicar os demais atores envolvidos nesse processo. Caso ocorra apenas a indicação do(s) autor(es) do delito e não esteja presente a confissão, desaparece a nomenclatura delação e materializa-se o testemunho (LIMA, 2015, p. 526)

O termo “delatar” tem como sinônimo revelar, incriminar, culpar. No entendimento do senso comum, a palavra ganha um sentido conotativo, com entonação pejorativa, chegando até a ser entendida como sinônimo, no linguajar cearense, de: “caboetar”, dedurar, entregar.

Para Guilherme de Souza Nucci, (2008, p. 444):

Delatar significa acusar, denunciar ou revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos

em delação quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado. Naturalmente, tem valor probatório, especialmente porque houve admissão de culpa pelo delator.

Fernando Capez (2014, p.473) conceitua o instituto como: “Consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia.

Além de confessar autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa”.

A partir desses conceitos, podemos entender que o instituto da delação premiada vai além da confissão. Configura-se como uma recompensa dada ao delator, materializada através de sua “coragem” em, além de confessar sua participação no fato delituoso em questão, incriminar um terceiro e acabar por desmembrar a organização criminosa ou recuperar o objeto do crime total ou parcialmente.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com os estudiosos analisados nesse trabalho, a ideia embrionária sobre delação no ordenamento brasileiro

remonta à época das Ordenações Filipinas em 1603.

Salienta-se que o aprimoramento do instituído foi modelando-se com o tempo, visto que, conforme entendimento de Mossin e Mossin (2016), apenas no direito moderno é que se ouviu falar em delação premiada propriamente dita.

Assim, Damásio de Jesus (2005) relata:

A origem da “delação premiada” no Direito brasileiro remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. O Título VI do “Código Filipino”, que definia o crime de “Lesá Magestade” (sic), tratava da “delação premiada” no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica “Como se perdoará aos malfeitores que derem outros á prisão” e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios. Em função de sua questionável ética, à medida que o legislador incentivava uma traição, acabou sendo abandonada em nosso Direito, reaparecendo em tempos recentes.

No que se refere ao Código Filipino, Mossin e Mossin (2016, p. 38) remete-nos ao título VI, o qual abarca o crime de “Lesá MAGESTADE”:

Título VI – Do Crime de Lesa Magestade. 12. E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey,



se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda, por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se ele não foi o principal tratador desse conselho e confederação”.

Infere-se no contexto em questão que a delação nas Ordenações tinha a denotação de perdão, o que hoje nem sempre é concedido nas leis que tratam do instituto.

Posteriormente, outras leis foram surgindo no ordenamento jurídico brasileiro e acabaram por contemplar o instituto da delação premiada.

A primeira delas foi a Lei 8072/90 de crimes hediondos, a qual em seu artigo 8º, parágrafo único, menciona que: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

Na Lei 7492/86 dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional o instituto é trabalhado em seu artigo 25º, parágrafo 2º (incluído pela lei 9080/95). A mesma redação tem a Lei 8137/90 de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo em seu artigo 16º, parágrafo único: “Nos crimes previstos nessa Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou participe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama

delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

Nessa mesma perspectiva, a Lei 9613/98, que trata dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, além da prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nessa lei, garante a delação premiada em seu artigo 1º, parágrafo 5º:

A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime semi aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direito, se o autor, coautor ou participe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A Lei 12850/13 que discorre sobre Organização Criminosa, além de reconhecer o instituto denominado de colaboração premiada, concede inclusive o perdão judicial. No entanto, conforme o artigo 4º, parágrafo único, a concessão do benefício analisará os seguintes aspectos: personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade, repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

No mesmo sentido, a Lei 9807/99, que retrata os



programas especiais de proteção às vítimas e às testemunhas ameaçadas, expõe em seu artigo 13º que para que ocorra o perdão judicial, o colaborador tem que ser primário e colaborar voluntariamente e efetivamente com o processo, além de atender os pressupostos estabelecidos nos incisos do referido artigo.

Na ocasião, a Lei 11343/06, Lei de Drogas, traz no artigo 41º os benefícios, caso o instituto se concretize, com destaque para a redução da pena de um a dois terços.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES OU NÃO DA DELAÇÃO PREMIADA

Inicialmente, é relevante destacar o conceito de princípio, a fim de que possamos identificar a compatibilidade ou não dos princípios constitucionais no que se refere à delação premiada.

O étimo da palavra princípio possui inúmeros significados. A expressão vem do latim “principiu” que significa essência, fundamento.

Segundo Nucci (2008, p.62): [...] “o conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

Para Lima (2015, p.42), princípios tratam-se de “mandamentos nucleares de um sistema”.

Ocorre que alguns doutrinadores afirmam que a delação premiada não cumpre os preceitos constitucionais existentes, sendo, portanto, incompatível com a Constituição. Os que defendem essa ideia relatam que não cabe ao poder judiciário modificar uma norma penal, pois devido ao princípio da legalidade, essas normas são obrigatórias e imperativas, portanto não podem ser modificadas por acordos feitos entre as partes e o Ministério Público e tampouco entre aquelas e o Delegado de Polícia no curso das investigações.

De acordo com Cavalcanti (2011) a delação premiada fere o princípio do contraditório visto que com o depoimento do co-réu outro réu pode ser preso em virtude do exercício de defesa daquele que o delatou.

Na mesma linha de pensamento, Lescano (s.d. p. 29) afirma que o instituto da delação premiada não se coaduna com o devido processo legal, visto que impossibilita o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Mediante essas questões, sentimos a necessidade de explorar alguns princípios que estariam tendo sua constitucionalidade posta em dúvida em face da delação premiada.

4.1. Princípio da proporcionalidade da pena

Basta uma simples leitura da Constituição Federal de

1988 para perceber que ela não trouxe de maneira expressa o princípio da proporcionalidade. No entanto, sua configuração é implícita e apresenta relação com o art. 5, LVI da CF/88 que trata do devido processo legal.

Destaca Lima (2015, p. 87):

Em sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

O Estado em sua constante busca na solução dos conflitos criminais, acaba, algumas vezes, por esbarra-se na dificuldade em desvendar o delito investigado.

Assim, valendo-se da grande gama de crimes, passou a tornar legítimo o instituto da delação premiada para determinados delitos, e essa postura foi motivo de grande divergência na doutrina.

Os críticos trazem o seguinte questionamento: como é que duas pessoas que praticaram o mesmo delito nas mesmas circunstâncias irão ter penas diferenciadas porque um deles resolveu delatar?

Nesse contexto, aborda Raphael Boldt (2006, p. 6): “A delação premiada apresenta impropriedades, visto que rompe com o princípio da proporcionalidade da pena, pois se punirá com penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato e com idênticos graus de culpabilidade”.

De outro modo, entendemos que a delação premiada não fere o princípio da proporcionalidade, afinal o delator, ao cooperar com a justiça, evitou o agravamento do fato ou possibilitou de alguma forma a recuperação total ou parcial do objeto em questão, e deve ser por isso reconhecida a sua delação, inclusive no viés de diminuição de sua culpabilidade (NAMBA, 2012, p. 35).

4.2. Princípio do contraditório e da ampla defesa

Diferentemente do que ocorre com o princípio da proporcionalidade, o texto constitucional traz de forma expressa em seu artigo 5º, inciso LV, o princípio do contraditório e da ampla defesa, vejamos: “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”.

Ocorre que, tratar esses princípios como sinônimos é de um erro sem questionamento. Capez (2014, p. 61) aduz acerca do princípio do contraditório:

Decorre do brocardo romano *audiatur et altera pars* e exprime a possibilidade, conferida aos contendores, de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz. [...] Compreende, ainda, o direito de serem cientificados sobre qualquer fato processual ocorrido e a oportunidade de manifestarem-se sobre ele, antes de qualquer decisão jurisdicional.

Sobre a ampla defesa o autor entende que é um direito que todo acusado tenha uma completa defesa, tanto técnica como pessoal.

Compartilhando do mesmo entendimento, Lima (2015, p. 48) entende o princípio do contraditório como: “a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los”.

Assim, com a ampliação da delação premiada em várias leis, indaga-se se há respeito ou não a este princípio. Neste passo, é válido ressaltar que esses princípios, conforme texto constitucional, somente devem ser observados em face processual e não inquisitorial.

Saber disso é fundamental para entender o porquê do contraditório não se fazer presente no inquérito policial. Este, tem natureza de procedimento administrativo, em que o que ocorre são produções de elementos informativos e não de

provas.

Nesse sentido, conforme o artigo 7º, parágrafo 4 da Lei 12830/ 13, o Juiz, ao conceder ou não a homologação do acordo, analisará, dentre outros, os aspectos legais. Portanto, ficará obedecido o princípio do devido processo legal, o qual tem consonância com o contraditório e a ampla defesa.

4.3. Princípio do nemo tenetur se detegere

Esse princípio aborda o entendimento de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Encontra-se no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado”. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 71):

[...] Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação.

É importante ressaltar um aspecto curioso dessa temática. Sabemos que a testemunha tem a obrigação de falar a verdade sobre os fatos que sabe a respeito do que está sendo

investigado. No entanto, de acordo com Lima (2015 p.528), e baseado nos entendimentos dos Tribunais, caso o depoimento da testemunha vá de encontro a si mesma, ela desobriga-se desse compromisso com a verdade.

Os críticos ao instituto da delação premiada entendem que esta, de maneira indireta, ao ofertar benefícios, acaba por pressionar o indivíduo a delatar tudo que sabe sobre o fato e os autores do crime.

No entanto, destaca-se que a obrigatoriedade, se presente na delação, acaba por descaracterizá-la, justamente por não obedecer ao requisito da “voluntariedade”.

O direito ao silêncio do acusado/réu não pode ser analisado de forma isolada e descontextualizada, visto que se materializa apenas como uma das ramificações do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nos ensinamentos de Lima (2015, p. 75), são também desdobramentos desse princípio, os seguintes aspectos:

Direito ao silêncio ou direito de ficar calado; direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; inexigibilidade de dizer a verdade; direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, entre outros.

Assim, entendemos como constitucional a delação premiada frente a esse princípio. Ressalta-se que o delator em

nenhum momento estará renunciando o seu direito ao silêncio e nem é obrigado a delatar.

Observa-se que por muito tempo esteve presente no Código de Processo Penal Brasileiro que a confissão do acusado frente ao crime cometido teria um valor maior que os das outras provas, configurando, assim, a nomenclatura “rainha das provas”.

No entanto, na atual conjuntura, esse pensamento encontra-se totalmente sem amparo jurídico, visto que no Brasil vigora o sistema do livre convencimento motivado. Assim, para que se tenha os benefícios da delação premiada não basta a confissão, pois é imprescindível que seja confrontada as palavras do delator com as demais provas apuradas no processo.

Capez (2014, p. 473-474) abertamente exala seu descontentamento:

Ora, ao ser atingido pela delação não é possível interferir no interrogatório do acusador, fazendo perguntas ou reperguntas que poderão levar à verdade ou ao desmascaramento, onde obedecido o princípio do contraditório? Se as partes, o acusado com o seu defensor, obrigatoriamente devem estar presentes nos depoimentos prestados pelo ofendido e pelas testemunhas, podendo perguntar e reperguntar, sob pena de nulidade por violar o princípio constitucional do contraditório, como dar valor pleno à delação, quando no interrogatório e

na ouvida só o juiz ou a autoridade policial podem perguntar?

5. CONCEITOS SOCIOLÓGICOS: FIDELIDADE, GRATIDÃO E SEGREDO

5.1. Fidelidade

Sob o ponto de vista da delação premiada, alguns conceitos perpassam a discussão, com destaque para fidelidade, gratidão e segredo.

Em suma, várias indagações surgem na análise da delação, ou seja, no desenvolvimento da delação e a sua concretização, o autor da delação deixa de ter fidelidade e gratidão para com seu companheiro, ou melhor, para com o delatado em questão?

Nessa perspectiva, questiona-se: a delação por si só rompe os mecanismos de acordo e segredo antes pré-estabelecidos?

De início, é marcante a abordagem do conceito de fidelidade pela psicologia. No entanto, isso não impede a análise sob a ótica das ciências sociais. Nessa perspectiva, a ideia de fidelidade aparece como um fenômeno social presente nas interações humanas.

Simmel (2004, p.32) expõe que: “a fidelidade é a perseverança da alma, pois ela mantém-na no caminho que encetou, mesmo depois de a ocasião original que a ele conduziu

ter deixado de existir”. Em suma, infere-se que a própria causa da fidelidade existe na solidificação das interações entre os homens, ou seja, sem nenhuma dependência das motivações iniciais e relações a construção social.

Assim, preceitua Simmel (2004, p.37): “[...] A fidelidade ou a lealdade é o reflexo emocional da vida autônoma da relação, imperturbada pelo eventual desaparecimento dos motivos que originalmente produziram a relação”.

Em suma, de forma brilhante, Simmel (2004, p.39) ressalta que o efeito do respectivo fenômeno pode ser compreendido a partir do seu papel unificador, em meio ao dualismo iminente do processo de sociação. Em outras palavras, existe como categoria sociológica que tem uma função de autopreservação interna, ou seja, faz com que os indivíduos no âmbito de suas relações se mantenham fortemente unidos um ao outro (Simmel, 2004, p. 38).

Não obstante, mas essencialmente relevante para a compreensão do fenômeno é entender que a ausência da fidelidade, sob a ótica do autor em comento, impõe reprovação moral/social.

5.2. Gratidão

Dentro de um contexto criminoso, marcado pela subjetividade e intenção de cometer determinado(s) crime(s)

indaga-se se após determinado fato delituoso, o indivíduo que resolver delatar o comparsa ou a organização criminosa estaria tendo um sentimento de ingratidão para com os seus companheiros.

Nesse panorama de questionamentos, corroboramos com a reflexão de Simmel (2004, p.41) ao mencionar que: “A gratidão, em primeiro lugar, é um complemento de ordem legal. Todos os contactos entre as pessoas se baseiam no esquema de dar e receber em troca o equivalente”.

Assim, de forma sumarizada nas palavras de Simmel, a gratidão é uma evidência sólida de coesão social adquirida através da troca e da retribuição, uma vez que a troca assume o dever objeto da interatividade humana.

Ademais, alguns pensadores fazem a correlação da gratidão com a moralidade, na perspectiva de valor.

Destarte e por sua vez, a Gratidão aparece, conforme o autor citado anteriormente como “elo de interação, reciprocidade e retribuição que garante a coesão” (2004, p. 42). Avançando a reflexão e em continuidade com as palavras de Simmel (2004, p. 43), “[...] é o resíduo subjectivo do acto de receber ou também do acto de dar [...] é igualmente a memória moral da humanidade e, nesse sentido, difere da fidelidade pela sua essência mais prática e impulsiva” [...].

Assim, nessa perspectiva, e partindo do entendimento de expressiva função, a categoria da gratidão retrata uma posição

importantíssima para a interação social, visto ser forma de firmeza singular do vínculo social dotada de indissolubilidade (SIMMEL, 2004, p.51).

5.3. Segredo

Sob um enfoque sociológico, a categoria segredo é tratada por Simmel (2004) como:

O segredo coloca uma barreira entre as pessoas, mas, ao mesmo tempo, cria o desafio tentador de a romper, pela revelação ou pela confissão... O Significado sociológico do segredo tem, portanto, a sua dimensão prática, o seu modo de realização, apenas na capacidade ou na tendência do indivíduo para o guardar para si próprio, na sua resistência ou fraqueza perante a tentação da traição (p. 147).

Os adeptos a inconstitucionalidade da delação premiada apontam que a materialização desse instituto traz consigo o fenômeno da traição e, portanto, configura-se como uma violação de um segredo dos criminosos.

Ao revés, os que defendem a constitucionalidade do instituto baseiam suas ideias no fato de que o bem da sociedade, ou melhor, o interesse da coletividade deve sim está em primeiro lugar frente ao interesse individual, então caso o indivíduo de

forma voluntária ou espontânea resolva quebrar esse paradigma do “segredo” isso deve sim ser levado em consideração nos ditames de sua pena.

Ademais, sob o enfoque da leitura de Simmel, ressalta-se o dualismo dessa categoria: positivo e negativo. De forma positiva, o segredo é ocultado quando tem a função de proteger um ordenamento socialmente estabelecido e negativamente ao mencionar que: “[...] o segredo é também a expressão sociológica da maldade moral [...]” (SIMMEL, 2004, p.145).

6. QUESTÕES ÉTICAS E MORAIS PRESENTES OU NÃO NA DELAÇÃO PREMIADA

Uma das grandes problemáticas acerca do instituto da delação premiada refere-se à seguinte indagação: A ética existe na materialização desse instituto?

É comum na linguagem cotidiana a fungibilidade entre as palavras ética e moral. No entanto, é de suma importância fazer essa diferenciação visto que se trata de conceitos diversos.

Boff (2003, p. 37) de forma esclarecedora expõe:

A ética é a parte da filosofia. Considera concepção de fundo acerca da vida, do universo, do ser humano e de seu destino, estatui princípios e valores que orientam pessoas e sociedades. Uma pessoa é ética quando se orienta por princípios e convicções.

Dizemos, então que tem caráter e boa índole. A moral é a parte da vida concreta. Trata da prática real de pessoas que se expressam por costumes, hábitos e valores culturalmente estabelecidos. Uma pessoa é moral quando age em conformidade com os costumes e valores consagrados.

Diante do exposto, evidencia-se que a ética, portanto, vem a ser o estudo da moral em toda sua conjuntura e especificidades, enquanto a moral caracteriza-se por aspectos normativos, culturais e históricos.

É o que menciona Edimar Brigido (2016):

Ética, filosoficamente falando, é na verdade, uma reflexão a respeito dos princípios axiológicos que orientam e fundamentam nossas ações morais. [...] A moral é uma construção histórica e cultural, trata-se de um fenômeno prescritivo, versando a respeito de normas, “receitas de conduta” a serem observadas na vida prática e cotidiana.

Dentro dessa perspectiva sobre o aético, urge a necessidade de se trabalhar a categoria da confiança e fidelidade.

Em suma, Roberto Garcia (2006 apud Ricardo Cunha Martins 2010, p.3):

Ora, delação sempre é ato imoral e aético, já que



a própria vida em sociedade pressupõe o expurgo da traição das relações sociais e pessoais. A quebra de confiança que se opera com a delação gera, necessariamente, desagregação, e esta traz a desordem, que não se coaduna com a organização visada pelo pacto social e com a ordem constitucional legitimamente instituída.

Retomando a ideia da divergência doutrinária sobre o referido tema, outra categoria que é mencionada é a traição. Esta, para os que são contrários ao instituto da delação premiada, aparece como forma clara e maléfica de exposição do delator, o qual pode até ser alvo de vingança por conta de sua conduta não ética.

Destarte, é o pensamento de Raphael Boldt (2016, p. 3): “Mais do que um instrumento de desintegração social, a delação- e, por conseguinte, a traição- é, sob a perspectiva da ética, um desvalor, contrário em sua essência à concepção de vida moral fundada na dignidade da pessoa humana”.

Insurgem através dessa análise, os questionamentos sobre a legitimidade da delação premiada e que força ela teria para “premiar”, inclusive com extinção da punibilidade, alguém que concorreu para o mesmo delito.

Nucci (2008, p. 446) apresenta como um dos pontos negativos do instituto, o fato de que: “a) oficializa-se, por lei, a

traição, forma antiética de comportamento social”.

Assim, os que comungam com esse pensamento entendem que o Estado tem o dever de conseguir através dos seus próprios meios desvendar os delitos existentes sem que para isso se utilize de sujeitos para conseguir ter eficiência.

Em contrapartida, os que enxergam a validade e a eticidade da delação premiada ressaltam que com a modernização e a (re)estruturação do crime é urgentíssimo que se tenha a remodelação das políticas criminais para tentar frear o avanço da criminalidade.

Assim, nada mais justo do que reconhecer a coragem e a disposição do agente delator, conferindo benefícios especificados na lei do delito em questão.

David Teixeira de Azevedo (1999) explica que: “[...] o agente que se dispõe a colaborar com as investigações assume uma diferenciada postura ética de marcado respeito aos valores sociais imperantes, pondo-se debaixo da constelação axiológica que ilumina o ordenamento jurídico e o meio social”.

Isto posto, para os defensores é de suma importância que a conduta do delator seja incentivada e elogiada, servindo assim de reflexo para os demais.

Nesse sentido, Nucci (2008, p. 446) alega que: “c) [...] a delação seria a traição de bons propósitos, agindo contra o delito e em favor do Estado Democrático de Direito”.

Nota-se, portanto, as divergências de pensamentos entre

os autores, os quais diante de suas ideologias e percepções exprimem significados diversos para o instituto.

O fato é que temos que concentrar os olhares nos benefícios que a delação trará para a sociedade. Focar nas melhorias e na agilidade que possibilitam o desmembramento de estruturas criminosas que, até então, pareciam intocáveis e inatingíveis. É, portanto, um importante passo para a (re)construção de uma sociedade tão abalada pelo avanço da criminalidade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foi abordado o impasse ético no instituto da delação premiada. Diante do estudo foi possível visualizar a crescente utilização desse mecanismo, além do entendimento e reflexão sobre os conceitos sociológicos da fidelidade, gratidão e segredo e que, embora considerada por alguns como imoral, não vai de encontro aos princípios constitucionais mencionados no trabalho.

Infere-se que a delação premiada não deve ser entendida como uma ineficácia do Estado em ter controle sobre o desvendar e a apuração dos delitos, ao contrário, deve ser vista como um instrumento de combate ao avanço da impunidade, evitando assim que esta galgue passos inalcançáveis.

Assim, depreende-se que a importância desse trabalho pauta-se no esclarecimento sobre a conceituação e os

mecanismos de reflexão sobre a delação premiada no viés da ética, permitindo, assim, a conscientização da essencialidade desse instituto para o aprimoramento da justiça, a qual é amplamente difundida em um Estado Democrático de Direito.

Por fim, ressalta-se que a partir de outros estudos concretos poderão ser vistos os dilemas e questões envolvidas no dispositivo da delação premiada.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 7, n. 83, out/1999. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/103-83-Outubro-1999>. Acesso em: 25 nov. 2017.
- BARRETO, Ricardo de Araújo. A delação premiada no Brasil. 2014. 64f. Monografia (Especialização em Direito Constitucional) - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza: 2014 .
- BOFF, Leonardo. Ética e moral: a busca dos fundamentos. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.
- BOLDT, Raphael. Delação Premiada: o dilema ético. 2016. Disponível em: <<https://jwww.direitonetombr/artigos/exibir/2625/Delação-premiada-o-dilema-etico>>. Acesso em: 30 outubro. 2017.
- BRASIL. Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.



Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de julho de 1990, p. 14303. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 20 nov 2017.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 de março de 1998, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm. Acesso em: 20 nov 2017.

_____. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 de julho de 1999, p.1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm. Acesso em: 20 nov. 2017.

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

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sis-

nad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de agosto de 2006, p. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRIGIDO, Edimar. A ética e a moral. Gazeta do Povo. 08 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/artigos/a-etica-e-a-moral36jhvjmqf9a14jn932vxm1b8f>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTI, Fernando da Cunha. A delação premiada e sua (in) conformidade com a Constituição Federal. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 01 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_



link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9380>. Acesso em: 09 set. 2017.

JESUS, Damásio de. Estágio atual da delação premiada no direito penal brasileiro. Revista Jus Navegandi. Teresina, ano 10, nº 854, nov de 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penalbrasileiro>>. Acesso em 12 de outubro 2017.

LESCANO, Doernte Mariana. A delação premiada e sua (in)viabilidade à luz dos princípios constitucionais. [S.l.: s.n.] [s.d]. disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/mariana_lescano.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 3ª edição. Editora JusPODIVW, 2015.

_____. Manual de processo penal. 3ª edição. Editora JusPODIVW, 2015.

MARTINS, Ricardo Cunha. A aparente legalidade da delação premiada e a imoralidade legalizada. Revista de Doutrina TRF4. Porto Alegre, nº 37, agosto de 2010. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao037/ricardo_martins.html>. Acesso em 02 de agosto de 2017.

MOSSIN, Heraclito Antonio; MOUSSIN, Júlio César O.G. Delação premiada. 2ª edição. Leme: Editora J.H.Mizuno, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tri-

bunais, 2008.

NAMBA, Natalia Suzuki. Reflexões jurídicas sobre a utilização do instituto da delação premiada no combate ao crime organizado. 2012. 86f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, São Paulo, 2012.

SIMMEL, George. Fidelidade e Gratidão e outros textos. Rio de Janeiro: Relógio D'Água Editores, 2004.



CAPÍTULO 2

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DO ESTATUTO DA (DES) IGUALDADE RACIAL

Liana Maria Gonçalves Rodrigues

Resumo: A relevância da pesquisa sobre o tema “A concretização do direito fundamental à igualdade: uma análise acerca do Estatuto da (Des) Igualdade Racial” está em analisar se o direito fundamental à igualdade, previsto na Constituição Federal de 1988, está sendo concretizado após a publicação do Estatuto da Igualdade Racial, que entrou em vigor no dia 21 de outubro de 2010. O que se objetiva com este trabalho, em sentido amplo, é propor uma análise acerca dos direitos fundamentais, sua definição, suas principais características e “gerações” ou dimensões, traçando uma reflexão crítica em torno do princípio da Igualdade ou Isonomia, que, certamente, auxiliará o leitor no entendimento dos assuntos seguintes. Em sentido estrito, pretende-se avaliar se os vários acontecimentos, isto é, as várias ações, ditas afirmativas, no sentido de igualar as diversas raças existentes no Brasil, estão, de fato, tendo aplicabilidade, principalmente, em relação ao Estatuto da Igualdade Racial. Finalmente, depois de verificado o princípio da Igualdade ou Isonomia, o presente trabalho investiga se o Estatuto não seria apenas mais uma lei sem força, ou simplesmente, o Estatuto da Desigualdade Racial.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Princípio da Igualdade ou Isonomia. Estatuto da Igualdade Racial.



1. INTRODUÇÃO

A análise histórica dos direitos fundamentais embasa o estudo sobre o

direito fundamental à igualdade, considerado um direito fundamental de 2^a dimensão, sabendo-se que estes direitos são classificados como os direitos sociais.

Neste sentido, são apresentadas as demais “gerações”, as quais se desenvolveram de acordo com a necessidade da população, pois de acordo com diversos doutrinadores estas dimensões de direitos são a garantia para a efetivação dos vários direitos almejados pela sociedade.

Estas dimensões de direitos só foram assim tratadas a partir da Revolução Francesa, que trazia como lema revolucionário os três direitos principais: liberdade, igualdade e fraternidade.

Em relação ao direito fundamental à igualdade, o que se sabe é que existem dois tipos de igualdade a que a Constituição brasileira se refere, quais sejam a igualdade formal, ou seja, aquela na qual todos são iguais perante a lei e uma outra igualdade que seria a igualdade material, onde todos devem ser tratados igual ou desigualmente, dependendo das suas necessidades.

O princípio relacionado à igualdade vem nortear o estudo que ora se apresenta, desenvolvendo, na sua superficialidade,

a profundidade do Princípio da Igualdade, o qual está intrinsecamente relacionado aos Princípios da Dignidade Humana e da Cidadania.

O fator crucial que impulsionou o desenvolvimento desta monografia foi a busca pelo conhecimento acerca do Estatuto da Igualdade Racial, haja vista as várias polêmicas que surgiram desde a sua divulgação como proposta de lei, analisando se a sua entrada em vigor não estaria provocando uma violação ao direito fundamental à igualdade.

A justificativa para este trabalho baseia-se, principalmente, na questão da violação do direito fundamental à igualdade, bem como do Princípio da Igualdade ou Isonomia quando da publicação do Estatuto da Igualdade Racial. Portanto, deveria ser considerada esta lei inconstitucional, pois viola direito fundamental, bem como fundamentos garantidos na Constituição, tais como a dignidade da pessoa humana e a cidadania das demais pessoas, quando se faz a distinção entre as diversas raças.

Como objetivo geral, analisa-se, de forma objetiva, a origem, o conceito, as classificações dos direitos fundamentais, bem como o Princípio da Igualdade, apresentando alguns exemplos de efetivação desse princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, através de jurisprudências e ações afirmativas para a concretização do direito à igualdade. Os objetivos específicos são: observar o desenvolvimento histórico da nação



brasileira, sabendo-se que o país é formado, basicamente, por três raças bem definidas – indígena, negra, européia – e que, portanto, não haveria como segregar as pessoas apenas pela tonalidade de sua pele. Além disso, busca-se avaliar se o Poder Público não estaria, ao aprovar uma lei racista, provocando ainda mais discriminações, aumentando cada vez mais as discussões e a animosidade entre as pessoas, assim apresentam-se vários argumentos no sentido de que o Estatuto da Igualdade Racial foi apenas um paliativo para se tentar amenizar o passado histórico do Brasil.

Quanto aos aspectos metodológicos, no que diz respeito à tipologia da pesquisa, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa é pura, tendo por finalidade ampliar o espectro de conhecimento do pesquisador para uma nova adoção de posição. Segundo a abordagem, é qualitativa, na medida em que se aprofunda na compreensão doutrinária e jurisprudencial do tema em estudo. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, pois busca descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar o fenômeno observado, e exploratória, já que objetiva aprimorar as ideias por meio de informações sobre o tema em foco.

O desenvolvimento desta pesquisa encontra-se disposto em três capítulos, juntamente com a conclusão.

No primeiro capítulo, analisa-se o conceito de direitos

fundamentais, demonstrando as transcrições de vários autores e por fim apresentando um conceito próprio. Em seguida, faz-se um estudo acerca das dimensões ou “gerações” desses direitos, sabendo-se que, atualmente, alguns estudiosos do Direito já apresentam a sétima geração de direitos. Por último, são explanadas as características desses direitos fundamentais

O segundo capítulo trata do Princípio da Igualdade ou Isonomia, sendo traçada uma breve análise sobre a definição e a sua aplicação diante do ordenamento jurídico brasileiro, e por fim apresentam-se alguns exemplos (ações afirmativas concretas e jurisprudências) de concretização do direito à igualdade, numa tentativa de demonstrar como a sociedade brasileira tem buscado efetivar os seus direitos.

O último capítulo desenvolve uma análise sobre a concretização efetiva do direito à igualdade em relação ao Estatuto da Igualdade Racial, explanando os aspectos históricos da formação da sociedade brasileira, os reais motivos para a aprovação da Lei 12.288 de 20 de julho de 2010, bem como apresentando as opiniões de diversas pessoas que entendem do assunto, demonstrando que a publicação deste Estatuto traria mais desigualdades do que igualdades.

Na conclusão, estão descritos os principais entendimentos encontrados ao término do trabalho monográfico, haja vista que, embora o Estatuto tenha sido aprovado na tentativa de melhorar a situação do afro-brasileiro, em alguns momentos



esta intenção não será muito bem vista pela sociedade em geral, inclusive, pelo negro que se sente neste momento diferenciado das demais pessoas, isto apenas pela cor de sua pele ou pelas características negras que possui.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo buscar-se-á analisar os Direitos Fundamentais, vislumbrando-se o seu conceito, as “gerações” ou dimensões desses direitos, bem como as principais características que os definem.

Faz-se necessária esta breve explanação, haja vista o vasto acervo bibliográfico em torno deste assunto, sabendo-se que ainda é também um tema em constante desenvolvimento, principalmente, porque os direitos fundamentais estão em constante evolução.

Além disso, é de suma importância para o leitor a compreensão da base desta pesquisa, pois sem entender o que são, como se classificam e como se caracterizam os direitos fundamentais, não se poderia desenvolver tal estudo.

2.1. Conceito

Inicia-se o estudo acerca dos Direitos Fundamentais através do seu conceito, e para isso destacam-se conceitos

trazidos por alguns doutrinadores que, embora não tenham cessado suas pesquisas em torno dos Direitos Fundamentais, são bastante conhecidos por suas relevantes obras a respeito de tal assunto.

O autor da obra *Curso de Direitos Fundamentais*, George Marmelstein, destaca que os direitos fundamentais “são os valores básicos para uma vida digna em sociedade.” (2009:18). Contudo, este não é o conceito completo para direitos fundamentais, sendo apenas uma definição básica e concisa do que seriam esses direitos.

Ainda no conceito deste autor os direitos fundamentais possuem o conteúdo ético (aspecto material) e normativo (aspecto formal), sabendo-se que, “juridicamente, somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente.” (Marmelstein, 2009:19).

Dessa forma, percebe-se que não é todo e qualquer direito que pode ser considerado fundamental, até porque como explica Marmelstein (2009:20), “somente o serão aqueles que merecem proteção normativa especial.”

Acrescenta-se ainda “que, sob o aspecto jurídico-normativo, somente podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país.”



(Marmelstein, 2009:20). Logo, conclui-se que a fonte primária dos direitos fundamentais é a Constituição Federal, e não a lei, que neste caso poderá disciplinar, garantir a concretização dos direitos fundamentais.

Sendo assim, apresenta-se o conceito completo trazido por Marmelstein que assim diz (2009:20):

(...)os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Como assevera George Marmelstein, são elementos componentes desse conceito “norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia.” (2009:22)

Todavia, nem sempre os direitos fundamentais que se encontram elencados nos artigos 5º a 17 da Constituição Federal de 1988 têm qualquer relação com estes elementos, mas por estarem previstos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mantêm-se como direitos fundamentais.

Assim apresenta-se também o conceito trazido por Willis Santiago Guerra Filho¹, quando na apresentação da obra *Dos*

¹ PEREIRA, Ana Cláudia Távora et al; coord. Willis Santiago Guerra Filho. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Como escreveu Norberto Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos” já é enorme a doutrina produzida nos últimos dois séculos sobre os direitos fundamentais do homem; agora é o momento de realizá-los. Essa realização, contudo, não é tarefa simples, nas condições da sociedade

Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais, que assim diz: “Os direitos fundamentais são o que se há de considerar como mais importante hoje em dia porque o Direito de um Estado Democrático deve ser constituído (e desconstituído) tendo como parâmetro o aperfeiçoamento de sua realização.”

Em seguida tem-se o conceito de direitos fundamentais apresentado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009:40), na obra Teoria Geral dos Direitos Fundamentais os quais definiram esses direitos como sendo “direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”

Destarte, após a definição trazida por alguns doutrinadores, apresenta-se um conceito próprio de direitos fundamentais, senão veja-se: Os direitos fundamentais são as normas jurídicas mais importantes previstas, expressa e implicitamente, na Lei Maior de um Estado Democrático de Direito, normas estas que têm como finalidade garantir a dignidade da pessoa humana e limitar o poder do Estado.

2.2. “Gerações” ou dimensões dos Direitos Fundamentais

Inicialmente, faz-se necessário explicar a utilização dos atual, com sua complexidade infinitamente superior àquela das sociedades de há dois séculos – ou mesmo, daquela do começo desse século, que agora se finda. 1997, p.9.

termos geração e dimensão, pois é sabido que “a expressão geração de direitos tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira, pois o uso do termo geração pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de geração por outra, o que é um erro.”²

A utilização desse termo geração faz com que se interprete que a primeira geração de direitos seria substituída pela segunda, e que a segunda seria substituída pela terceira e assim sucessivamente, contudo isso não pode ocorrer, haja vista que uma geração depende, intrinsecamente, uma da outra.

Neste sentido é que a doutrina recente passou a utilizar o termo dimensões ao invés do antigo e inadequado termo gerações, afastando a ideia de sucessão que antes era transmitida.³

Nesta mesma obra, o autor Marmelstein apresenta um subtítulo chamado As “gerações” dos direitos, onde se destaca que (2009:39):

A concepção normativa dos direitos fundamentais surge junto com a consolidação das vigas-mestras do Estado democrático de direito, exatamente quando foram criados mecanismos jurídicos que possibilitassem a participação popular na tomada das decisões políticas, bem como foram desenvolvidos instrumentos para o controle e a limitação do poder estatal.

² MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.56-57. ³ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.57. Entre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Introdução ao direito processual constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.26; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.47; BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.524-525.

Dessa maneira, nota-se que os direitos fundamentais surgem e se desenvolvem de acordo com a evolução da sociedade, haja vista que esses direitos fundamentais existem a fim de garantir a concretização dos valores que neles estão embutidos.

Apresenta-se, nesta mesma obra acima citada, interessante teoria, mais conhecida por “Teoria das gerações dos direitos” desenvolvida por Karel Vasak, jurista tcheco, naturalizado francês.³ Sabe-se que a teoria expunha o seguinte (Marmelstein, 2009:40):

A primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (liberté), que tiveram origem com as revoluções burguesas;

A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (égalité), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;

Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (fraternité), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

³ Curiosamente, essa teoria surgiu por acaso. Por volta do ano de 1979, Vasak havia sido convidado para proferir a aula inaugural no curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. Sem muito tempo para preparar uma exposição, ele lembrou a bandeira francesa, cujas cores simbolizam a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Com base nisso, e sem maiores pretensões, desenvolveu a referida teoria, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos fundamentais. Quem narrou essa história foi o professor Antônio Augusto Cançado Trindade, que é um dos mais respeitados juristas brasileiros no exterior, sendo membro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em San José, na Costa Rica.



Em relação à primeira dimensão (utilização do termo correto) de direitos, pode-se dizer que estas estão relacionadas às revoluções liberais que, incansavelmente, buscavam mudanças em vários setores da vida, tais como nos setores econômico, religioso, político e jurídico, dentre outros.

Fora durante os séculos XVII e XVIII que estas revoluções liberais e burguesas ocorreram, proporcionando assim mudanças significativas na política mundial. E fora “a partir delas que o Estado absoluto cedeu lugar ao Estado Democrático de direito.”⁴

Assim, surgiram os direitos de liberdade, os quais foram, arduamente, conquistados, bem como reconhecidos pelo constitucionalismo moderno, surgindo, juntamente, com estes direitos, os chamados direitos civis e políticos que buscaram, primordialmente, a regulamentação do exercício democrático do poder.

Após a conquista desses direitos de liberdade, busca-se então a concretização dos direitos à igualdade, já garantidos nas diversas declarações de direitos elaboradas naquele período, pois o que havia naquele momento eram apenas garantias não efetivadas, ditas “da boca pra fora”⁵, o que fez com que a população, revoltada com as atuais condições de trabalho revolucionasse mais uma vez. Dessa vez a Revolução seria Industrial, ocorrida já no século XIX, sabendose que as

4 MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.44.

5 MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.45.

atuais condições de trabalho eram desumanas, degradantes e humilhantes, o que fazia com que a população lutasse e reivindicasse por um salário mínimo digno, pela limitação da jornada de trabalho, por um descanso regular, e também pela extinção da exploração do trabalho infantil, dentre outras situações.

Daí surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão que buscam garantir os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, que “correspondem aos direitos de igualdade.”⁶

Ainda em relação a estes direitos, George Marmelstein (2009:49) acrescenta que:

são aqueles direitos ligados às necessidades básicas dos indivíduos, independentemente de sua qualidade de trabalhador, como alimentação, saúde, moradia, educação, assistência social, etc. O reconhecimento desses direitos parte da ideia de que, sem as condições básicas de vida, a liberdade é uma fórmula vazia. Afinal liberdade não é só ausência de constrangimentos externos à ação do agente, mas também a possibilidade real de agir, de fazer escolhas e de viver de acordo com elas.⁷

Desse modo, evidenciam-se esses direitos fundamentais de segunda dimensão nos seguintes documentos: na Constituição do México, 1917, fruto da Revolução Mexicana de 1910, na

⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 740.

⁷ SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 146.



Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), no Tratado de Versalhes, 1919, (OIT), e aqui no Brasil, na Constituição de 1934, e de forma mais abrangente na de 1946.⁸

Após a fixação desses direitos sociais que surgiram já no século XX, a partir da 1ª Guerra Mundial, desenvolvem-se agora os direitos fundamentais de Terceira dimensão, “fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista.”¹⁰

Assim, consideram-se direitos fundamentais de terceira “geração”, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, constituindo-se assim os direitos de fraternidade. Contudo, afirma Norberto Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos*, que estes direitos

constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata.⁹ O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.¹²

Enquanto isso, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, traz em seu bojo capítulo específico sobre a proteção ao meio

8 MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.49-51. ¹⁰ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.52.

9 Na nota 9 da parte introdutória da obra citada (p.11), Norberto Bobbio elenca preciosa literatura sobre os direitos humanos de terceira geração, enquanto “novos direitos”. ¹² BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.5.

ambiente.¹⁰ “Certamente, a positivação desse direito sofreu influência da Declaração de Estocolmo, aprovada no âmbito das Nações Unidas em 1972, cujo texto contempla expressamente o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental de toda a humanidade.”¹¹

Na sequência do desenvolvimento dos direitos fundamentais, surgem os direitos fundamentais de quarta dimensão, “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.” (Bobbio, 2004:5-6).¹⁵

Dentro, ainda, desse mesmo contexto cita-se o doutrinador Paulo Bonavides, que em sua obra Curso de Direito Constitucional, defende que “o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo”¹² comporiam a quarta geração dos direitos fundamentais, que “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.”¹³

Mesmo após todas estas dimensões de direitos fundamentais, é de suma importância salientar que estes direitos costumam se reinventar, haja vista que, atualmente, já

10 Art. 225 da CF/88 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.

11 MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.53. ¹⁵ Nota retirada da obra “A Era dos Direitos”: Sobre esse tema, já existe uma literatura significativa, particularmente anglo-saxônica, da qual dá notícia Bartha Maria Knoppers, “l’integrità del patrimonio genético:diritto soggettivo o diritto dell’umanità?”, in *Politica dei diritto*, XXXI, nº 2, junho de 1990, pp.341-361.

12 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 571.

13 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 572.



se fala em “direitos de quinta, sexta e até sétima gerações, que vão surgindo com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética).”¹⁴

Em se tratando de direitos fundamentais de quinta geração, tem-se o estudo apresentado por Paulo Bonavides que “em palestra realizada no dia 14/11/2006, no IX Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional, realizado na cidade de Curitiba/PR, o grande mestre Paulo Bonavides classificou a paz, axioma da democracia participativa, como um direito fundamental de 5ª geração.”¹⁵

Portanto, esta e as demais dimensões de direitos buscam, constantemente, definir quais devem ser os direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado, isto é a serem protegidos pelo Estado Democrático de Direito.

2.3. Características dos direitos fundamentais

Embora sejam apresentadas as características trazidas por alguns doutrinadores, nem sempre estas estão completas em uma determinada obra, pois há aquele estudioso que cita determinada característica que outro não cita. Portanto, busca-se neste momento apresentar os principais requisitos que caracterizam os direitos fundamentais, apresentando a característica, bem como o autor que a exibiu.

¹⁴ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.55.

¹⁵ Nota 15. CAMARGO, Marcelo Novelino. Direito Constitucional para Concursos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157.

Destarte, iniciar-se-á a revelação destes caracteres a partir da obra *Direito Constitucional Esquematizado*, na qual Pedro Lenza (2010:742) lembra breve caracterização feita por David Araujo e Serrano Nunes Júnior¹⁶, onde os direitos fundamentais têm as seguintes características:

historicidade: possuem caráter histórico, nascendo com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais;

universalidade: destinam-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos.

limitabilidade: os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais

envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição; - concorrência: podem ser exercidos cumulativamente; - irrenunciabilidade: o que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca a sua renunciabilidade.

José Afonso da Silva ainda aponta outras características:¹⁷

16 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67-71.

17 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 17. ed., São Paulo: Malheiros, p. 185.



inalienabilidade: como são conferidos a todos, são indisponíveis; não se pode aliená-los por não terem conteúdo econômico-patrimonial;

imprescritibilidade: prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

Traz-se, ainda, os caracteres explanados por Flávia Martins André da Silva, em artigo publicado no site jurídico DireitoNet:¹⁸

inviolabilidade: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa;

efetividade: o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário meios coercitivos;

interdependência: não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionarem para atingir seus objetivos;

complementaridade: os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.

Conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais estão, devidamente, caracterizados, que cada uma destas características ou outras quaisquer que venham a surgir, certamente, não deixarão de

18 SILVA, Flávia Martins André da. Direitos Fundamentais. pub em: 16 mai. 2006. Acesso em: 15 jan. 2011 <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>.

garantir o pleno e devido exercício desses direitos.

3. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU ISONOMIA

Após a análise em torno dos Direitos Fundamentais, realizar-se-á um estudo a respeito do Princípio da Igualdade ou Isonomia, haja vista a necessidade de se entender a base, a origem, a fonte desse direito fundamental que ora se estuda.

Em seguida serão apresentados alguns exemplos de efetivação do direito fundamental à igualdade, sabendo-se que é de suma importância a apresentação desses momentos de concretização desse direito fundamental, para que se possa visualizar como a sociedade brasileira lida com este direito que lhes é garantido desde o século XIX.

3.1. Definição e análise

A priori, faz-se necessário entender o que são princípios, dessa forma pode-se dizer que são considerados fontes do Direito, e que estas fontes são os meios pelas quais as regras se exteriorizam, isto é, o princípio é o norteador do direito.

Os Princípios gerais do Direito buscam auxiliar, assim como as leis, o aplicador do Direito, o qual se utiliza daqueles com o escopo de solucionar possíveis conflitos e ampliar o estudo sobre a matéria ora tratada.

Dessa maneira, acredita-se que os Princípios “muito embora não estejam presentes, eles consistem na manifestação do próprio espírito de uma legislação.” (Acquaviva, 1998:1013)

Através dessa transcrição conceitual, nota-se que os Princípios, embora não estejam explícitos no ordenamento jurídico, eles são amplamente aplicados, haja vista a relevância que eles assumem na sociedade, pois a partir de um Princípio pode-se solucionar um conflito.

Esta afirmação pode ser comprovada também a partir da transcrição literal da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, o qual afirma em seu artigo 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Destarte, tem-se como base de apoio para o ordenamento jurídico, além da lei, a analogia, isto é a aplicação de forma comparativa de decisões já tomadas em outros momentos; os costumes, que são as vivências da sociedade, aquilo que praticam de forma contínua durante certo período; e os princípios gerais do direito que já foram explicados anteriormente.

Oscar Vilhena Vieira (2006:56), lembrando Ronald Dworkin afirma que “Princípios, por sua vez, são critérios que devem ser observados pelos magistrados, não em função da melhoria ou avanço de uma determinada situação econômica, política ou social tida como desejável, mas porque constituem “uma exigência de justiça ou equidade [fairness] ou alguma

outra dimensão da moralidade.”¹⁹

Ainda, acrescenta o autor a diferenciação entre regras e princípios, os quais em alguns momentos são confundidos pelos aplicadores do direito. Senão veja-se a transcrição desta distinção:²⁰

Regras e princípios funcionam diferentemente. As regras são normalmente aplicadas de forma peremptória, num “tudo ou nada”. Dados os fatos, as regras devem ser aplicadas de forma implacável, consideradas as exceções por elas próprias estabelecidas. Já os princípios devem contar com razões a priori, ou *prima face*, que indicam a o juiz a direção a ser tomada, mas não exigem uma única conclusão. Diferentemente, das regras não são razões determinantes, pois pode haver outros princípios que apontem em direção oposta. Quando se diz que um princípio faz parte do Direito, o que se pretende é que ele seja levado em conta por aquele que tem a responsabilidade de tomar a decisão. Ao julgador cabe avaliar o peso do princípio, de que forma ele pode cooperar na compreensão do sentido que deve ser dado a uma determinada norma e como, num caso concreto, princípios concorrentes devem ser harmonizados. Enquanto as regras são aplicáveis ou não a um determinado caso, os princípios são mais ou menos importantes àquele caso. Na hipótese de conflito entre regras apenas uma delas deverá ser aplicada. Já, em relação aos princípios, os conflitos devem ser resolvidos por intermédio de uma

19 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.56. A obra citada pelo autor é de DWORKIN, Ronald. *Models of rules*, in *Taking Rights Seriously*, 1977, p.22.

20 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.56. A obra citada pelo autor é de DWORKIN, Ronald. *Models of rules*, in *Taking Rights Seriously*, 1977, p.26-27.



ponderação a respeito da sua importância num caso específico.

Logo, percebe-se que há grandes diferenças entre regras e princípios, que eles não podem ser confundidos, e que a maior finalidade, de fato, dos princípios é o auxílio no momento de se aplicar determinado direito.

O Princípio da Igualdade ou Isonomia não está expressamente elencado entre os Princípios Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 (art. 1º da CF/88), este se encontra relacionado a dois outros princípios bastante importantes quais sejam fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III da CF/88).

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
II- a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;

Portanto, estes fundamentos são a base de sustentação do Princípio da Igualdade, haja vista que não se pode falar em igualdade, quando não se garante o mínimo de cidadania e de dignidade ao ser humano.

Este Princípio existe no ordenamento jurídico, a fim de

que não haja diferenças gritantes entre as pessoas, até porque se sabe que ninguém é igual a ninguém, e como já dizia Aristóteles há mais de 2 mil anos, devemos dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.²¹

Desse modo, tratar desigualmente os desiguais não se trata de discriminação, de racismo ou de separação da sociedade, trata-se de reconhecer as diferenças nas pessoas e fornecer-lhes garantias e direitos que não as deixe marginalizadas, que elas sintam que fazem parte do todo.

É neste sentido, que Oscar Vilhena Vieira afirma que:²²

Se o princípio da igualdade nos impõe tratar as pessoas com igual respeito e consideração, não sendo as pessoas iguais, diferente deverá ser o tratamento a ser dado a cada uma delas. (...) O princípio da igualdade passa a se apresentar, paradoxalmente, como o princípio que determina a diferença legítima de tratamento que devo a cada pessoa, em face de diferenças específicas. O princípio da igualdade converte-se, assim, mais num regulador das diferenças que numa regra de imposição da igualdade absoluta e em todos os planos. Em outras palavras, a função do princípio da igualdade é muito mais auxiliar a discernir entre desigualizações aceitáveis e desejáveis e aquelas que são profundamente injustas e inaceitáveis.

Traz-se à baila transcrição de Celso Antônio Bandeira de

²¹ ARISTÓTELES, A Ética a Nicômaco.

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 285.



Mello, quando diz que, “com efeito, a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional contra perseguições) e, de outro, tolher favoritismos.”²³

Entende-se, portanto, que a finalidade de se utilizar o Princípio da Igualdade, reside tanto na garantia do exercício do direito fundamental à igualdade quanto na aplicação dosada desta garantia, isto é não dar mais a quem merece menos, e nem dar menos a quem merece mais.

O mesmo doutrinador ainda complementa a proposição trazida por Aristóteles, cujas palavras afirmam que se deve tratar de forma igual aos iguais, de forma desigual aos desiguais, sempre na medida de suas desigualdades.²⁴ Agrega-se a esta explanação as considerações nobilíssimas de Hans Kelsen (Mello, 1998:11):

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Sendo assim, entende-se que o Princípio da Igualdade também deve ser visto, relacionando-se com a imparcialidade, haja vista a sua “importância como mandato de não-discriminação.”²⁵ Citam-se como exemplos disso os artigos 3º, 5º e 7º da CF/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de

²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 289.



sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Neste sentido, dir-se-ia que o Princípio da Igualdade destina-se ao legislador, que “também está obrigado a tratar todos de forma imparcial,”²⁶ pois é sabido que as leis devem ser criadas e aprovadas de modo que atendam a todos os anseios daquele grupo de pessoas que sentem a necessidade de virem os seus direitos atendidos.

E como forma de rearticular o princípio da igualdade, sugere-se ao legislador que nunca classifique ou discrimine as pessoas, exceto em situações em que isto se mostre necessário, levando sempre em consideração o que disse Aristóteles e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Para Marcus Orione Gonçalves Correia (2010:155), que sintetiza a noção de igualdade nas teorias da justiça de John Rawls²⁷, essa igualdade dar-se-ia através do “princípio da diferença”, onde explica o autor como ela funcionaria.

Em resumo, seriam condições indispensáveis e meios gerais que permitem a cada um perseguir

²⁶ Oscar Vilhena Vieira traz no capítulo destinado à igualdade interessantes argumentos de como esta igualdade deve ser vista com a característica da imparcialidade.

²⁷ Nota de rodapé da obra *Direitos Fundamentais Sociais: Confira-se em especial Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Há que se ler ainda *Justiça como equidade – uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Nesta segunda obra, o autor já, em seu prefácio, anuncia um de seus objetivos como sendo o retificar “as falhas graves de uma Teoria da justiça que obscureceram as principais ideias da justiça como equidade, que é como denomino a concepção de justiça apresentada naquele livro. Como ainda confio nnaquelas ideias e acho que as dificuldades mais importantes podem ser sanadas resolvi elaborar esta reformulação”.³² O que é uma sociedade justa? São Paulo: Ática, 1997, p. 146 e 147.

a realização de sua concepção de vida: a riqueza e a renda, os poderes e as prerrogativas e as bases sociais do autorrespeito. O que o princípio afirma, consequentemente, é que se trata de maximizar a sorte (em termos de renda, poderes, etc.) do mais desfavorecido (nesses mesmos termos). Dito de outro modo, afirma que somente são legítimas as desigualdades de renda, poder, etc. que contribuem para melhorar a sorte dos mais desfavorecidos.³²

Logo, o que se percebe é que a desigualdade quando é discutida para se diferenciar as raças, os gêneros, os sexos, ela, certamente, será injusta. Haveria justiça apenas quando se busca igualar as pessoas por uma situação onde a desigualdade a distancia dos seus direitos sociais, tal como a sua situação financeira, o seu poder aquisitivo, o que a impede de frequentar bons colégios, de ter acesso à saúde de qualidade, de se alimentar adequadamente, de poder desfrutar de momentos de lazer, etc.

Marcus Correia (2010:156) ainda cita Claus Offe²⁸, o qual afirma “que um dos motivos da falência do Estado de Bem-estar Social foi exatamente a cisão na luta social criada pela existência de movimentos de minoria (negros, homossexuais, mulheres etc.)” Este mesmo autor acrescenta que “os países onde há maior grau de desenvolvimento social são aqueles em que há maior homogeneidade social (inclusive racial, como os países escandinavos).

Portanto, tratar desigualmente pessoas iguais não

28 Nota de rodapé nº 41 da obra Direitos Fundamentais Sociais: Achamos fundamental para a compreensão da questão da crise do Welfare State a obra Capitalismo desorganizado, cit.



resolveria em nada a questão da desigualdade de raças, apenas acirrará o preconceito ou o racismo que se disfarça em forma de lei. Contudo, entende-se também “que a heterogeneidade possa vir a ser o grande espaço para a criação de uma sociedade melhor e baseada em postulados mais efetivos de justiça.” (Correia, 2010:157).

Por fim, conclui-se que este princípio é a base da garantia do direito fundamental à igualdade, previsto desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem às leis infraconstitucionais dos vários países.

Este princípio é, também, a garantia de que o direito do cidadão de ser tratado com igualdade ou desigualdade será concretizado, mesmo que em algum momento ele seja violado.

3.2. Exemplos de efetivação do direito fundamental à igualdade na sociedade brasileira

A previsão constitucional ao direito fundamental à igualdade encontra-se elencado já no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, sabendo-se, obviamente, que este texto tem cunho meramente político.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade,

a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifo nosso).

A partir da leitura mais detida do Preâmbulo pode-se dizer que a igualdade, assim como tantos outros direitos fundamentais é também considerado um valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

E o que se percebe ao longo da leitura da Carta Magna é que em diversos dispositivos há a previsão ao direito à igualdade, seja em que aspecto for.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

V- igualdade entre os Estados;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de

reclusão, nos termos da lei;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual

somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;²⁹

A luta para que os direitos fundamentais se concretizem vem desde a Grécia e Roma antigas, e ela persiste até os dias de hoje, haja vista que a igualdade, a liberdade e a fraternidade que se quer, em alguns momentos, parecem ser esquecidas.

É sabido que apesar de nos textos de leis, nas declarações de direitos, nas Constituições de países se preverem a garantia à igualdade, contudo, constantemente, se vê a violação a este direito, pois o texto é um e a realidade é outra.

Destarte, a igualdade prevista nas diversas declarações nem sempre foi efetivada, operários não eram tratados como os empresários, não por conta da diferença de classes, mas por sua condição humana, os trabalhadores não tinham liberdade

²⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 jan. de 2011.



de se associarem, de reivindicarem por melhores condições, assim afirma Marmelstein: ³⁰

(...) Muitos setores da sociedade, sobretudo os mais carentes, ainda não estavam totalmente satisfeitos apenas com essa liberdade de “faz de conta”. Eles queriam mais. A igualdade meramente formal, da boca para fora, que não saía do papel, era mesmo que nada. Por isso eles pretendiam e reivindicaram também um pouco mais de igualdade e inclusão social.

Sendo assim, quando se fala em efetivação ou concretização do direito fundamental à igualdade, busca-se apresentar quais mudanças ocorreram na sociedade brasileira para que esse direito, de uma vez por todas, fosse garantido e atendido pelo Poder Público, fosse, de fato, prestado a toda a sociedade.

Desse modo, apresentam-se os acontecimentos (exemplos) que ora vêm proporcionando o acesso a este direito, quais sejam: a construção de rampas de acesso para as pessoas portadoras de necessidades especiais; a construção de transportes públicos que condicionem este mesmo acesso; a implantação de sistemas tecnológicos que auxiliem os deficientes auditivos no momento em que necessitam da prestação de um determinado serviço; a confecção de livros, revistas ou quaisquer outros meios informativos em braile a fim de auxiliar os deficientes visuais; a efetivação de programas

³⁰ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.46.

empresariais que contratam determinada porcentagem de pessoas portadoras de alguma necessidade especial; a adoção de crianças por casais homossexuais; a implementação do sistema de cotas nas universidades, garantindo o acesso de pessoas carentes, negras e oriundas de minorias étnicas, enfim muitos foram os acontecimentos ocorridos nos últimos 23 anos, desde que a Constituição Cidadã fora promulgada.

Apesar de terem acontecido todos estes eventos, é sabido que a concretização do direito fundamental à igualdade só ocorre quando há a pressão, a cobrança da sociedade sobre os seus legisladores, que, através da aprovação das leis, cobram dos empresários e do próprio Poder Público a efetivação dos direitos alheios.

Faz-se necessário, também, afirmar que a concretização dos direitos de segunda geração demanda investimentos econômicos, pois quando se fala em educação, saúde, lazer, trabalho, moradia, tudo isto envolve muitos investimentos, e quando não há dinheiro é preciso decidir onde gastar os recursos limitados.

Esta discussão de como gastar o dinheiro caberia ao Poder Legislativo, pois ele é quem detém a prerrogativa de decidir o orçamento do Poder Executivo, contudo muitas vezes isto não acontece, e a população continua sendo a mais prejudicada quando tem os seus direitos fundamentais violados.

Finaliza-se este capítulo trazendo algumas



jurisprudências do Supremo Tribunal Federal a respeito deste direito fundamental à igualdade, apresentadas na obra de Oscar Vilhena Vieira: ³¹ STF, RE 161.243-6-DF (Caso “Air France” – Igualdade entre trabalhadores); STF, RMS 21.046-0-RJ (Caso de discriminação no concurso do STM – Igualdade – A idade como fator de discriminação); STF, ADI 1.494-3-DF (Caso do inquérito policial militar – igualdade – Discriminação por função administrativa); STF, HC 81. 632-1-SP (Caso da prisão domiciliar para advogados –

Igualdade “vs.” privilégio corporativo); STF, ADI 3.197-RJ (Caso das cotas na UERJ – Igualdade formal “vs.” Igualdade material); STF, RE 20.954-3-CE (Caso da importação de veículos usados – Igualdade “vs.” Discricionariedade do Estado na formulação de política econômica); STF, AgRg no RE 271.286-8-RS (Caso do coquetel do HIV – Direito à saúde e direito à vida “vs.” escassez de recursos); STF, RE 226.835-6-RS (Caso da internação hospitalar diferenciada – Direito à saúde e igualdade); STF, ADPF 45-DF/MC (Caso da “reserva do possível” – Política pública de saúde); STF, RE 436.996-6-SP (Caso do direito à creche – Prioridade dos direitos da criança); STF AgRg no RE 241.757-2-MA (Caso dos deficientes auditivos – Educação “vs.” escassez de recursos); STF, ADI 1.512-5-RR/MC (Caso da reserva indígena Raposa Serra do Sol – Direito dos Índios “vs.” autonomia para a criação de Municípios); STF, ADI 1.458-7-DF/

³¹VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 300-469.

ML (Caso do salário mínimo – Direito às condições básicas de existência); STF ADI 1.480-3-DF/ML (Caso da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – Direito ao trabalho e despedida sem justa causa).

Após a análise de todas estas jurisprudências, percebe-se que mesmo com todas as tentativas de se concretizar os direitos fundamentais, mais, precisamente, o da igualdade, mesmo assim, diariamente, se veem estes direitos sendo violados. Dessa forma, é de suma importância continuar lutando pela busca incessante da garantia desses direitos que não são meu, nem seu, mas de todos nós.

4. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE EM FACE DO ESTATUTO DA (DES) IGUALDADE RACIAL

No presente capítulo, pretende-se explicar como surgiram as diversas raças no Brasil, fazendo um apanhado histórico em torno, principalmente, da raça negra, haja vista que as maiores atitudes de racismo são praticadas contra pessoas de pele negra.

Em seguida, serão apresentados os motivos que embasaram a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, sempre buscando entender as justificativas elencadas pelos envolvidos no processo de aprovação da lei e pelas pessoas que

têm interesse neste assunto.

Após esta análise, discutir-se-á se houve, de fato, a concretização do direito fundamental à igualdade após a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, haja vista que ela foi aprovada numa tentativa de “amenizar” a dívida existente entre o Brasil e a população negra, analisa-se se este não seria o Estatuto da Desigualdade Racial.

4.1. Aspectos históricos

Um país de dimensões continentais, assim é conhecido o Brasil. Em sua formação histórica apresenta-se uma diversidade de raças, vindas das mais variadas partes do mundo, Europa, Ásia e África, talvez seja por isso que a autora de *O espetáculo das raças*, Lilia Moritz Schwarcz, afirma que “Em finais do século passado o Brasil era apontado como um caso único e singular de extremada miscigenação racial.”³²

Esta miscigenação ocorreu já no início do que muitos chamam de “descobrimento” do Brasil, quando aqui aportaram os portugueses, que em busca de novas rotas marítimas acabaram por conhecer as terras brasileiras. Daí se iniciaria a construção da sociedade brasileira.

Inicialmente, os portugueses se relacionariam com os índios que habitavam a Ilha de Vera Cruz, que, posteriormente,

³² SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 11.

se chamaria Terra de Vera Cruz e em seguida Terra de Santa Cruz, depois Terra dos Papagaios e por último Brasil, assim conhecido por causa da sua rica madeira chamada de pau-brasil.³³ Desta união entre brancos e índios surgiram os chamados caboclos ou mamelucos.

A sociedade brasileira continuou em formação até a vinda dos negros africanos como escravos, que foram, brutalmente, afastados de suas famílias, para continuarem a exploração das terras brasileiras, que há muito já vinham sendo exploradas pelos portugueses, holandeses e franceses, utilizando-se da mão-de-obra indígena.

A partir daí, há a mistura das raças negra e branca, de onde surgiriam os mulatos, bem como haveria a mistura do negro e do índio, surgindo assim os cafuzos. Mas além destas, vieram também as raças amarelas, formadas por japoneses, chineses, indianos, israelenses, etc.³⁴

Com a vinda desses negros africanos para o Brasil muitos acontecimentos iriam definir os rumos do país, principalmente, nas relações pessoais, familiares, econômicas, sociais, jurídicas e políticas.

A escravidão foi o fator principal a definir todas estas relações, haja vista que segundo Ana Emilia Andrade

³³ BUENO, Eduardo. A viagem do descobrimento: a verdadeira história da expedição de Cabral. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, p.109-110.

³⁴ Toda esta parte sobre a miscigenação das raças foi pesquisada em sites de busca sobre a História do Brasil. Disponível em: <http://www.mundovestibular.com.br/articles/2854/3/RESUMO-HISTORIA-DO-BRASIL/Paacutegina3.html> Acesso em: 20 fev. 2011

Albuquerque da Silva: ³⁵

O Brasil foi a segunda maior nação escravista da era moderna, perdendo apenas para os Estados Unidos, e foi o maior importador de escravos, tendo traficado 40% do número total conhecido. Durante os quase quatro séculos de escravismo, o Brasil trouxe da África cerca de 4 (quatro) milhões de negros e os colocou para trabalhar na lavoura, na mineração etc., contando com uma base de sustentação econômica, social, política e religiosa.

Portanto, era normal até 1888, ano em que foi assinada a tão sonhada Lei Áurea (lei que extinguiu a escravidão no Brasil), que um branco possuísse, esse era o termo, possuísse um negro para a realização das mais diversas atividades. O negro escravo, assim, era considerado objeto, era tido como propriedade e não como sujeito de direitos.

Logo, o que se percebe é que no Brasil, desde 1824, a Constituição brasileira já previa a igualdade para todos, contudo o período vivido era de total desigualdade, e por que não dizer de desumanidade, pois a escravidão que acontecia desde 1500 perdurou até 1888 e este direito por todos estes anos ficou sem aplicação.

Isto aconteceu porque o “Brasil foi ainda o penúltimo país a abolir o tráfico de escravos – 1850 – e o último a abolir a escravidão – 13 de maio de 1888” (SILVA, 2005:57), fazendo com

³⁵ SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. Discriminação racial no trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p.55.

que o direito fundamental à igualdade não fosse concretizado e o racismo se tornasse cada vez mais acirrado.

Mais de um século se passou após a sanção da Lei Áurea, e ainda hoje ocorrem situações de discriminação e preconceito racial, e o racismo em certas ocasiões chega ao extremo.

4.2. Por que aprovar o Estatuto da Igualdade Racial?

Em 1995³⁶, o primeiro texto sobre o Estatuto da Igualdade Racial foi escrito. Desde então discute-se em diversos seguimentos da sociedade brasileira, o Projeto de Lei 3.198, de autoria do Senador Paulo Paim (PT/RS), que em 2010 instituiu o Estatuto da Igualdade Racial.

Ainda, hoje, 16 anos depois de o Projeto ser apresentado pelo Senador, muitas são as discussões em torno dos termos empregados no Estatuto, se a aprovação dessa Lei garante, de fato, que os direitos dos afrobrasileiros sejam garantidos e concretizados, e até mesmo se não se estaria aumentando ainda mais a discriminação, o racismo e o preconceito de raças.

Destarte, busca-se a partir de agora explicar quais foram os motivos que justificaram essa aprovação, sendo apresentadas algumas transcrições que foram retiradas do Projeto de Lei 3.198 de 2000, as quais dizem o seguinte: ³⁷

³⁶ FORTES, Leandro. Motivação Racista? Senador petista diz que Estatuto da Igualdade Racial foi boicotado na Câmara. Revista Carta Capital, São Paulo, 6 dez. 2006 ANO XIII, n. 422, p.31.

³⁷ Projeto de lei, apresentado ao Senado Federal pelo Senador Paulo Paim, justificando a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: http://www.cedine.rj.gov.br/legisla/federais/Estatuto_



Com a assinatura da Lei Áurea os negros alcançaram a liberdade, mas não obtiveram direitos. Não foi dado aos negros o direito à terra, à educação e nem sequer ao trabalho remunerado. Com a abolição, as oligarquias da época se sentiram ameaçadas, afinal, o país já era de maioria negra. Porém, uma maioria que compunha as classes mais baixas. Assim, a arma encontrada pelos escravocratas foi fortalecer o racismo.

(...)

“Foi por defender o princípio da igualdade que, em 1951, tivemos a aprovação da Lei Afonso Arinos e em 1988, a Constituição declara em seu artigo 5º, inciso XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Em 1989 tivemos a Lei Caó que regulamenta o princípio constitucional para combater o racismo. Em 1997, aprovamos, por unanimidade, a Lei 9.459, de minha autoria, que, entre outras coisas, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, condena o nazismo e considera a injúria também crime inafiançável.

A transcrição ora exposta apenas comprova a existência a muito de leis que penalizam as pessoas que praticarem crimes de racismo, assim como estabelece na Constituição Federal a inafiançabilidade e imprescritibilidade do crime de racismo.

Assim, continua o Senador argumentando que:³⁸

No ano passado (2005), institutos de pesquisas vinculados ao governo federal mostraram que os

da_Igualdade_Racial_Novo.pdf Acesso em: 17 fev. 2011.

38 Projeto de lei, apresentado ao Senado Federal pelo Senador Paulo Paim, justificando a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: http://www.cedine.rj.gov.br/legisla/federais/Estatuto_da_Igualdade_Racial_Novo.pdf Acesso em: 17 fev. 2011.

negros são os mais pobres, os menos escolarizados, são os que recebem os menores salários quando empregados e constituem a maioria esmagadora dos trabalhadores lançados na informalidade e no desemprego.

Dados do IPEA nos mostram que os diferenciais de pobreza entre negros e brancos não diminuíram. A proporção de negros abaixo da linha de pobreza é de 50%, enquanto a de brancos fica em 25%. Isso desde 1995.

Os mesmos indicadores mostram que houve melhoras em relação à expectativa de vida, mas a desigualdade entre os índices para negros e brancos persiste. Por exemplo, uma pessoa negra, nascida em 2000 viverá, em média, 5,3 anos menos que uma branca.

Em novembro do ano passado (2005), o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos (Dieese) mostrou que, em todas as regiões do país, o salário pago aos afrobrasileiros é menor em relação aos trabalhadores brancos.

Em março de 2005 o IBGE nos dizia o mesmo em sua pesquisa mensal de emprego. Segundo a cor, em seis regiões metropolitanas, a pesquisa do IBGE indicou que as informações sobre os rendimentos do trabalho mostravam que os negros e os pardos recebiam por hora trabalhada menos que os brancos. Para dar fim a esses indicadores e aos pensamentos discriminatórios, foi que, em conjunto com o Movimento Negro, pensamos o Estatuto. Queremos conquistar os espaços que nos foram negados.

Por isso, aos que nos questionam por que somos autores do Estatuto, respondemos: para, de uma vez por todas, coibir práticas racistas; fazer justiça para com os injustiçados; melhorar a vida dos negros.

Foi para isso que o Estatuto da Igualdade Racial foi pensado e construído. (grifo nosso)

Logo, conclui-se que por todo o passado de sofrimento do povo negro, pelo regime de escravidão em que viveram por vários séculos e por todos estes dados que foram apresentados pelo Senador, aí se tem a justificativa da aprovação do Estatuto da Igualdade Racial.

Sendo assim, expõe-se, neste momento, em que consiste o Estatuto da Igualdade Racial, apresentando a explanação do petista Paulo Paim:³⁹

O Estatuto é um conjunto de ações afirmativas, reparatórias e compensatórias. Sabemos que esses tipos de ações devem emergir de todos e de cada um. Devem partir do Governo, do Legislativo, da sociedade como um todo e do ser humano que habita em cada um de nós. Felizmente isso vem acontecendo. Talvez pudessem ser mais numerosas, mas temos presenciado ações afirmativas. São frentes de luta contra o racismo na educação, no mercado de trabalho, nos meios de comunicação e em diversas outras áreas.

Inclui-se nesta explicação, a reprodução do jornalista Leandro Fortes, o qual afirma que “embora seja um documento quase exclusivamente conceitual, o Estatuto da Igualdade

³⁹ Projeto de lei, apresentado ao Senado Federal pelo Senador Paulo Paim, justificando a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: http://www.cedine.rj.gov.br/legisla/federais/Estatuto_da_Igualdade_Racial_Novo.pdf Acesso em: 17 fev. 2011.

Racial levantou algumas polêmicas.”⁴⁰ O autor se refere às polêmicas que giraram em torno do projeto, ainda em 2006, sobre a “obrigação de autodeclarar a cor e a raça na hora de tirar documentos, além da inclusão da disciplina História Geral da África e do Negro no Brasil nos colégios.”⁴⁶

Mas às vésperas da publicação da lei, em junho de 2010, foi publicada reportagem na Revista Época, na qual se citavam as mudanças no Estatuto, mostrando a resistência do Congresso Nacional ao sistema de cotas nas universidades brasileiras. E o autor da reportagem, Leandro Loyola, afirmou que:⁴⁷

Para conseguir a aprovação no Congresso, o projeto sofreu muitas mudanças. Em acordo com o autor, senador Paulo Paim (PT-RS), o relator Demóstenes Torres substituiu no texto a palavra “raça” por “etnia”. Torres também suprimiu o artigo que estabelecia o sistema de cotas. A questão das cotas será tratada em um projeto separado, da senadora Serys Slhessarenko (PT-MT), que já tramita no Senado. “O Congresso se recusou a criar uma lei que distribuiria direitos com base em critérios de raça e exterminaria o princípio de igualdade no Brasil”, diz o geógrafo Demétrio Magnoli, autor do livro Uma gota de sangue e contrário à adoção das cotas. “Foi uma derrota do projeto racialista, apesar de suas pressões.

40 FORTES, Leandro. Motivação Racista? Senador petista diz que Estatuto da Igualdade Racial foi boicotado na Câmara. Revista Carta Capital, São Paulo, 6 dez. 2006 ANO XIII, n. 422, p. 31. ⁴⁶ FORTES, Leandro. Motivação Racista? Senador petista diz que Estatuto da Igualdade Racial foi boicotado na Câmara. Revista Carta Capital, São Paulo, 6 dez. 2006 ANO XIII, n. 422, p. 31. ⁴⁷ LOYOLA, Leandro. Raça, aqui, não. As mudanças no Estatuto da Igualdade Racial mostram a resistência do Congresso ao sistema de cotas. Revista Época, São Paulo, 21 jun. 2010, n. 631, p. 54.



Após todas as mudanças pretendidas, aprovou-se o Estatuto, que traz em sua composição 65 artigos, sabendo-se que no Título I fala-se das Disposições Preliminares, onde estão dispostos alguns conceitos, bem como se dará a promoção e efetivação das ações afirmativas voltadas para a inclusão dos afrobrasileiros na sociedade.

O Título II trata Dos Direitos Fundamentais, tais como saúde, educação, cultura, esporte, lazer, o direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos, o acesso à terra e à moradia adequada, o direito ao trabalho e a forma como os negros devem se relacionar com os meios de comunicação, a sua participação nos lucros das produções, etc.

No Título III, fala-se do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial, o qual se apresenta “como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público federal.” (art. 47 do Estatuto).⁴¹

Expõe-se, ainda, os objetivos do Sinapir que estão previstos no art. 48 do Estatuto da Igualdade Racial: ⁴²

- I - promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas;
- II - formular políticas destinadas a combater os fatores

⁴¹ Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007

⁴² Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Lei/L12288.htm Acesso em 20 fev. 2011.

de marginalização e a promover a integração social da população negra;

III - descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais;

IV - articular planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica;

V - garantir a eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.

Portanto, este Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial vem para garantir que os direitos previstos na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Igualdade Racial, bem como nas demais leis infraconstitucionais serão, devidamente, efetivados, seja através de políticas públicas, de ações afirmativas ou de planos que busquem diminuir estas desigualdades.

4.3. A concretização do direito à igualdade e a (Des) Igualdade Racial

Diante de todo o exposto, o que se percebe é que as justificativas apresentadas pelo Senador Paulo Paim servem apenas para reparar a “dívida” que o Brasil possui com a raça negra vinda da África para trabalhar na mão-de-obra escrava no século XVI.

Embora todas essas justificativas tenham certo fundamento, haja vista a exploração desumana de toda uma



população, não se justifica a aprovação de uma lei racista que tem o escopo de reparar um fato do passado que acaba por discriminar muito mais os seres humanos na atualidade, gerando assim um ciclo vicioso.

Os argumentos para considerar-se o Estatuto uma afronta ao Princípio da Igualdade ou Isonomia encontra-se também em artigo do Prof. Erson Martins de Oliveira:⁴³

Os opositores do Estatuto e das Cotas usam os mais variados argumentos para justificar a sua não aprovação. Alguns deles são: 1) O Brasil deixaria de ser uma Nação para se transformar em uma confederação de raças; 2) O Estatuto fere a Constituição, porque fere o princípio de igualdade diante da lei; 3) O direito jurídico, a partir do conceito de raça, leva à divisão entre os brasileiros e é fonte de ódio racial; 4) Há milhões de brancos também excluídos. Solução apresentada: melhorar o ensino e os serviços públicos para incluir a massa negra excluída, bem como a branca. Ao invés de medidas afirmativas (particulares aos negros) medidas universais.

Assim, esses argumentos seriam muito mais fortes e verídicos, pois em curto prazo essa seria a solução, mas não resolveria de maneira alguma a questão do racismo, da discriminação e do preconceito entre as diversas raças, acirraria ainda mais essas questões.

Destaca-se a transcrição apresentada por Ronald Dworkin,

⁴³ OLIVEIRA, Erson Martins de. Estatuto da Igualdade Racial: como enfrentar a discriminação? PUCViva Revista, São Paulo, ano 2006, v. 7, n.28, out./dez., p. 23.

no sentido de considerar a aplicação das ações afirmativas em relação às raças um sacrifício, ao invés de servir como ajuda. Senão veja-se: ⁴⁴

Os críticos mais destacados desses programas, tanto brancos quanto negros, respondem que a ação afirmativa tem sido contraproducente em todos os aspectos: que “sacrificou”, em vez de ajudar, os negros admitidos nos programas, perpetuando a noção da inferioridade negra entre os brancos e os próprios negros, e promovendo o separatismo negro e uma sociedade prevenida com ralação à raça, e não a integração dos negros e uma comunidade genuinamente indiferente à cor.

Dessa maneira, todas estas ações afirmativas que tentam igualar as raças, na verdade, as desigualam constantemente, as diferencia de uma forma bem mascarada, fazendo com que muitos acreditem que elas garantirão a igualdade.

Contudo, existem também os argumentos contrários, isto é aqueles que defendem a aplicação das ações afirmativas, bem como a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, e para comprovar esta afirmativa, apresentam-se os argumentos explanados pelo Prof. Erson Martins de Oliveira: ⁴⁵

A resposta dos defensores do Estatuto: a Lei diz que todos os homens são iguais, mas na realidade histórica e social os negros são discriminados, portanto a forma de se reparar esse dano é a das

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 549.

⁴⁵ OLIVEIRA, Erson Martins de. Estatuto da Igualdade Racial: como enfrentar a discriminação? PUCViva Revista, São Paulo, ano 2006, v. 7, n.28, out./dez., p. 23.



cotas e a afirmação de direitos.

Além disso, Ronald Dworkin também apresenta os argumentos dos defensores das ações afirmativas, não deixando de tecer sua crítica sobre esses argumentos que não estão bem fundamentados: ⁴⁶

Os defensores da ação afirmativa quase sempre insistem que os diversos tipos de políticas sensíveis à raça são essenciais, no curto prazo, se tivermos a esperança genuína de erradicar ou diminuir o impacto da raça no longo prazo. (grifo nosso)

Sendo assim, os dois autores demonstram, claramente, as opiniões contra e a favor das cotas universitárias e nos meios de comunicação, principalmente, as ações afirmativas, que segundo o Estatuto da Igualdade Racial “são os programas e medidas especiais adotados pelo Estado para corrigir as desigualdades raciais e promover a igualdade de oportunidades.” ⁴⁷

Portanto, o que se percebe não é a concretização do direito fundamental à igualdade, e sim a violação desmesurada desse direito, bem como do princípio que o embasa. O Estatuto, que buscou igualar os desiguais, só conseguiu segregar as raças, aumentar a sensação de desigualdades e discriminações, desta vez englobando não só a raça negra, mas todas as outras.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 549.

⁴⁷ GRIN, Monica. Estatuto da Igualdade Racial: uma questão de princípio. Ciência hoje, Rio de Janeiro, ano 2006, v. 38, n. 224, mar., p. 57.

Por isso, fala-se em Estatuto da Desigualdade Racial, uma vez que o

Estatuto diferencia as pessoas não pela sua capacidade, como o faz o Estatuto da

Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, entre outros, mas ele diferencia estas pessoas pela cor de sua pele, pelas características raciais que as distingue dos demais seres humanos.

E para demonstrar essa afirmativa, traz-se à baila o argumento exposto por Monica Grin, a qual critica, fervorosamente, a aprovação deste Estatuto, senão vejase: ⁴⁸

Se nessa nova ordem o poder público deve ter suas estruturas modificadas para implantar políticas orientadas pela dimensão racial, a fim de corrigir ou reparar injustiças de uma ‘raça’ em relação à outra, aqueles que por uma fatalidade forem brancos, ainda que pobres e excluídos, serão os ‘negros de amanhã’. Um Estatuto cujo maior objetivo é corrigir as desigualdades e a injustiça estará renovando a injustiça, só que agora com a cor da pele trocada. Nesses termos, os brancos pobres não seriam alvos igualmente prioritários de políticas sociais, pela única razão de pertencerem a uma ‘raça’ que foi responsabilizada de perpetrar injustiças contra a ‘raça negra’. Podemos indagar se apenas a cor da pele deve ser o critério para diferenciar excluídos de não-excluídos. Haveria grandes diferenças entre pobres pretos, pardos ou brancos? E se todas

⁴⁸ GRIN, Monica. Estatuto da Igualdade Racial: uma questão de princípio. Ciência hoje, Rio de Janeiro, ano 2006, v. 38, n. 224, mar., p. 57.

essas cores estivessem misturadas, como seriam criadas as fronteiras raciais de direitos? Nessa nova concepção de sociedade, os indígenas, por exemplo, não teriam lugar, quer estatisticamente ou como alvo de políticas públicas. O Estatuto, embora se dirija aos discriminados, em momento algum se refere aos indígenas.

Logo, conclui-se que o Estatuto da Igualdade Racial é uma afronta ao Princípio da Igualdade, assim como não concretiza, em nenhum momento, o direito fundamental à igualdade, sendo, portanto, considerado inconstitucional, e por que não dizer passível de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

5. CONCLUSÃO

A necessidade de se realizar o presente estudo surgiu a partir da discussão da concretização do direito fundamental à igualdade, previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988, Lei Maior do país, em face do Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288 de 20 de julho de 2010, onde se buscou traçar alguns argumentos de como o Estatuto desigualava ao invés de igualar os seus pares.

É sabido que há a previsão constitucional do direito à igualdade, mas o que se percebe é a constante violação deste direito na sociedade, embora em alguns momentos este direito também se concretize.

Isto acontece nos bancos universitários, através do tão discutido sistema de cotas; no sistema de saúde, onde pobres são abandonados à própria sorte em filas de hospitais, enquanto os ricos têm planos de saúde que lhes garantem pronto atendimento; no sistema educacional, onde há a diferença do ensino público em relação ao privado; na própria instituição familiar, onde pessoas do mesmo sexo não podem se casar ou até mesmo adotar uma criança; nas forças armadas, onde a mulher é, prontamente, afastada.

Enfim, estes são apenas alguns casos em que a Constituição brasileira deixa de atuar ou atua de maneira diversa daquela empregada por seu artigo 5º, I.

Já dizia Rui Barbosa em Oração aos Moços que “Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. Talvez seja por isso que o país viva uma crise que já não é apenas constitucional, mas política, jurídica, econômica, financeira, social, enfim uma crise que assola a própria identidade do brasileiro, que não confia mais em seus representantes, que a todo custo faz justiça com as próprias mãos, por não mais confiar no Judiciário, que encontra dificuldades no acesso ao emprego, pois é discriminado por ter respondido processo na Justiça, por ser de determinada raça, ou então por ser jovem ou velho demais.

Sendo assim, a visualização dos acontecimentos diários e a leitura das informações que são propagadas instigaram uma



maior investigação e desenvolvimento deste trabalho que teve o escopo de verificar se este direito à igualdade é realmente concretizado e se a lei que, deveras, serviria para igualar as pessoas, na verdade as desigualava abertamente.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca em seu

art. 5º os inúmeros direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sabendo-se que dentre estes direitos encontra-se no inciso I do mesmo artigo a afirmação de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

Embora exista a garantia ao direito fundamental à igualdade, diariamente, se percebe a violação a este direito, principalmente, quando se fala em direitos sociais, educação, saúde, lazer, alimentação, moradia, etc.

Dessa maneira, buscou-se mostrar no desenvolvimento deste trabalho monográfico, o estudo acerca do direito fundamental à igualdade, o Princípio que o rege, bem como as várias ações afirmativas no sentido de amenizar as discriminações raciais ocorridas na sociedade brasileira, realizando estudo de casos, leitura de leis e jurisprudências, principalmente do Estatuto da Igualdade Racial, recentemente, publicado.

Portanto, conclui-se que há afronta ao direito fundamental à igualdade, quando se publicou a Lei nº 12.288 de 20 de julho

de 2010, haja vista que uma lei que trata com desigualdade seres humanos, apenas por conta da sua tonalidade de pele, seria no mínimo uma ofensa à dignidade da pessoa humana, uma ofensa à capacidade intelectual de várias pessoas, enfim, dir-se-ia, inclusive, que esta seria uma lei inconstitucional e por isso mesmo passível de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva. 9. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

ALMEIDA, Enéa Stutz e. Direitos e garantias fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 jan. 2011.

_____. Estatuto da Igualdade Racial. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em 20 fev. 2011.

_____. Lei de Introdução ao Código Civil. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 jan. 2011.



BUENO, Eduardo. A viagem do descobrimento: a verdadeira história da expedição de Cabral. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Flávio; PAIXÃO, Marcelo. Exclusão racial, uma questão política e moral. Teoria e debate, São Paulo, v. 19, n. 67, p. 30-36, ago./set, 2006.

GRIN, Monica. Estatuto da Igualdade Racial: uma questão de princípio. Ciência hoje, Rio de Janeiro, v. 38, n. 224, p. 56-58, mar. 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes et al.; coord. J.J.Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOYOLA, Leandro. Raça, aqui, não. As mudanças no Estatuto da Igualdade Racial mostram a resistência do Congresso ao sistema de cotas. Revista Época, São Paulo. 21 jun. 2010, n. 631, p. 54.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

OLIVEIRA, Erson Martins de. Estatuto da Igualdade Racial:

como enfrentar a discriminação. PUCviva Revista, São Paulo, v. 7, n.28, p. 21-25, out./dez. 2006.

PEREIRA, Ana Cláudia Távora et al.; coord. Willis Santiago Guerra Filho. Dos Direitos humanos aos Direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PIETÁ, Janete Rocha. Estatuto da Igualdade Racial, para entender e avaliar. Teoria e debate, São Paulo, n.85, v.23, p. 52-54, nov./dez, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF; col. Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006.



CAPÍTULO 3

ESCRITO NOS MUROS E BECOS: REGISTROS DE CONFLITOS ENTRE FACÇÕES EM FORTALEZA

Neiara Nívea Lima Costa¹

Irllys Alencar Firmo Barreira²



Resumo: A presente pesquisa registra as mensagens (inscrições) presentes nos muros e becos de Fortaleza, as quais são indicadores de conflitos entre facções organizadas no Bairro Jangurussu, em Fortaleza/CE. O trabalho identifica os principais destinatários das mensagens e analisa os diferentes conteúdos (significados) das mensagens relacionadas à questão da segurança e violência, bem como algumas das implicações

¹ Aluna do Curso de Especialização em Cidadania, Direitos Humanos e Segurança Pública da Universidade Federal do Ceará. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. E-mail: neiaralima@hotmail.com.

² Doutora em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Ceará e do Curso de Especialização em Cidadania, Direitos Humanos e Segurança Pública da Universidade Federal do Ceará. E-mail: ialencar21@uol.com.br

sociais, findando com uma breve análise acerca da perda das liberdades individuais em contextos sociais reconhecidos pela alta incidência de delitos. Como recurso metodológico, foram captadas fotografias das inscrições em muros e becos em Fortaleza, sobremaneira no Bairro Jangurussu, além de entrevistas com profissionais de segurança pública. O trabalho tem natureza qualitativa e demandou pesquisa bibliográfica e de campo.

Palavras-chave: Facções. Conflitos. Domínio. Violência. Inscrições em Muros.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, sobremaneira no último quinquênio, os conflitos entre as facções³ do crime organizado têm se intensificado no Estado do Ceará, conforme demonstram as estatísticas oficiais do período de 2013 a 2017⁴, evidenciado um aumento vertiginoso nos crimes de homicídios dolosos. Cada facção almeja o domínio dos “territórios” da Capital para que as atividades ilícitas se desenvolvam, especialmente o tráfico de entorpecentes.

A apropriação dos bairros pelos membros do crime organizado pode ocorrer de distintas maneiras. Por vezes, usa-se a violência e intimidação. Em outras ocasiões, os traficantes

³ Para melhor compreensão do presente trabalho, declina-se o conceito de “facção criminosa” elaborado por Bruno Shimizu na obra “Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas”, publicado em 2011 pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em São Paulo, que informa na página 83: “Aduz-se, assim, que facções criminosas sejam grupos de pessoas em que se verificam relações de solidariedade e gregarismo, que surgiram nos presídios brasileiros e foram fundados prioritariamente sob o lema da defesa dos interesses da comunidade carcerária, tendo a prática de atos tipificados em lei como crimes como um de seus modos de atuação dentro e fora dos presídios”.

⁴ Ver tabela na pagina o8.

aliciam os mais jovens e atuam como entidades paraestatais na medida em que passam a suprir algumas das necessidades coletivas da comunidade.

Não é raro tomarmos conhecimento de ações das facções organizadas que atuam de forma disciplinar substituindo o que seria de domínio das instituições de controle ao proibir o cometimento de delitos nas favelas, bem como de sentenciar aqueles que violaram seus códigos de condutas realizando um “julgamento sumário” e ilegítimo com a eliminação dos implicados. Em outros casos, promovem ações sociais com vistas a angariar o apoio popular. Comenta-se entre os moradores do Bairro Jangurussu que as facções buscam o apoio da comunidade ao oferecer, por exemplo, alimentação e abrigo às crianças e jovens em situação de risco com vistas a não só almejar legitimidade naquele contexto social, mas também em busca de angariar membros para as atividades do tráfico ilícito de entorpecentes.

Percebe-se, pois, que no interior destas comunidades, os grupos organizados procuram substituir as fissuras deixadas pela atuação estatal. E é também nesse vazio de poder onde a facção emana suas ordens e anseios através de mensagens veiculadas em muros, rádio comunitária, internet etc.

As inscrições nos muros são apenas umas das diversas plataformas que os grupos organizados usam para se comunicar, para reverberar o medo, bem como demonstrar a sua presença



no bairro. Em suma, o visitante, o transeunte, ao passarem diante de uma inscrição, já são informados qual a facção que ali comanda e qual conduta deve ser adotada naquele espaço.

O objetivo geral deste trabalho é localizar e expor algumas das mensagens atribuídas às facções organizadas nos muros da periferia de Fortaleza, no ano de 2017, para tentarmos analisar o seu conteúdo (significados), algumas implicações sociais, e correlacionar a exposição de tais mensagens com a atuação do Estado e o exercício das liberdades individuais em contextos sociais reconhecidos pela alta incidência de delitos. Daremos ênfase na Área Integrada de Segurança III, especificamente na circunscrição do 30º Distrito Policial, unidade policial onde laboramos, composta pelos Bairros Jangurussu, Conjunto São Cristóvão e Conjunto Palmeiras.

Também buscamos responder aos seguintes questionamentos: as inscrições nos muros periféricos de Fortaleza resultam em uma forma de apropriação do bairro por integrantes das facções criminosas? Quais os conteúdos veiculados nas mensagens e avisos atribuídos à criminalidade? De que maneira as inscrições nos muros estão relacionadas com a perda das liberdades dos moradores das comunidades afetadas? É possível delimitar, a partir da localização das inscrições, os territórios “pertencentes” às distintas facções do crime organizado?

A investigação demandou pesquisas de campo

e bibliográfica. De início, fotografávamos as inscrições fortuitamente no caminho de casa para o trabalho. Em um segundo momento, reservamos oportunidades e tempo para percorrer alguns bairros da Capital a fim de fotografar as diversas mensagens contidas nos muros da periferia atribuídas à criminalidade. Destaque-se que recebemos várias colaborações da corporação policial que enviou imagens de inscrições nos muros de distintos bairros.

Para confirmar algumas informações, foram entrevistados policiais lotados na Área Integrada de Segurança III, moradores dos bairros Conjunto Palmeiras e Jangurussu, bem como observamos e conversamos com jovens autuados em flagrante delito na Delegacia do 30º Distrito Policial. As entrevistas com os autuados em flagrante nos permitiram compreender um pouco mais a respeito da dominação exercida pela facção no jovem envolvido com o crime organizado.

A partir da localização das inscrições, foi possível mapear os territórios dominados pelas facções no Conjunto Palmeiras e no Jangurussu, ocasião em que se verificou forte presença do grupo “Guardiões do Estado” (GDE) naquela região.

O trabalho também demandou consultas a periódicos, bem como leituras teóricas relacionadas aos temas da violência, conflitos entre facções e a respeito das competências exercidas pelas instituições de controle do Estado. Destaque-se, por fim, que a autora evitou classificações, bem como os usos e costumes

da prática policial no intento de preservar o aspecto científico desta pesquisa.

2. AS INSCRIÇÕES NOS MUROS: CONTEÚDO, DESTINATÁRIOS, NATUREZA PÚBLICA

O trafegar pelo Conjunto Palmeiras, em Fortaleza, é rápido e cauteloso. Portas fechadas e as frestas parecem espreitar a viatura do 30º Distrito Policial. Nossa presença parece suscitar medo e curiosidade. Há certa dignidade nas edificações do local apesar da infraestrutura deficitária. No Palmeiras, as paredes não só ouvem como falam. São as porta-vozes dos “Guardiões do Estado”, também conhecidos como “GDE” ou “Bonde 745”, facção esta que domina com predominância os territórios dos Conjuntos Palmeiras, Maria Tomásia e São Cristóvão.

Há inscrições nos muros das residências situadas nas Ruas Saquarema e Babaçu sinalizando o comportamento a ser adotado pelos transeuntes e visitantes da comunidade. “Ao passa tire o capacete e a baixe o vidro do carro [sic]”, “Ao entra tire o capacete e abaixe o viro se não leva bala [sic]”. Nossa viatura transgride as ordens ilegítimas e continua o percurso arriscado com os vidros fechados. Mais adiante, ainda na Rua Babaçu, somos surpreendidos por nova inscrição reveladora das regras de conduta impostas pela GDE no local: “Se roubar no Palmeira vai morré. Samos o certo pelo certo. Ass: 745 GDE [sic]”.

Um colega desembarca do veículo oficial e pede autorização do morador para apagar a inscrição ameaçadora do muro. O morador do imóvel olha ao redor da rua e acena positiva e silenciosamente com a cabeça para o Policial Civil que aguarda. O servidor utiliza-se de tinta spray e não só apaga a inscrição como ali coloca o telefone do 30º Distrito Policial na expectativa de alguma informação. Saímos daquele local certos de que tão fácil quanto apagar a inscrição é escrever outra em qualquer outro muro da periferia de Fortaleza.

Não muito distante dali, no Bairro Ancuri⁵, uma inscrição ganhou notoriedade. Semelhante àqueles encontradas no Conjunto Palmeiras, o muro do Conjunto Habitacional “Alameda das Palmeiras” já determinava: “Ao entra de carro abaixe o vidro e de moto tire o capacete. Ass: o crime [sic]”. E foi na noite de 23 de julho de 2017 que jovem estudante e motorista da UBER⁶, Guilherme e Silva Maia, demonstrou desconhecer as condições prévias para adentrar à Comunidade Alameda das Palmeiras.

Após ignorar (ou desconhecer) os avisos de baixar os vidros do seu automóvel Siena, isto é, após desconsiderar os regramentos existentes em um dos domínios da GDE, o jovem Guilherme Maia é alvejado na cabeça e morre, chamando a atenção da mídia e da sociedade para os dizeres do muro esquecido. No Conjunto Alameda das Palmeiras, a sanção pelo descumprimento da norma ilegítima é a morte. Pior do que

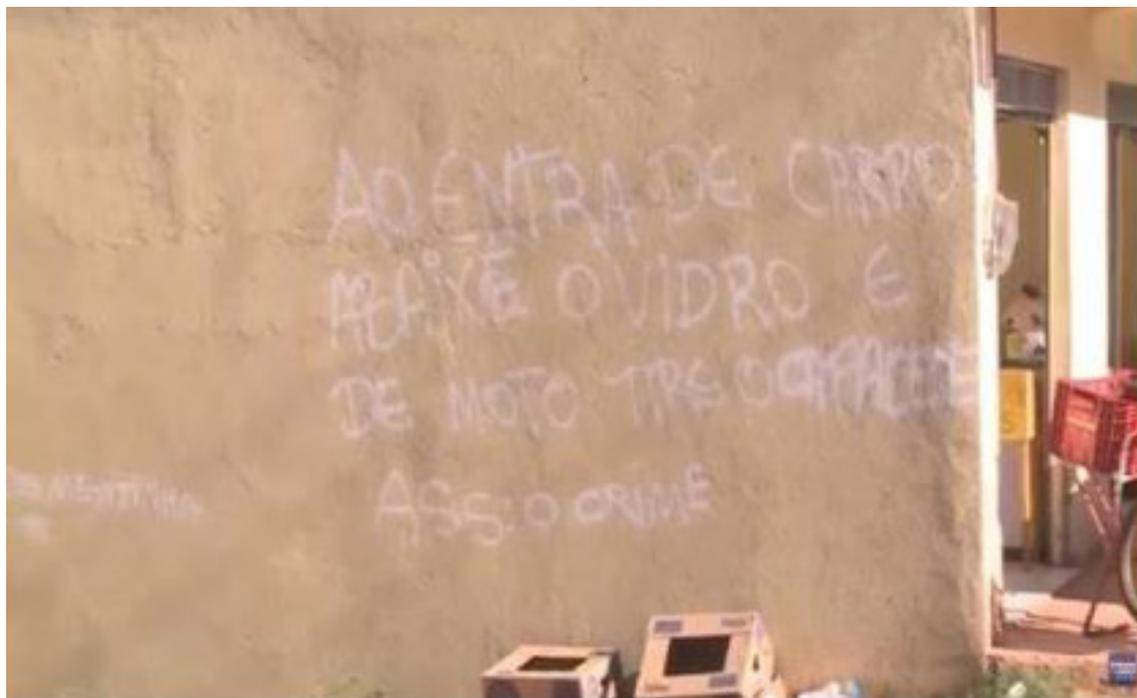
5 Ver mapa na página 16.

6 Empresa prestadora de serviços na área do transporte privado urbano através de aplicativo.



desobedecer tais normas é desconhecê-las.

Figura 1 – Inscrição em muro no Conjunto Alameda das Palmeiras⁷



Fonte: Jornal Tribuna do Ceará

No cotidiano policial, observamos que nos últimos cinco anos, sobretudo no período de 2016 a 2017, as mensagens e avisos atribuídos a criminosos expostos em muros e becos da periferia de Fortaleza parecem proliferar. Coincidem com o acirramento entre as facções, as quais buscam afirmar publicamente o domínio em seus territórios através de demonstração do poder bélico, da veiculação de homicídios

⁷ Fotografia disponível em: <<http://tribunadoceara.uol.com.br/videos/vem-que-tem/reportagem-visita-local-em-que-motorista-do-uber-foi-morto-e-confirma-existencia-de-pi-chacoes/>>. Acesso em: 27 out 2017.

nas redes sociais e inscrições nos muros e becos da periferia. Podemos dizer que as mensagens e avisos nos muros são expressões ou manifestações de “apropriações do bairro” pelas facções, e também servem como uma espécie de bandeira para demarcar ao inimigo o território conquistado.

As estatísticas dos crimes violentos letais e intencionais confirmam o acirramento entre os grupos de delinquência organizada, conforme se verifica abaixo na tabela elaborada durante a pesquisa com base na divulgação oficial das estatísticas pela Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social no período de 2013 a 2017.

Figura 2 - Indicadores de Crimes Violentos Letais e Intencionais no Estado do Ceará

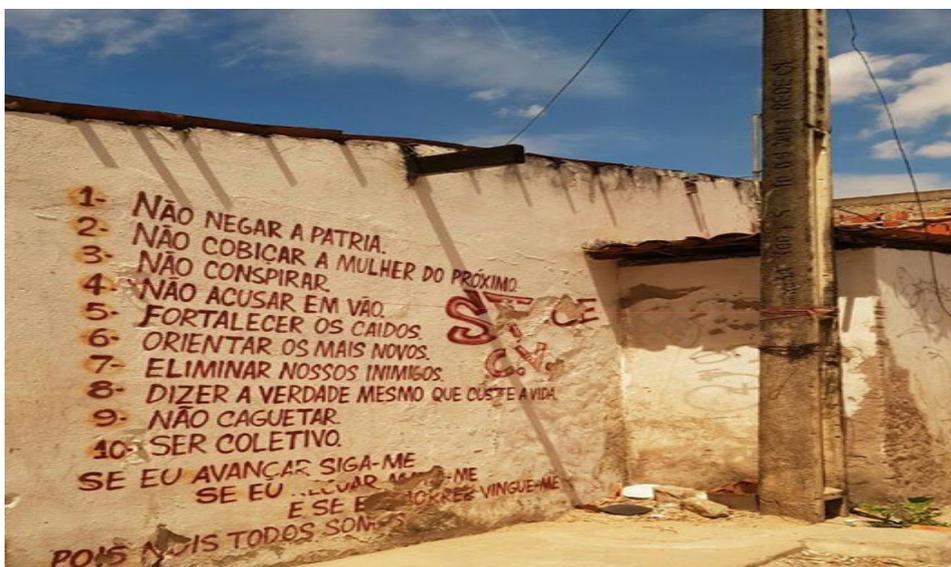
ANO	QUANTITATIVO
2013	4.395
2014	4.439
2015	4.019
2016	3.407
2017	3.695*

Fonte: Página oficial da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Ceará *Considera até 30/09/2017

As inscrições nos muros atribuídas aos membros das facções podem transmitir distintas mensagens ou significados. Como visto acima, podem proibir a prática de determinados delitos na comunidade ou exaltar o nome da facção com os

valores que lhe são pertinentes. Também determinam regras de comportamento, ou seja, uma espécie de código normativo ali vigente (regramento), em detrimento das normas emanadas pelo Estado. A seguir, fotografia captada no Bairro Bom Jardim com extratos dos deveres inerentes aos membros do Comando Vermelho.

Figura 3 – Inscrição em parede no Bairro Bom Jardim



Fonte: Cláudio Marques Maia⁸

Os destinatários das mensagens podem variar conforme o seu conteúdo. O que normalmente as mensagens têm em comum é a sua natureza pública. Algumas podem ser direcionadas aos moradores da comunidade, outras podem ser direcionadas especificamente aos agentes de segurança que

⁸ Cláudio Marques Maia é Inspetor de Polícia Civil do Ceará, fotógrafo profissional, graduado em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará e aluno do Curso de Especialização em Cidadania, Direitos e Humanos e Segurança Pública.

ali atuam, ou ainda, podem ter como destinatários pessoas que não residem no local. Também podem ser interpretadas como provocações às polícias ou à facção rival. Abaixo, foi elaborado informativo demonstrando os principais conteúdos, destinatários e plataformas das mensagens.

Figura 4 – Quadro esquematizando os principais destinatários, conteúdos e plataformas das mensagens atribuídas às facções.

DESTINATÁRIOS	CONTEÚDOS	PLATAFORMAS
MORADORES DA COMUNIDADE	REGRAS DE CONDUTA	MUROS
TRANSEUNTES / VISITANTES	NORMAS DE PROIBIÇÃO	RÁDIO COMUNITÁRIA
POLÍCIA E REPRESENTANTES DO ESTADO	PROVOCAÇÕES	INTERNET
FACÇÃO INIMIGA	VALORES E EXALTAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO	FOLHETINS
MEMBROS DA FACÇÃO	DEVERES DOS MEMBROS DA FACÇÃO	FAIXAS E CARTAZES

Fonte: Elaborado pela autora.

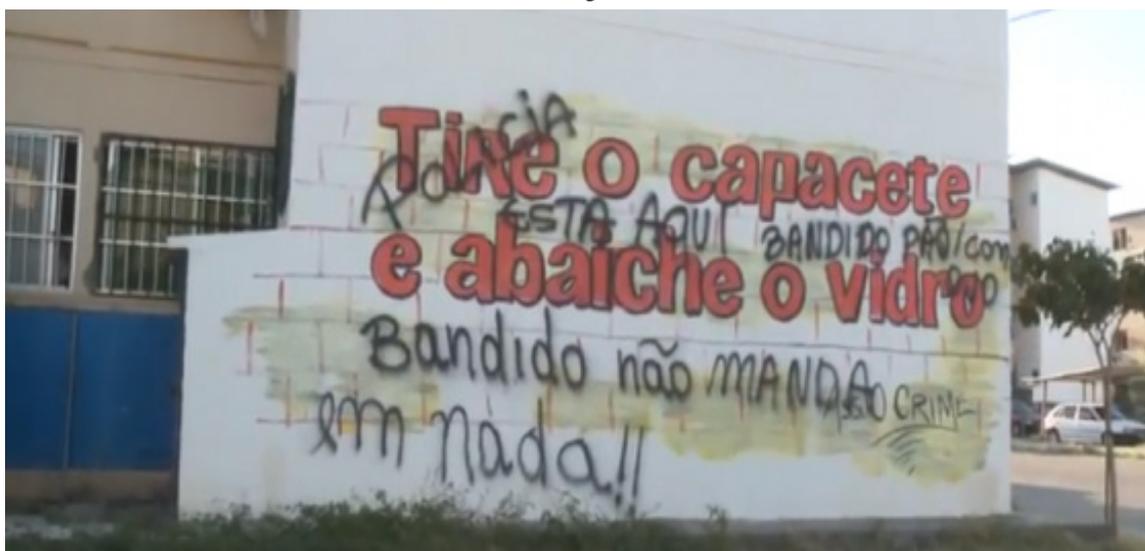
Destaque-se que as facções não constituem uma entidade à parte isolada da comunidade. Importante ressaltar uma tendência dos moradores dos bairros afetados a personificar ou configurar a facção como uma entidade capaz de falar em nome próprio, sobretudo ao substituir ações que seriam específicas das instituições sociais de controle ao proibir, por exemplo, a prática de delitos de roubos ou estupros na comunidade. Assumem sem disfarces a autoria dos comunicados veiculados nos muros e nas diversas plataformas de comunicação.

Trata-se de fato de uma interação, pois quando os

moradores da favela obedecem, por exemplo, ao toque de recolher exposto em um cartaz, estão respondendo – ainda que tacitamente – aos comandos e ordens expostos nas mensagens remetidas pelas facções. Um dos mais vívidos exemplos desta comunicação diz respeito ao fato ocorrido em setembro deste ano quando supostamente a própria polícia respondeu a uma inscrição situada no Residencial Cidade Jardim, no Bairro Prefeito José Valter, conforme noticiado em matéria jornalística publicada pelo programa “Vem que tem”, da TV Jangadeiro, em 14 de setembro de 2017⁹.

No local, grafiteiros escreveram: “Tire o capacete e abaixe o vidro [sic]”. A resposta, supostamente da polícia, dizia o seguinte: “Polícia esta aqui bandido pão com ovo. Bandido não manda em nada!! [sic]”.

Figura 5 – Inscrição em parede no Bairro Prefeito José Valter, Residencial Cidade Jardim



Fonte: Jornal Tribuna do Ceará

⁹ Disponível em: <<http://tribunadoceara.uol.com.br/videos/vem-que-tem/policia-escreve-em-muro-como-resposta-a-facciao-estamos-aqui-bandido-nao-manda-em-nada/>>. Acesso em 30 out 2017.

Não sabemos se de fato a polícia foi responsável pela resposta à inscrição do Residencial Cidade Jardim, porém a réplica à mensagem supõe uma interação forte, mas não explícita.

Esta interação entre facções e comunidade se dá tacitamente através da obediência às ordens expostas nas paredes e becos da periferia, bem como pode se dá literalmente mediante respostas também escritas nos muros, embora seja raro neste último caso, porquanto é defeso aos moradores da comunidade apagar os comunicados das facções feitos nos muros de suas residências. De igual maneira, é arriscado responder ao comunicado. O ato de apagar ou de responder os dizeres nos muros pode representar uma ofensa aos membros da facção.

As inscrições não se limitam apenas aos inimigos, às facções rivais, à polícia ou aos moradores da favela. O conteúdo de tais mensagens ultrapassa esses limites, afetando a diferentes seguimentos sociais, já que não se trata de apenas um crime de dano ao patrimônio, conforme conclui a ótica jurídico-normativa; também não representa um gesto ingênuo de adolescentes envolvidos na criminalidade em busca da “consideração” de seus pares; significa também a precariedade das instituições do aparato repressor do Estado para concretizar a segurança pública dos cidadãos, na medida em que as formas paralelas de poder e controle se impõem nas brechas das

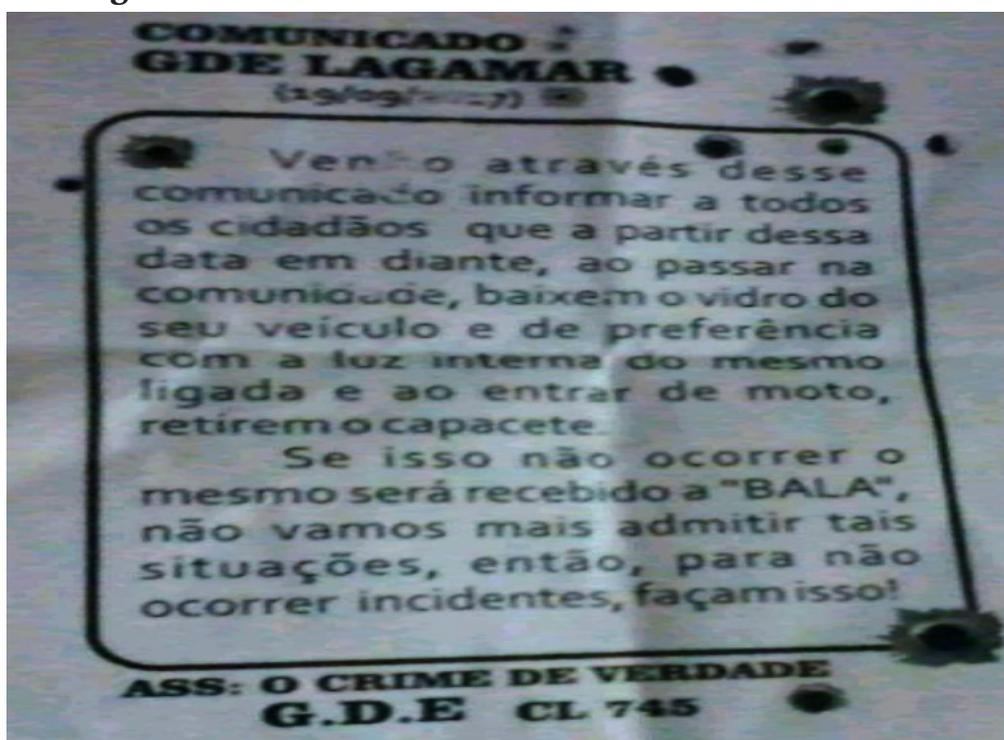


instituições encarregadas pela segurança pública.

Não é novidade a prática de facções emitirem comunicados às pessoas, à polícia ou à imprensa. Há registros de delinquentes que desafiavam investigadores, escrevendo-lhes cartas contando seus feitos ou enviando bilhetes aos jornais de grande circulação, a exemplo do famoso assassino dos Estados Unidos alcunhado de “Zodíaco”.

Também não são raras as ocorrências de homicídio onde a vítima é encontrada em circunstâncias que informam uma espécie de comunicação ou recado, a exemplo das vítimas achadas com um cadeado no interior da boca, denotando a “queima do arquivo” por violar a “lei do silêncio”.

Figura 6 – Folheto afixado nas ruas do Bairro Aerolândia



Fonte: Acervo Pessoal

Mas o que caracteriza a exposição de mensagens por criminosos nos nossos dias é a natureza cada vez mais “pública”, isto é, com uma maior abrangência, alcançando um número maior de destinatários. O muro é só mais uma das plataformas, uma vez que as facções utilizam para comunicação desde folhetos até redes sociais. A seguir, fotografia de um folhetim cedido por uma moradora do Bairro Aerolândia.

A popularização dos meios de comunicação, comum nos nossos dias, tem acarretado uma avalanche de mensagens, as quais podem ser veiculadas em textos, imagens, vídeos ou qualquer outra plataforma. E não acontece diferente com os moradores envolvidos com o tráfico de drogas, os quais utilizam também a rede social e os muros para comunicar não só seu estilo “vida louca”, mas também para louvar as próprias ações criminosas ou engrandecer o nome da facção à qual pertencem. Não é raro nos depararmos com fotografias ou vídeos de práticas de crimes veiculados em páginas de relacionamento ou por aplicativos de mensagens instantâneas.

As mensagens e avisos dos criminosos, seja pela internet ou expostas nos muros, parecem atingir um número maior de destinatários, não só em virtude das plataformas em que são veiculadas, a exemplo das redes sociais ou aplicativos de mensagens instantâneas, como também em virtude do seu conteúdo estar relacionado com questões que afetam não apenas os residentes e visitantes da favela, como também a sociedade



em geral, pois escancaram a ineficiência do Estado no combate à criminalidade, problema este compartilhado e vivenciado – em menor ou maior intensidade – pelo cidadão brasileiro.

As inscrições revelam não só a participação com o crime organizado, mas também o baixo nível de escolaridade dos envolvidos, porquanto não são raros os erros de ortografia e pontuação encontrados nas inscrições em diversos locais da Capital.

Figura 7 – Crianças brincando ao lado de parede com inscrição de facções criminosas no Bairro Bom Jardim



Fonte: Cláudio Marques Maia

O fator em comum dos locais onde se encontram as inscrições é o baixo ou muito baixo índice de desenvolvimento humano, a exemplo dos IDHs dos Bairros Ancuri (0,20), do Jangurussu (0,17), Conjunto Palmeiras (0,11) e Bom Jardim

(0,19), ou seja, todos são índices considerados pelo IBGE como “muito baixo”, comparáveis com a realidade de países africanos pobres e em conflito armado.¹⁰

Logo acima, a fotografia de crianças brincando na Comunidade Tatamunde, no Bairro Bom Jardim, aparentemente alheias às ordens escritas no muro sem reboco. O local é reduto de domínio das facções “Família do Norte” (FDN) e Comando Vermelho (CV).

3. A DOMINAÇÃO DOS TERRITÓRIOS E SUAS AMPLITUDES

Ao observar o comportamento dos jovens autuados em flagrante na Delegacia onde labutamos (30º Distrito Policial), percebemos que o domínio exercido pelas facções não se limita apenas ao aspecto ecológico, isto é, às linhas e aos contornos do bairro, mas também resulta da mescla de costumes, cultura e história do lugar. Essa dominação parece atingir ainda dimensões emocionais do jovem envolvido, o qual se sente parte de uma experiência de socialização. Passa da condição de socialmente excluído para sentir-se membro ou “irmão” de um grupo, no qual ele pode ser “considerado” a partir de seus feitos. Nesse sentido, o Professor Leonardo Damasceno de Sá (2011), esclarece a respeito da busca por consideração pelos

¹⁰ Disponível em: <<http://tribunadoceara.uol.com.br/noticias/cotidiano-2/mais-da-metade-dos-bairros-de-fortaleza-tem-idh-inferior-ao-do-pais-mais-pobre-do-mundo/>>. Acesso em 02 nov 2017.



jovens envolvidos com a criminalidade (p. 349):

Ao aprender a viver a partir das regras do denominado “mundão”, que envolve drogas, prostituição e criminalidade, os jovens alertam, em suas narrativas de constituição do self, que o “metido a bichão” (recém- ingresso no processo de identificação com essa condição) é sempre o primeiro a morrer, mas também é aquele que goza de alguma consideração durante certo período da vida, o que parece ser um bem pessoal precioso para jovens destituídos de direitos e enredados, de modo quase permanente, em processos de produção social de indiferença. É como se uma experiência temporal intensiva por meio do devir bichão, qual um processo de aquisição de respeito pela força, respaldasse imaginariamente algumas garantias mínimas de formação do eu.

Luís Felipe Zilli (2015), percebe os grupos de delinquentes e gangues como instâncias de socialização primária, porquanto elaboram sistemas normativos, adotam símbolos, bem como um arcabouço de valores morais próprios que orientam as ações de seus integrantes. Nesse sentido, complementa o autor (p. 468):

No caso das gangues e grupos delinquentes, tais orientações atuam no sentido de incentivar, entre seus próprios membros, a emergência de um conjunto de valores e comportamentos socialmente rotulados como desviantes, mas que, dentro do grupo, recebem reforços simbólicos positivos. Esse

seria o esquema descritivo geral do que diversos autores chamam de subcultura delinquente.

Amaturidade revela aos jovens a face cruel do envolvimento com as facções. O tempo se encarrega de quebrantar as ilusões e as versões românticas ainda persistentes. Estas mesmas ilusões serão aquelas contadas aos mais moços, que também se deixarão levar pela glamorização do crime. O triste é que, em muitíssimos casos, é tarde demais para retroceder, haja vista tantas mortes prematuras. Nesse contexto, Alba Zaluar (2004, p. 64) destaca:

Contudo, os que se deixam atrair pelo poder das quadrilhas, as ilusões do heroísmo bandido, vão se desfazendo à medida que eles amadurecem – e, para alguns já precocemente envelhecidos pelas decepções e enganos e que aderiram circunstancialmente ao estilo de vida criminoso, a permanência neste mundo é plena de dúvidas quanto aos valores e regras de uma atividade que os põe cotidianamente em contato com a morte, com a guerra.

A dominação não é meramente territorial, mas envolve também comportamentos e sentimentos, exigindo do envolvido certa devoção à facção que pertence. Desta forma, a dominação



se amplia e chega às praças, à escola, ao seio familiar. Deixa de ser dominação pura para converter-se em uma forma legitimada de aceitação ou código regido por normas de identificação significando uma espécie de “referencial de vida” que se mistura ao espaço onde o jovem nasceu e cresceu, onde reside sua família, onde funciona sua escola, enfim, onde acontece a roda de sua existência.

E assim, as fronteiras da dominação vão ficando mais visíveis e já não é mais possível dividir o espaço com aqueles que são parte de outro grupo, pois pela facção é possível excluir, roubar, matar e morrer. Exemplo manifesto desta segregação diz respeito aos fatos noticiados no boletim de ocorrência nº. 130-8650/2017, registrado no 30º Distrito Policial, em 03 de agosto de 2017, por Déborah Prata Pereira Sousa, Diretora da Escola Municipal Maria Elenilce Cavalcante Leite Martins.

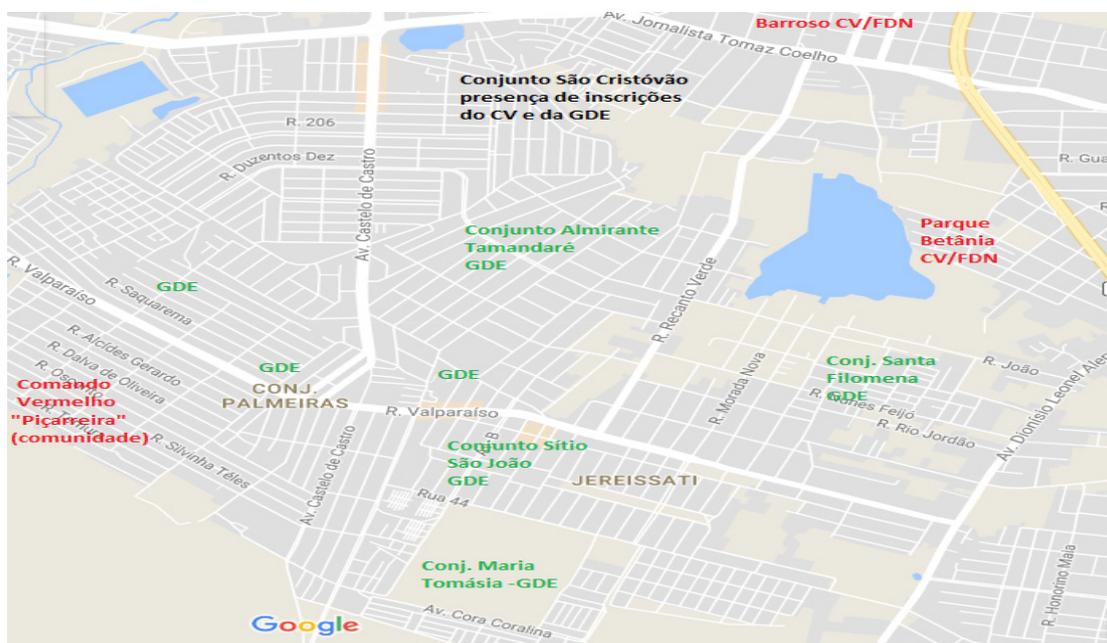
Em síntese, a Senhora Diretora afirma que no período de maio a agosto, a Escola recebera mais de sessenta solicitações de transferências de alunos, porquanto o Comando Vermelho não permite que moradores do Conjunto Maria Tomásia frequentem a Escola Municipal, uma vez que o estabelecimento de ensino está instalado na Rua Maysa, no Bairro Conjunto Palmeiras, área de domínio do Comando Vermelho, ao passo que o Conjunto Maria Tomásia é de domínio dos Guardiões do Estado.

Destaque-se que a maioria do território Conjunto

Palmeiras é dominada pela GDE, não obstante, nas imediações da citada Rua Maysa há a Comunidade “Piçarreira”, a qual é uma célula de resistência do Comando Vermelho. Isso demonstra que muito embora uma facção tenha predominância quanto ao domínio de determinada região, este fato não excluirá a existência de células ou focos de resistência da facção inimiga.

Para ilustrar o problema acima relatado, elaboramos o mapa abaixo correspondente à circunscrição do 30º Distrito Policial (Bairros Jangurussu e Conjunto Palmeiras), onde é possível enxergar a distribuição do domínio das facções.

Figura 8 – Mapa da distribuição das facções nos bairros Jangurussu e Conjunto Palmeiras



Fonte: Acervo pessoal

O mapa foi elaborado a partir do conteúdo dos boletins

de ocorrências, entrevistas com colegas policiais, notícias jornalísticas, mas sobretudo o mapa foi elaborado a partir do conteúdo das inscrições, as quais demarcam o território de dominação da facção que ali comanda. O mapa tem como referência outubro de 2017. Vale lembrar que as facções estão em constante disputa de territórios, o que pode alterar a disposição do mapa.

Percebe-se que o Comando Vermelho busca adentrar o território do Conjunto Palmeiras e Jangurussu através das extremidades. No interior dos bairros, sobretudo dentro dos conjuntos habitacionais, há forte presença dos Guardiões do Estado (GDE).

Uma fronteira marca uma divisão acentuada ali existente. Trata-se da Avenida Jornalista Tomaz Coelho, também conhecida como Avenida Perimetral, a qual separa o Barroso, dominado predominantemente pelo CV, do Jangurussu, dominado predominantemente pela GDE.

Como dito alhures, o domínio de determinado território por uma facção não exclui células ou focos de resistências de outro grupo criminoso ali existente, a exemplo do que ocorre no próprio Conjunto Palmeiras onde é possível ver inscrições tanto da GDE como do Comando Vermelho. Abaixo, segue imagem fotografada pela autora nas imediações da Delegacia do 30º Distrito Policial, na Rua Alef de Souza Cavalcante, no Conjunto São Cristóvão (Bairro Jangurussu), situada nos fundos

da Delegacia. Neste logradouro, há diversas casas à venda.

Figura 9 – Inscrição em parede no Bairro Jangurussu - Rua Alef de Souza Cavalcante



Fonte: Acervo pessoal

4. AS INSCRIÇÕES NOS MUROS E A PERDA DAS LIBERDADES

“Ao entrar de carro abaixe o vidro e de moto tire o capacete. Ass: o crime”. Estes são os dizeres rabiscados de branco em um dos muros do Residencial Alameda das Palmeiras, Bairro Ancuri, em Fortaleza. O aviso é atribuído aos criminosos residentes naquela área e é destinado especialmente às pessoas que não moram no Condomínio Alameda das Palmeiras. Aquele que desconhece a regra ou que ouse desobedecê-la, poderá

pagar caro pela insurgência.

A conduta dos transeuntes do Bairro Ancuri deixa de ser espontânea e passa a ser condicionada pelo aviso do muro, isto é, “a violência está adestrando os comportamentos sociais, delimitando o que é possível e impossível, o permitido e o negado, o proibido e o aceito socialmente” (BARREIRA, 2013, p. 235). O aviso serve como uma espécie de controle daqueles que entram no território esquecido pelo Estado e reivindicado pelos membros das facções.

Não só os comportamentos perdem a espontaneidade, mas também se perde a liberdade de locomoção, vez que o medo causado pela violência também determina os locais em que podemos andar livremente, a exemplo das mensagens de toques de recolher nas favelas. Nesse sentido, vaticina a Professora Irllys Barreira (2011, p. 99).

Fortaleza, como muitas outras cidades contemporâneas, vivencia também uma história contemporânea do medo. Trata-se de um medo que se expressa de várias maneiras. Manifesta-se na recusa de praticar certas atividades e na busca de refúgio e isolamento. A cidade permeada pelo medo tem seus espaços públicos esvaziados e a frequência indesejada daqueles que são vistos como estando fora das experiências significativas de cidadania.

As populações das áreas periféricas dominadas pela criminalidade incorporaram comportamentos em seu cotidiano em virtude da intimidação de criminosos. Alguns podem questionar sobre quem de fato escreveu as ordens no muro da favela, no entanto, em um contexto social marcado pela violência, quem se permite arriscar? Questão está muito bem exemplificada no aviso encontrado na Rua Pedro II, Bairro Parangaba, onde se lê: “Atenção Proibido Reuniões de equipes e grupos na praça. Ass: O crime. Não duvide”.

Os bairros com pouca assistência dos poderes públicos, isto é, aquelas regiões onde políticas públicas não são implementadas, marcadas também pela pobreza, desigualdade social, pela ineficácia de segurança pública e pela carência ou inexistência de oportunidades de trabalho e educação, expõem uma espécie de “vazio de poder” (BUSCAGLIA, 2013)¹¹. Estas lacunas ou fissuras deixadas pelo Estado frequentemente são preenchidas por criminosos, os quais acabam por realizar controle sobre a população da comunidade, estabelecendo limites ilegais, disciplinando condutas e realizando tribunais informais aplicando até mesmo a pena capital. Nesse contexto, nos ensina o Professor Flávio Cardoso Pereira (2015, p. 22):

A partir do momento em que o Estado, muitas vezes infiltrado e corroído pela criminalidade, não

11 Expressão utilizada pelo estudioso mexicano, Edgardo Buscaglia, autor da obra “Vacíos de poder em Mexico. El camino de México hasta La seguridad humana”.



responde aos anseios da coletividade, seja em matéria de infraestrutura, seja em termos de ausência de atitudes humanísticas, cria-se uma possibilidade de surgimento de fragmentados “aparatos de poder” ilegais, os quais buscam a todo preço, através do estabelecimento de um “Estado paralelo”, construir sobre as bases democráticas de uma determinada nação, um arcabouço de controle de poder.

E foi por violar (ou desconhecer) as normas ditadas pelos criminosos no Conjunto Alameda das Palmeiras que o motorista da UBER, Guilherme Maia, perdeu mais que a liberdade, tendo sua vida abreviada por membros da GDE que dispararam contra o jovem, presumindo que este fosse um membro do Comando Vermelho, conforme se verifica no bojo do processo nº. 0172765-39.2017.8.06.0001, no qual o Delegado de Polícia, Osmar Berto, deixa claro a motivação do crime ao lavrar o relatório final do inquérito:

Acontece que aquele local, apesar de possuir uma boa infra-estrutura, o que se comprova com prédios novos, ruas calçamentadas e asfaltadas, boas iluminação, ruas limpas, entre outros fatores, é dominado pela facção criminosa Guardiões do Estado -GDE, a qual por sua vez está em guerra há vários meses com a facção criminosa Comando Vermelho - CV. Este fato foi determinante para

o assassinado da vítima. (extraído dos autos do processo de nº 0172765-39.2017.8.06.0001, TJCE).

Faz-se necessário que as instituições de controle restituam às pessoas a liberdade que estão, dia após dia, perdendo em virtude da intimidação pública que as facções têm realizado por meio de suas ações violentas. Além de um crime de dano ao patrimônio, a exposição de mensagem remete à violência, pois reforça a ideia da constante presença do poder de fogo, do medo, aumentando o sentimento de desamparo, sobremaneira nos moradores das comunidades implicadas.

Não se trata apenas de apagar os rabiscos dos muros e aumentar o aparato repressor para conter o avanço da criminalidade, é preciso também reivindicar nossa parcela de liberdade que foi perdida em virtude do avanço do crime organizado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As inscrições dos muros permitem mapear o loteamento dos territórios realizado pelas facções, porquanto são como bandeiras que delimitam as áreas conquistadas em confronto. Informam ainda ao Estado e à sociedade a presença do crime organizado em determinado local. Não deve ser entendida como mero crime de dano ao patrimônio, mas sim um comunicado



das facções aos seus respectivos destinatários, os quais podem tratar-se dos moradores, visitantes ou transeuntes, facção rival, agentes de segurança pública e/ou governantes.

Os avisos deixados no muro pelas facções demonstram também o baixo nível de escolaridade dos incumbidos de realizar a inscrição, haja vista os inúmeros erros grosseiros de ortografia encontrados nos diversos muros fotografados.

A partir da localização das inscrições situadas no Jangurussu e no Conjunto Palmeiras, foi possível realizar um mapeamento da presença de facções nestes dois bairros. Verificou-se que os Guardiões do Estado (GDE) estão presentes, sobremaneira, nos Conjuntos Habitacionais, isto é, no interior do bairro. O Comando Vermelho, por sua vez, tenta avançar ou dominar territórios através das extremidades com presença no Barroso após a Avenida Perimetral (Avenida Jornalista Tomaz Coelho), assim como próximo à BR 116, no Parque Betânia, e ainda na Comunidade Piçarreira (ao sul do Conjunto Palmeiras). Vale destacar que a predominância de uma facção em determinado território não exclui a presença de células ou focos de resistência das facções inimigas.

Verificou-se ainda, através da observação dos jovens autuados em flagrantes no 30º DP, que o domínio da facção supera os limites ecológicos ou geográficos, perpassando dimensões da escola, lazer e família, convertendo-se em verdadeiro referencial para o jovem que se sente parte de uma

experiência de socialização. Mas o passar do tempo demonstra ao envolvido com facções o aspecto negativo desse processo, vez que o comprometimento com o grupo exige do membro, em muitos casos, a liberdade e/ou a própria vida, tornando-se um verdadeiro fardo para aquele indivíduo que ingressou na facção em virtude de uma situação circunstancial.

Através das fissuras deixadas pelos poderes públicos nas comunidades, as facções iniciam o processo de apropriação dos bairros. Esse processo de apropriação contempla a edição de normas ilegítimas em detrimento daquelas emanadas pelo Estado, sanções disciplinares severas aos que desobedecerem ou ignorarem as normas, criação de verdadeiros tribunais de exceção com penas capitais, adoção de medidas populares a fim de angariar apoio da comunidade, a exemplo da proibição de não roubar ou da proibição de jogar lixo em determinado local.

O conteúdo das inscrições dos muros é variado, vez que as paredes são meras plataformas de comunicação/expressão utilizadas pela facção criminosa, a exemplo da Internet onde são veiculados vídeos, imagens e áudios com distintos conteúdos relacionados à atividade do grupo organizado. Dentre os conteúdos de inscrições que mais se repetiram, destacamos as normas de conduta, regras de proibição e apologia ao nome da facção.

O presente trabalho encerra-se com uma reflexão a respeito da contínua e gradual perda das liberdades individuais

experimentadas pelos cidadãos moradores das comunidades afetadas dia após dia. Aparentemente uma inscrição no muro não parece comprometer a liberdade de ninguém, contudo, é através delas, bem como de outras plataformas, que as facções organizadas provocam medo, o que pode alterar o comportamento do cidadão, o qual deverá se “ajustar” às exigências contidas nas inscrições, a exemplo do toque de recolher, tráfegar com os vidros baixos, não falar com a polícia prestando-lhe informação, não andar em determinados locais etc. Enfim, são exemplos de ações não espontâneas que o indivíduo realiza por medo, por temer o mesmo fim do jovem Guilherme Maia.

Destaque-se que a inscrição em si não é a maior das controvérsias, mas sim a possibilidade de concretização/realização dos termos escritos no muro, isto é, a gravidade de materializar as ações descritas nas inscrições.

REFERÊNCIAS

BARREIRA, César; BATISTA, Élcio (orgs). (in) Segurança e Sociedade. Treze Lições. Campinas: Pontes Editores, 2011.

BARREIRA, César. Cotidiano despedaçado – cenas de uma violência difusa. São Paulo: Pontes, 2008.

BARREIRA, Irllys. A Cidade e o Medo. In: BARREIRA, César; BATISTA, Élcio (orgs). (in) Segurança e Sociedade. Treze Lições. Campinas: Pontes Editores, 2011.

BUSCAGLIA, Edgardo. Vacíos de poder en México. El camino de México hasta La seguridad humana. México: Debate, 2013.

BASTOS, Núbia M. Garcia. Introdução à Metodologia do Trabalho Acadêmico. 4 ed. Fortaleza, 2007.

Mais da metade dos bairros de Fortaleza tem IDH inferior ao do país mais pobre do mundo. Jornal Tribuna do Ceará, Fortaleza, 10 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://tribunadoceara.uol.com.br/noticias/cotidiano-2/mais-da-metade-dos-bairros-de-fortaleza-tem-idh-inferior-ao-do-pais-mais-pobre-do-mundo/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais. São Paulo: Atlas, 2015.

Polícia escreve em muro como resposta à facção: “estamos aqui, bandido não manda em nada”. Jornal Tribuna do Ceará, Fortaleza, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://tribunadoceara.uol.com.br/videos/vem-que-tem/policia-escreve-em-muro-como-resposta-a-facciao-estamos-aqui-bandido-nao-manda-em-nada/>>. Acesso em 30 de outubro de 2017.

SÁ, Leonardo Damasceno. A ‘condição de bichão’ da favela e a busca por consideração’. Dilemas, Rio de Janeiro, v.3, n. 2, p. 339-355, jun. 2011. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7261/5841>>.



Acesso em 24 de novembro de 2017.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHIMIZU, Bruno. Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. São Paulo: Ibicrim, 2011.

ZALUAR, Alba. Integração Perversa: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro FGV, 2004.

ZILLI, Luis Felipe. O “mundo do crime” e a “lei da favela”: aspectos simbólicos da violência de gangues na região metropolitana de Belo Horizonte, *Etnográfica*, Belo Horizonte, vol. 19, p. 463-487, out. 2015. Disponível em: <<https://etnografica.revues.org/4074>>. Acesso em 10 de novembro de 2017.

CAPÍTULO 4

A CONCESSÃO DO REGISTRO DE MARCAS DE PRODUTOS E SERVIÇOS CONDICIONADA AO INTERESSE PÚBLICO

Liana Maria Gonçalves Rodrigues

Resumo: A relevância da pesquisa sobre o tema “Da Concessão do Registro de Marcas de Produtos e Serviços condicionada ao Interesse Público” está em apresentar a ausência de exigência da divulgação da forma de obtenção de um produto ou serviço, quando comparado às exigências para se registrar uma patente. O que se objetiva com este trabalho, em sentido amplo, é propor uma análise acerca dos requisitos exigidos atualmente para o registro de uma marca, traçando uma reflexão crítica em torno do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando a origem, o desenvolvimento e a classificação das marcas. Em sentido estrito, pretende-se avaliar se o Poder Público não deveria condicionar o registro de uma marca ao aspecto de que nenhum risco fosse gerado aos consumidores, utilizando-se, para tanto, da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor. Finalmente, depois de verificado o princípio da dignidade da pessoa humana e outros princípios relacionados à Propriedade Industrial, o presente trabalho investiga se a exigência da divulgação da fórmula de obtenção de um produto ou a forma de realização de um serviço não afrontaria um direito do titular da marca ao realizar um segredo de indústria.

Palavras-chaves: Propriedade Industrial. Marcas. Consumidor.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

1. INTRODUÇÃO

A análise histórica do termo propriedade e o estudo sobre a função social que esta exerce perante a coletividade baseiam a formação da Propriedade Intelectual, a qual se subdivide em Propriedade Industrial e Autoral.

Neste sentido, são apresentados os objetos de aplicação do Direito Industrial, quais sejam:

a concessão de patentes, o registro de desenho industrial, o registro de marca, a repressão à falsa indicação geográfica e a repressão à falsa concorrência desleal.

As legislações, os acordos, os tratados e as convenções serviram de embasamento à proteção da Propriedade Industrial, que somente a partir da Idade Média passou a ser difundida na sociedade. No Brasil, esta proteção se iniciou apenas no período imperial, com a publicação do Alvará do Príncipe Regente, que objetivava estimular o progresso nacional nas áreas da indústria e do comércio.

Os princípios relacionados à Propriedade Industrial vêm nortear o estudo que ora se apresenta, desenvolvendo, na sua superficialidade, a profundidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual está intrinsecamente relacionado à concessão do registro das marcas condicionada ao interesse

público.

O fator crucial que impulsionou o desenvolvimento desta monografia foi a ausência da divulgação do procedimento utilizado para se obter um produto ou a realização de um serviço como exigência necessária ao registro de uma marca, tornando-se, assim, o assunto um tema de interesse social, haja vista a questão dos direitos do consumidor.

Logo, neste trabalho, buscar-se-á responder aos seguintes questionamentos: Quais as exigências legais para a concessão do registro de uma marca de produto e serviço no Brasil? Diante dessas exigências, há algum direito do consumidor que não fora atendido? Neste caso, não estaria também havendo uma afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana? Será que a exigência da divulgação do processo de produção de determinado produto ou da execução de um serviço como condicionante para a concessão do registro de uma marca não estaria

afrontando um direito do titular da marca em optar pelo Segredo de Indústria em detrimento de um patenteamento?

A justificativa para este trabalho baseia-se, principalmente, na questão do registro de uma marca, o qual está previsto no ordenamento jurídico, exclusivamente, sob a ótica do requisito da novidade, isto é, uma busca de anterioridades que precede o pedido do registro, não havendo maiores exigências com relação a este pedido. Portanto, é na tentativa de garantir a dignidade da

pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, que se justifica a exigência de que o titular da marca divulgue o processo de composição do seu produto ou a execução de seu serviço, no sentido de promover a salvaguarda da saúde das pessoas.

Como objetivo geral, analisa-se, de forma objetiva, a origem, o conceito, as classificações das marcas, bem como examinar as exigências necessárias para a obtenção do registro de uma marca de produto ou serviço, desenvolvendo uma análise crítica sob a ótica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana com base no Código de Defesa do Consumidor, na Lei da Propriedade Industrial e, principalmente, na Constituição Federal. Os objetivos específicos são: observar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, detalhadamente, com o escopo de avaliar se o Poder Público não deveria condicionar o registro de uma marca ao aspecto de que nenhum risco fosse gerado aos consumidores; e investigar se a exigência da divulgação da fórmula da obtenção de um produto ou forma de realização de um determinado serviço não estaria afrontando um direito do titular da marca em realizar um Segredo de Indústria.

Quanto aos aspectos metodológicos, no que diz respeito à tipologia da pesquisa, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa é pura, tendo por finalidade ampliar o espectro de conhecimento do pesquisador para uma nova



adoção de posição. Segundo a abordagem, é qualitativa, na medida em que se aprofunda na compreensão doutrinária e jurisprudencial do tema em estudo. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, pois busca descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar o fenômeno observado, e exploratória, já que objetiva aprimorar as idéias por meio de informações sobre o tema em foco.

O desenvolvimento desta pesquisa encontra-se disposto em três capítulos, juntamente com a conclusão.

No primeiro capítulo, analisa-se a origem do termo “propriedade”, assim como o desenvolvimento da Propriedade Intelectual no ordenamento jurídico brasileiro, expandindo o estudo acerca do Direito Industrial e o Direito Autoral. Faz-se, ainda, uma breve explanação sobre os objetos de aplicação e estruturação operacional do Direito Industrial, bem como acerca da evolução histórica da proteção à Propriedade Industrial e dos Princípios a ela relacionados.

O segundo capítulo, trata da evolução histórica das marcas e suas funções no ordenamento jurídico brasileiro, bem como da classificação das marcas quanto à natureza, à forma e aos casos excepcionais de marcas. Nessa exposição, apresentam-se o procedimento do registro das marcas de produtos e serviços e as exigências solicitadas para este registro.

O último capítulo desenvolve uma análise sobre a razão social que legitima o registro de uma marca e a sua finalidade

perante a sociedade, traçando a definição de consumidor e apresentando a relação existente entre o exercício da marca e o direito daquele. São apresentadas também as normas consumeristas que impedem a concessão do registro de uma marca e as limitações estatais que são apreciadas quando da análise do pedido de registro de uma marca, baseadas no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Na conclusão, estão descritas as normas utilizadas para o desenvolvimento desta pesquisa, quando se demonstra que as exigências atualmente solicitadas pelo Poder Público não são suficientes para garantir a integridade física e moral dos consumidores. Nessa demonstração, defende-se a necessidade de se exigir a divulgação da forma de obtenção de um produto ou a forma de realização de um serviço, com esteio no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual está intrinsecamente relacionado ao assunto.

2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Buscar-se-á, neste capítulo, explicar a origem da palavra propriedade, para, em seguida, tratar da Propriedade Intelectual, como esta progrediu na sociedade e quais direitos se desenvolveram a partir dela.

Passa-se, posteriormente, a explicar as diferenças e semelhanças existentes entre os Direitos Industrial e Autoral, os

quais são ramificações da Propriedade Intelectual, apresentando definições bastante relevantes para o item referente ao objeto de aplicação e estruturação operacional do Direito Industrial.

Por último, tratar-se-á da evolução da Propriedade Industrial no âmbito global e brasileiro, citando as legislações, acordos e tratados pertinentes ao assunto, assim como os possíveis princípios que poderão ser aplicados na solução de conflitos e no estudo dessa Propriedade.

2.1. Considerações Gerais sobre Propriedade

A palavra propriedade originou-se do latim *proprius* ou *propius*, que significa “peculiar, típico”, segundo estudo realizado por Niedermann, o qual afirma que “no latim vulgar já se dizia *propius*, robustecendo-se a tendência de grafar próprio” (ACQUAVIVA, 1998, p. 1033). Percebe-se, contudo, que a palavra, no decorrer do tempo, desenvolveu vários sentidos, tais como conveniente, qualidade de uma pessoa, coisa ou lugar ou uso adequado das palavras na expressão de uma idéia.

Não obstante os vários sentidos dados à palavra propriedade, o que se busca estudar nesta monografia está relacionado ao direito em si, isto é, ao sentido jurídico da palavra, qual seja “a aptidão de alguém ter alguma coisa como sua, dela dispondo livremente, nos limites da lei” (ACQUAVIVA, 1998, p. 1033). Dessa forma, o que se entende é que a propriedade é

um direito garantido por lei a cada cidadão, sendo este direito limitado legalmente, a fim de que não haja nenhum prejuízo à sociedade caso o exercício do direito de propriedade não atinja a sua finalidade.

De forma bastante esclarecedora, apresenta-se o conceito trazido por Limongi França (1991, p.440), o qual afirma que “propriedade é o direito, excludente de outrem, que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substâncias, acidentes e acessórios), ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando, injustamente, esteja sob a detenção física de outrem”.

Nesse sentido, entende-se que a propriedade é um direito excludente, haja vista a impossibilidade de outra pessoa poder se apropriar de um bem que já tem dono, excluindo do direito pessoas indesejadas. Ademais, a propriedade deve obedecer aos limites do interesse público e social, isto é, o proprietário poderá exercer seu direito, desde que não ultrapasse os limites estabelecidos em lei vigente. Um terceiro elemento a ser observado quanto à propriedade é a submissão do bem corpóreo ao poder da vontade do proprietário. Por último, tem-se que este direito será exercido mesmo que haja a apropriação injusta de um terceiro, o qual não exerce o direito de propriedade, mas apenas de mero possuidor do bem.

Fixando o foco no sentido jurídico atribuído ao vocábulo propriedade, constata-se que, segundo a Lei 10.406, de 10

de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro, no artigo 1.228, o legislador esclarece que: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Depreendese, portanto, desse dispositivo que a propriedade aborda os direitos que lhe são inerentes.

Os direitos garantidos ao proprietário de um bem são: usar, gozar e dispor a coisa e reavê-la de quem injustamente a possui ou detém. Isto posto, entende-se por usar, o *jus utendi* do direito romano, como a ação exercida pelo proprietário de se utilizar de uma coisa, de se servir dela de acordo com a sua vontade, e, neste ponto, cita-se como exemplo o direito de aproveitar, emprestar e dar como usufruto a terceiros o seu bem, desde que não obtenha lucros com este uso.

Enquanto gozar ou fruir, o *jus fruendi* do direito romano significa a possibilidade de se obter lucros com a propriedade, sem modificá-la ou deteriorá-la. Exemplo disso é o caso do aluguel, quando o locador transfere temporariamente a propriedade do seu bem, seja móvel ou imóvel, ao locatário.

Já o direito de dispor, o *jus abutendi* do direito romano, relaciona-se ao direito que tem o proprietário de abandonar, alienar ou limitar a sua propriedade. Neste caso, citam-se os exemplos da compra e venda e da doação, quando se transfere a propriedade de um bem a outra pessoa, sabendo-se que não pode haver destruição gratuita ou abuso da coisa.

Por fim, há o direito de reaver a propriedade, ou seja, reivindicá-la de quem injustamente a possui ou detém, garantindo-se ao proprietário o direito de permanecer com o seu bem, o qual tomará as providências necessárias para obter sua propriedade de volta.

Por existirem estes direitos inerentes ao proprietário é que se fala na proteção à propriedade, sabendo-se que não pode haver abuso destes direitos, isto é, não poderá o proprietário exceder no exercício deles, ele terá de agir apenas nos limites da lei, atendendo dessa forma ao bem-estar social.

Nesse aspecto, nota-se que o legislador apresentou a função social da propriedade desde a Constituição de 1946, mas que fora incluída, expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro somente na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº1 de 1969, sendo a função social da propriedade considerada um dos princípios da ordem econômica e social.

Esclarece, portanto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1975, p. 166), que:

[...] isto significa que a propriedade não é da concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social. É o que se depreende do texto do artigo 160, III, que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito

de usar, gozar e tirar proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade. Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o seu uso seja condicionado ao bem estar geral. (DI PIETRO, 2004, p. 123).

Observa-se que está prevista na Constituição Federal do Brasil de 1988 a garantia ao direito de propriedade, sabendo-se, ainda, que esta mesma propriedade deverá atender a sua função social, de acordo com o artigo 5º, incisos XXII e XXIII da Constituição brasileira.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Dentro dessa perspectiva, a propriedade tem o escopo de garantir a satisfação do seu proprietário, contudo, para que

esta satisfação seja completa, tem de haver o atendimento ao interesse público, isto é, o interesse da sociedade que também faz parte da existência da coisa que será passível de propriedade.

Lembra, ainda, Marcus Cláudio Acquaviva (1998, p. 1033) em seu Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva, que:

[...] o conceito moderno de propriedade não se compadece da primitiva conceituação do direito romano (*jue utendi, fruendi et abutendi*), ou seja, admitia-se direito de abusar de um bem, ou seja, ir além da mera utilização deste. Predomina, hoje, o princípio da função social da propriedade, inscrito nas modernas Constituições, ao lado das quais partilha a nossa (art. 5º, XXII a XXX, em especial o inciso XXIII).

Por assim dizer, a função social da propriedade existe de modo que o seu proprietário deva explorá-la e mantê-la na sociedade de forma útil, que atenda aos anseios do proprietário, mas também aos da sociedade, pois, caso a propriedade não atenda ao bem comum, ela não se justifica.

Ainda se pode aferir o entendimento do doutrinador José Afonso da Silva (2007, p. 265), o qual afirma que:

No atual ordenamento jurídico brasileiro a propriedade privada não deve ser considerada como um direito individual, nem como instituição

de direito privado, pois está sujeita ao sistema de direito público. O regime fundamental do direito de propriedade está previsto em sede constitucional.

De acordo com estes entendimentos, percebe-se que a propriedade é uma instituição presente no Direito Privado, haja vista tratar-se de um direito inerente à pessoa, seja ela natural ou jurídica. Contudo, é também um direito que se encontra disciplinado no Direito Público, por está relacionado à função social que a propriedade exerce na sociedade e pelo entendimento do doutrinador José Afonso da Silva que afirma que a propriedade está prevista em sede constitucional.

Da leitura do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, acima transcrito, conclui-se que podem ser proprietários os brasileiros e os estrangeiros residentes no País, incluindo-se neste rol as pessoas naturais e as pessoas jurídicas, sejam estas públicas ou privadas e até mesmo os estrangeiros residentes fora do País. Neste sentido, posiciona-se Celso Bastos (1995, p. 164), o qual “afirma que os destinatários dos direitos individuais são ‘todos que entrem em contato com o ordenamento jurídico’” (NOVELINO, 2007, p. 164)

A partir desse entendimento, verifica-se que o doutrinador tentou abranger toda a sociedade, na busca de garantir os direitos individuais, fossem aos brasileiros natos e naturalizados, ou aos estrangeiros residentes ou não no Brasil,

desde que eles entrassem em contato com o ordenamento jurídico brasileiro, isto é, se criassem algum vínculo jurídico com a sociedade brasileira, seus direitos já seriam garantidos.

Pode-se observar que a Propriedade é o direito inerente ao proprietário, seja ele brasileiro, pessoa natural ou jurídica, estrangeiro residente no País ou não, que tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, atendendo a sua função social perante a sociedade.

Neste sentido, vale ressaltar que os direitos patrimoniais estão relacionados aos bens corpóreos (materiais) e aos bens incorpóreos (imateriais), sabendo-se que, segundo a definição de Silvio Rodrigues (2002, p. 115) bens “são aquelas coisas que, sendo úteis aos homens, provocam a sua cupidez e, por conseguinte, são objeto de apropriação privada”. Acrescentando

Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 239) que bens “são coisas materiais, concretas úteis aos homens e de expressão econômica, suscetíveis de apropriação, bem como as de existência imaterial economicamente apreciáveis”.

Logo, pode-se entender como bem material aquilo que é palpável, que se vê, enquanto o bem imaterial é aquele que não se pode pegar, classificado como abstrato, não é concreto, contudo é passível de apropriação. Entretanto, é necessário saber-se que nem tudo no mundo é passível de propriedade, haja vista sua abundância na natureza, deixando assim de

ser considerado um bem econômico, pois “só se configura bem econômico aquele que sendo útil ao homem, existe em quantidade limitada no Universo.” (RODRIGUES, 2002, p. 115)

O entendimento trazido por Silvio Rodrigues é o de que o homem não poderá ser proprietário daquelas coisas que existem, abundantemente, no Universo, tais como o ar atmosférico, a areia da praia e a luz solar ou lunar, haja vista não poderem ser armazenados e não gerarem lucros a quem os possua.

Em relação a este estudo é interessante entender a definição dos direitos subjetivos, haja vista a ligação que estes possuem com os proprietários de um determinado bem. Direito subjetivo é, pois, “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento” (AMARAL, 2002, p. 181), sabendo-se que, segundo teorias defendidas por Savigny, Windscheid e Ihering, o direito subjetivo pode ser “um poder da vontade reconhecido pela ordem jurídica” (Teoria da Vontade) ou um “interesse juridicamente protegido” (Teoria do Interesse) (GONÇALVES, 2006, p. 7)

Neste contexto, são apresentadas duas teorias, sabendo-se que uma leva em conta a vontade do sujeito de possuir uma coisa como sua (Teoria da Vontade) e a outra considera a existência do interesse desse mesmo sujeito, porém deve haver proteção jurídica desse interesse (Teoria do Interesse). Contudo,

a teoria que prevalece no nosso ordenamento jurídico é o da

Teoria Mista, na qual “conjuga o elemento vontade com o elemento interesse” (GONÇALVES, 2006, p. 8). Dessa forma, define Jellinek que direito subjetivo é “o interesse protegido que a vontade tem o poder de realizar” (GONÇALVES, 2006, p. 8)

Conclui-se, portanto, que os direitos subjetivos que participam da Teoria Mista aceita pelo ordenamento jurídico, dividem-se em direitos patrimoniais, ligados diretamente ao patrimônio do indivíduo, e direitos extrapatrimoniais ou direitos da personalidade, tais como a honra, a liberdade, o nome, a vida, os quais não possuem valoração econômica, mas também fazem parte do patrimônio do indivíduo.

2.2. Propriedade Intelectual

Atualmente, tem-se percebido a evolução da sociedade em termos tecnológicos e econômicos. Isto tem sido fruto da criação humana, que, diariamente, está inventando coisas ou melhorando as já existentes.

Através desse desenvolvimento da sociedade, surgiu a Propriedade Intelectual, a qual assumiu um significativo papel na ordem econômica, haja vista os lucros obtidos com a comercialização dos produtos e a tecnologia constantemente empregada para a evolução dessa comercialização.

A Tecnologia e a Economia foram as principais ciências

que contribuíram para o surgimento da Propriedade Intelectual, que, logo em seguida, exigiu do ordenamento jurídico uma maior atenção, passando, pois, a existirem as leis, os tratados e os acordos que buscavam solucionar de forma mais clara e objetiva os litígios que viessem a existir sobre este assunto.

Em seguida, passa-se a conceituar a Propriedade Intelectual, a qual se define como “o direito relacionado às criações intelectuais, consideradas estas criações como bens incorpóreos móveis, que apesar de não terem existência material (suporte físico), elas são consideradas objeto de direito de propriedade, e, portanto, passíveis de apropriação”. (DI BLASI, 2005, p. 27)

No tocante a isso, o doutrinador afirma que as criações do intelecto, consideradas como bens incorpóreos móveis, são passíveis de apropriação, mas para que lhe seja considerada a propriedade faz-se necessário observar se aquela criação não já existe, haja vista que muitas vezes se pode criar algo já existente na sociedade.

Outro fato que deve ser levado em conta é o de que nem toda criação do intelecto pode ser passível de propriedade, tal como a criação que atente contra a moral e os bons costumes, ou que não atenda às necessidades da sociedade. Tais criações são consideradas sem nenhuma utilidade e, por isso, não poderão ser protegidas pela lei.

A propriedade intelectual está, portanto, voltada às

necessidades espirituais do ser humano, e pode ser também concebida como propriedade imaterial, ou seja, aquela “capaz de gerar direitos ao seu criador intelectual sobre obras e realizações que o homem reproduziu através das artes, livros, conhecimentos científicos” (MUJALLI, 1997, p. 21).

São exemplos de bens que fazem parte da Propriedade Intelectual, as obras e as realizações do intelecto humano, como livros, pinturas, esculturas, invenções e o melhoramento de coisas já existentes.

A Propriedade Intelectual surgiu com a necessidade do homem de proteger as suas criações, fossem elas artísticas, científicas ou literárias. Ao direito dessas pessoas de terem protegidos os seus bens imateriais chama-se Direito Intelectual.

Neste contexto é que começaram as primeiras proteções, haja vista, na Antigüidade, serem passíveis de proteção apenas os emblemas e brasões. Logo em seguida, “durante a segunda metade do século XV, é que se iniciou a proteção contra as imitações indevidas das obras dos autores de obras literárias que não queriam que estas fossem copiadas ou reproduzidas sem a autorização deles”. (DI BLASI, 2005, p. 1)

A proteção a que se refere Di Blasi diz respeito aos primeiros acordos celebrados entre os reis e os proprietários das obras literárias e artísticas, os quais garantiam aos proprietários das obras os direitos que os assistiam, sabendo-se que a mudança aconteceu lenta e gradualmente. Todavia,

“a proteção concedida pelos reis e senhores feudais aos proprietários das obras intelectuais baseava-se em critérios bastante heterogêneos, isto é, dependia da simpatia de cada soberano”, sabendo-se que a forma de concessão dessa proteção era exercida por tempo limitado. (DI BLASI, 2005, p. 1)

O que se pode entender sobre tal momento é que a proteção concedida não atendia aos anseios de todos os que dela necessitavam, visto que apenas alguns proprietários eram agraciados, e o direito que lhes devia ser concedido era apenas privilégio de poucos.

A evolução da Propriedade Intelectual por todo o mundo faz com que se tenha interesse em aprofundar o estudo quanto a esta questão, haja vista está intrinsecamente ligada às relações jurídicas regulamentadas pelos Direitos de Empresa, Civil e do Consumidor.

Quanto a esta questão, há, no estudioso da área uma instigação para se saber mais sobre os direitos inerentes ao proprietário de um bem intelectual, quais os direitos do consumidor dos produtos e serviços que ele consome, e as regras que serão respeitadas ao se pedir proteção desses bens, analisando-se criteriosamente as previsões legais.

É bem verdade que as previsões legais devem ser atendidas quando se pede proteção aos bens relativos à Propriedade Intelectual, pois, de acordo com a Constituição brasileira de 1988, conforme artigo 5º, incisos, XXVII, XXVIII e XXIX (in

verbis), os autores dos bens intelectuais possuem Lei específica que garante os seus direitos, assim como delimita o exercício desse direito para que não haja interferência no direito alheio:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;



De acordo com essa transcrição constitucional, faz parte dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo a proteção à propriedade intelectual, sendo garantido aos proprietários o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução de suas obras, o direito de fiscalização do aproveitamento econômico que os seus bens lhes tragam.

É também garantido ao proprietário de um bem industrial o privilégio de se utilizar, temporariamente, dos seus inventos e de ter protegidas as suas criações industriais, atendendo ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

No que tange à questão da legislação a ser aplicada nos casos relativos à Propriedade

Intelectual, é de suma importância saber que a Propriedade Intelectual ainda se ramifica em Propriedade Industrial e Autoral, existindo para cada uma dessas ramificações legislação especial, a qual será em breve analisada.

2.3. Direito Industrial e Direito Autoral

A presente explanação tem o objetivo de traçar as semelhanças e as diferenças existentes entre o Direito Industrial e o Direito Autoral, como estes se desenvolveram na sociedade e a forma como atua a propriedade situada em cada um destes Direitos.

A priori, é necessário saber que o Direito Industrial e o Direito Autoral são espécies do gênero Propriedade Intelectual, que já fora tratada em momento anterior, e que em vista disso, esses direitos mantêm relações de proximidade, assim como cada um apresenta suas peculiaridades.

Segundo Luiz Otávio Pimentel (1994, p. 28), o desenvolvimento do Direito Industrial deu-se a partir da evolução econômica e tecnológica dos diversos países que estavam envolvidos com processos de invenções, com a produção de produtos em série, assim como com a comercialização desses produtos já no período da Revolução Industrial.

Esse momento da história foi bastante relevante para o desenvolvimento do Direito Industrial. Isso aconteceu a partir do grande progresso que a indústria e, conseqüentemente, o comércio ganharam na sociedade em geral, quando os países ampliaram as suas negociações e a divulgação das mercadorias, por meio das suas embalagens, passou a ser alvo de proteção, e todos os novos inventos eram passíveis de discussão.

A respeito disso, afirma o sobredito autor que “a Economia, ciência que estuda a atividade produtiva, e a Tecnologia, sistema de conhecimentos técnicos, aplicados na ciência, arte e manufatura, são fatores que definem o progresso da sociedade e auxiliam no fortalecimento da proteção à propriedade industrial.” (PIMENTEL, 1994, p. 48)

Dessa forma, o que se percebe é a ligação existente entre

as ciências físicas e matemáticas auxiliando o desenvolvimento da ciência jurídica. Isso acontece quando a Economia e a Tecnologia, juntas, são aplicadas na invenção de um novo carro, na aplicação de um novo produto para a pintura de uma tela de arte ou mesmo na redução dos custos quando se põe um produto no mercado com embalagem diferente, garantindo aos proprietários desses bens os seus direitos.

Por todo o exposto, sabe-se que “a propriedade industrial é um episódio da propriedade intelectual que trata da proteção jurídica dos bens incorpóreos aplicáveis tecnicamente, de forma prática, nos diversos segmentos das indústrias”. (DI BLASI, 2005, p. 29).

Em análise crítica aos bens relativos à propriedade industrial, discorda Pimentel (1994, p.

113) do termo “propriedade industrial”, porque “o considera impróprio, restrito aos privilégios, marcas, nomes e signos distintivos, enquanto o campo dessa área do Direito é mais amplo, político e envolve as relações concorrenciais no mercado e no sistema econômico”.

Ao estudar os diversos segmentos em que podem atuar os bens incorpóreos, relacionados à propriedade industrial, percebe-se que os exercícios dessa propriedade também se aplicam ao comércio e à prestação de serviços, e não somente à indústria, como afirma Di Blasi.

No comércio existem bens incorpóreos passíveis de

propriedade, tais como as invenções que são comercializadas, as marcas que são postas nos produtos e a concorrência desleal que é proibida entre os comerciantes e industriais. Já nos serviços, isso acontece quando aparece uma nova forma de se executar um serviço, a marca que se apresenta quando se fala naquele serviço, enfim, são segmentos bastante parecidos que garantem a proteção aos exercícios inerentes à propriedade industrial.

Pode-se dizer que os bens incorpóreos a que se refere Di Blasi têm de ser passíveis de aplicação técnica, isto é, são bens imateriais que possuem ampla divulgação no comércio, na indústria e nos serviços e que necessitam da devida “proteção jurídica, a qual oferece segurança a investimentos, garante o poder econômico das empresas e protege os direitos dos proprietários desses bens”. (PIMENTEL, 1994, p. 64)

Os pressupostos de existência dos bens incorpóreos ligados à propriedade industrial, que são apontados pelos doutrinadores Gabriel Di Blasi e Luiz Otávio Pimentel, relacionam-se à aplicação técnica desses bens e à proteção jurídica que lhes é conferida, sabendo-se que esta proteção ainda oferece segurança a investimentos, poder econômico às empresas e garante os direitos dos proprietários.

Com fulcro no artigo 2º da Lei 9.279/96 in verbis, Di Blasi (2005, p.30) apresenta de forma abrangente todos os bens relativos à propriedade industrial, quais sejam as invenções,



os certificados de adição, os modelos de utilidade, os desenhos industriais, os segredos de negócios, nomes de domínio, marcas de produtos e serviços, de certificação, coletivas e tridimensionais, indicações geográficas e demais indicações e, por último, inclui-se a repressão à concorrência desleal.

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

- concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- concessão de registro de desenho industrial;
- concessão de registro de marca;
- repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal.

Em momento posterior serão tratados com mais afinco os direitos relativos à propriedade industrial. Por enquanto, buscar-se-á falar de forma ampla e concisa a respeito do órgão federal que está ligado à propriedade industrial, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), sabendo-se que este órgão é o que vai analisar os pedidos de registros e conceder os privilégios relativos a estes direitos.

Quanto à questão da existência de um órgão nacional da Propriedade Industrial, o Brasil possui o INPI, Instituto Nacional

da Propriedade Industrial, já falado anteriormente, criado em 14 de dezembro de 1970 pela Lei nº 5648, de 11 de dezembro do mesmo ano, sabendo-se que

“o INPI é o órgão da Autarquia do Governo Federal, destinado a conceder privilégios e garantias a todos aqueles que efetuarem o registro de suas marcas e invenções a nível nacional.” (MUJALLI, 1997, p. 22)

O citado órgão foi criado com o intuito de facilitar as relações existentes a respeito da propriedade industrial, organizando a forma de concessão dos registros, arrecadando as contribuições necessárias para a devida execução das atividades executadas tanto na Sede do INPI quanto nas Delegacias Regionais, nas Juntas Comerciais e Secretarias de Indústria e prestando os devidos serviços que lhe são inerentes.

Com explanação ainda mais específica, Di Blasi (2005, p. 88-90) afirma que o “órgão oficial de propriedade industrial tem a função fundamental da concessão da proteção às invenções, aos modelos de utilidade, ao registro de desenhos industriais, marcas e programas de computador”.

Dessa forma, percebe-se que houve certa abrangência doutrinária no que diz respeito à função do INPI. Enquanto Mujalli (1997, p.22) destaca o INPI como “órgão que concede privilégios e garantias às pessoas que efetuem o registro de marcas e invenções”, a partir da publicação da Lei 9.279/96, Di Blasi (2005, p.88), em seu entendimento doutrinário, afirma

que o INPI tem a “função de proteger invenções, modelos de utilidade, registro de marcas e desenhos industriais”.

Para dirimir qualquer conflito, está previsto, no artigo 240 da Lei 9.279/96, a finalidade do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, a qual tende a apoiar a tese do doutrinador

Gabriel Di Blasi.

Art. 240. O art. 2º da Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970, passa a ter a seguinte redação:

Art. 2º O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

A partir desse momento, passa-se a analisar as criações intelectuais relacionadas aos direitos autorais, isto é, às criações estéticas.

O Direito Autoral existe para “proteger o esforço empregado pelo homem ao exercer a sua criatividade, ao exteriorizar o poder do seu intelecto, através de obras artísticas, literárias e científicas.” (MUJALLI, 1997, p. 21)

Isto acontece quando o autor de um livro, que o publica de acordo com as normas legais, tem o direito de não ter a sua

obra copiada ou imitada por quem não tenha a sua autorização, assim como no caso de obras artísticas, peças teatrais, telenovelas ou filmes cinematográficos, os quais são protegidos por lei específica, que garante aos proprietários das obras a proteção contra aqueles que queiram se utilizar de forma errônea da propriedade alheia.

Nesse sentido, a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, alterou, atualizou e consolidou a legislação sobre direitos autorais, trazendo em seu bojo a definição de autor, os aspectos relativos ao registro das obras intelectuais, os direitos do autor. Enfim, a predita lei trata com clareza e objetividade os direitos e deveres inerentes ao proprietário da obra intelectual *stricto sensu*.

No entanto, “a lei protege não a idéia do autor, mas sim a sua realização através de atos materiais em sua forma definida”. (MUJALLI, 1997, p. 21). Logo, o que quis dizer o autor com essa passagem é que o proprietário de uma idéia só vai podê-la garantir quando esta tornar-se matéria, isto é, algo palpável, existente no mundo fático.

Ao realizar análise comparativa entre o direito industrial e o direito autoral, Newton Silveira (1996, p.9) apresenta alguns argumentos explicativos, quais sejam:

Enquanto as obras protegidas pelo direito do autor têm, como único requisito, a originalidade, as

criações no campo da propriedade industrial, tais como as invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais, dependem do requisito de novidade, objetivamente considerado.

O que se percebe neste momento são os principais requisitos diferenciadores dos direitos industrial e autoral, quais sejam, a originalidade ligada ao direito autoral e a novidade ligada ao direito industrial.

Para explicar essa diferença existente entre originalidade e novidade, afirma Silveira (1996, p.9) que a novidade, em sentido subjetivo, representa um novo conhecimento para o próprio sujeito e, em sentido objetivo, representa um novo conhecimento para toda a coletividade. Enquanto a originalidade deve ser entendida em sentido subjetivo, em relação à esfera pessoal do autor, isto é, a originalidade está intrinsecamente relacionada com os elementos da imaginação do autor, podendo não ser uma novidade. (1996, p. 9)

Dessas definições, o que se entende é que tudo o que é novidade é original, mas nem tudo o que é original é novidade. O autor de um invento cria algo que nunca existiu no mundo, enquanto que o autor de uma obra literária, artística ou científica, torna original uma idéia ou pensamento seus.

Ampliando ainda mais o estudo sobre essas criações acrescenta Silveira (1996, p. 5):

[...] que todo trabalho intelectual tutelável, que resulte em obras intelectuais, seja genericamente protegido pela lei de direitos autorais, com exceção das criações que envolvam um desenvolvimento técnico, estas somente tuteláveis pela lei de propriedade industrial.

Percebe-se que o que diferencia um direito do outro não seriam apenas os requisitos da novidade e originalidade, mas também a aplicação da técnica no desenvolvimento do produto pertencente ao direito industrial.

Após essa breve apresentação das diferenças existentes entre os Direitos Autoral e Industrial, passa-se a analisar as semelhanças que unem esses dois direitos e que os tornam tão parecidos.

Sobre o tema, afirma Luiz Otávio Pimentel (apud CERQUEIRA, 1982, p. 55 - 56) (1994,

p.102) que “tanto a propriedade literária, científica e artística como a propriedade industrial têm por objeto as produções da inteligência e do engenho humano”.

Pode-se interpretar, por esta ocasião, que os requisitos de ligação entre esses Direitos são as produções dos seus autores, as quais surgem de sua inteligência e do esforço, do talento que eles empregam para reproduzi-los.

Apresentam-se, detalhadamente, as semelhanças existentes entre o direito industrial e o direito autoral que



em relação à natureza e ao fundamento filosófico são direitos privados patrimoniais e fundam-se no Direito Natural; em relação ao objeto são bens imateriais; e, finalmente, quanto à proteção legal, no plano macrojurídico, encontram-se previstos na Constituição Federal do Brasil e no plano infraconstitucional cada um possuindo uma lei específica. (PIMENTEL, 1994, p.109 – 110)

Em relação à natureza e ao fundamento filosófico aplicados aos Direitos ora apresentados, faz-se necessário ressaltar que há muito tempo já não se diz que esses direitos são apenas privados e patrimoniais, mas que também fazem parte do Direito Público, pois há grande interesse do Estado em querer proteger os direitos do proprietário, assim como os direitos daqueles que os usufruem.

Finalmente, conclui-se que o surgimento e desenvolvimento da Propriedade Intelectual e, conseqüentemente, da Propriedade Industrial e do Direito Autoral propiciaram a criação de legislações específicas no ordenamento jurídico com o escopo de promover a proteção dos seus respectivos objetos.

Doravante, passa-se a analisar estes objetos e como se estruturam no Direito Industrial.

2.4. Do Objeto de aplicação e da Estruturação operacional do Direito Industrial

Sabe-se que os direitos relativos à Propriedade Industrial são protegidos pela Lei 9.279/96, e que a proteção desses direitos se efetua mediante a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; do registro de desenho industrial; do registro da marca; a repressão a falsas indicações geográficas; e a repressão à concorrência desleal.

Com base nesse conhecimento, busca-se demonstrar, brevemente, quais são os objetos de aplicação do Direito Industrial, a forma como se apresentam na sociedade e também como funcionam.

4.4.1. Concessão de patentes

Entende-se por patente o direito concedido pelo Estado àquele que inventou ou melhorou um objeto já existente, sabendo-se que esse direito será exercido por tempo determinado em certo lugar.

Nesse sentido, pode-se perceber que a patente será concedida aos autores de invenções ou modelos de utilidade, conforme claramente definido no artigo 9º da Lei 9.279/96.

Art. 9º É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Faz-se necessário apresentar os requisitos exigidos para que uma invenção ou modelo de utilidade sejam patenteáveis, quais sejam, a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial.

O requisito da novidade diz respeito ao conhecimento das anterioridades que se relacionam com a invenção ou o modelo de utilidade. Assim apresenta-se a “definição do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes que considera nova a invenção que na data do correspondente depósito do pedido de patente, não se encontra compreendida pelo estado da técnica.” (DI BLASI, 2005, p. 214)

Considera-se estado da técnica “tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior”, de acordo com o disposto no artigo 11, §1º da Lei da Propriedade Industrial.

Enquanto isso, o requisito da atividade inventiva está ligado à capacidade que tem o inventor de criar algo novo ou inovar aquilo que não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica, estando disposta esta definição nos artigos 13 e 14 da Lei 9.279/96.

Já aplicação industrial, terceiro requisito a ser analisado, relaciona-se à capacidade que tem o invento de ser produzido em larga escala. Define esta exigência o artigo 15 da Lei 9.279/96.

Pelo exposto, podem-se exemplificar alguns produtos

que ao longo dos anos foram sendo patenteados, tais como o raio laser, a penicilina, o chip/semicondutor, o telefone, a lâmina de barbear, e assim por diante.

2.4.2. Registro de Desenho Industrial

De acordo com o artigo 95 da Lei 9.279/96 considera-se desenho industrial:

Art.95 [...] a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

Logo, o que se leva em conta em um desenho industrial que possa ser registrado são os seguintes requisitos: a novidade, a originalidade e o desimpedimento.

A novidade já foi tratada em momento anterior; a originalidade seria a capacidade que tem o autor do desenho industrial de distinguir produtos já existentes, imprimindo àquele produto uma nova forma, característica sua; e o desimpedimento trataria da proibição da existência de desenhos que ferissem a moral e os bons costumes, a honra ou a imagem das pessoas ou que possuísse uma forma vulgar ou comum.



Afirma Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 157) que “a originalidade está para o desenho industrial como a inventividade está para a invenção.” Assim, considera-se primordial no desenho industrial o elemento originalidade. Como exemplo desse direito, tem-se: um designer dado a uma cadeira, a qual apresenta nova forma, ao invés de ter quatro pernas teria cinco, ou um lustre que apresentasse formas variadas.

Vêm-se bastante os desenhos industriais entre os artistas plásticos que participam de eventos que criam produtos para casas, escritórios e nos mais diversos locais, onde o seu produto possa aparecer.

2.4.3. Registro de Marca

Marca é o sinal distintivo aposto nos produtos ou serviços com a finalidade de diferenciá-los uns dos outros. O conceito de marca está previsto no artigo 122 da Lei 9.279/96: “são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”.

As marcas classificam-se como de produtos ou serviços; de certificação; e coletivas, podendo apresentarem-se na sociedade de forma excepcional como marca de alto renome e marca notoriamente conhecida. Cada uma dessas marcas será, detalhadamente, estudada no próximo capítulo.

Para que uma marca possa ser registrada, exige-se a novidade relativa que significa a identificação dos produtos ou serviços diante dos seus concorrentes, sabendo-se que, para isso, não é necessário que a marca seja totalmente nova, basta apenas que diferencie os produtos e serviços já existentes.

Outra exigência trazida pelo doutrinador Fábio Ulhoa (2006, p. 161) seria a não colidência com marca notória ou de alto renome, isto é, não pode o autor de uma marca querer registrar marca já existente, reproduzindo, imitando ou traduzindo a marca que pertence a outra pessoa. Esse requisito visa combater a pirataria, prática ilícita que vem se expandindo cada vez mais.

Por último, o desimpedimento, que trata da não vedação legal tratada pelo artigo 124 da

Lei 9.279/96, que traz, explicitamente, quais são as marcas que não podem ser registradas.

Atendendo aos três requisitos explanados, o proprietário de uma marca poderá registrá-la sem qualquer condição.

São exemplos de marcas: McDonald's, Coca-Cola, Goodyear, Brastemp, Bombril, Veja, INMETRO, entre outras.

2.4.4. Repressão à falsa indicação geográfica

Entende-se por indicações geográficas as indicações

relativas à procedência de certos produtos e serviços, como também as denominações de origem, as quais relacionam a existência dos produtos e serviços ao meio geográfico em que se encontram. Essas indicações de procedência e as denominações de origem estão definidos nos artigos 177 e 178 da Lei

9.279/96, abaixo transcritos:

Art.177 Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.

Art.178 Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.

Para que uma indicação geográfica possa ser registrada, faz-se necessário analisar os requisitos de qualidade dos produtos e serviços, sabendo-se que a falsa indicação geográfica tipifica-se como crime previsto nos artigos 192 a 194 da Lei 9.279/96.

Os exemplos mais citados de indicações geográficas estão relacionadas aos vinhos e às bebidas. Por exemplo, a indicação

geográfica Champagne, que é utilizada para indicar um tipo de vinho proveniente da região de Champagne, na França, ou a indicação Cognac, usada para aguardente destilada proveniente da região francesa de Cognac. (Academia Mundial da OMPI).

2.4.5. Repressão à falsa concorrência desleal

A concorrência desleal seria a forma desonesta de divulgar um bem imaterial daquele que se aproveita da existência de um bem já devidamente protegido por lei e registrado. Portanto, a concorrência desleal é um crime e não um direito garantido por lei, o que se garante ao proprietário do direito industrial é a repressão a essa concorrência.

Para isso, o artigo 195 da Lei 9.279/96 tipifica as ações cometidas pelos criminosos, as quais são passíveis de punição, com detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Art.195 Comete crime de concorrência desleal quem:

- publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;
- presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;
- emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
- [...]
- vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando

ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Diante dos possíveis crimes que podem ser cometidos a partir da concorrência desleal, pode-se concluir que não somente na lei infraconstitucional há a proibição dessa forma de concorrência, mas também a Constituição brasileira, em seu artigo 170, no capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica, admite a livre concorrência desde que seja de forma leal, não ferindo os direitos alheios.

2.5. Evolução Histórica da Proteção à Propriedade Industrial

Depois da explanação ora apresentada a respeito do surgimento, definição e características da Propriedade Intelectual, da divisão desta em Direito Industrial e Direito Autoral, das semelhanças e diferenças existentes nestes

episódios, passa-se a descrever a evolução histórica da proteção à Propriedade Industrial.

Cumprе enfatizar que a análise sobre esta evolução é parte essencial deste estudo. Por esta razão, foram usadas na interpretação deste assunto boa parte das idéias do doutrinador Gabriel Di Blasi, que trata com mais detalhes esta parte da pesquisa sem deixar também de citar os autores que, de alguma forma, contribuíram para a pesquisa.

2.5.1. Evolução em âmbito global

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que, na Antigüidade, as invenções, as criações artísticas e as descobertas não gozavam de qualquer proteção legal, haja vista a impossibilidade de se proteger um bem imaterial, o qual não fazia parte do patrimônio material do homem. Contudo, com o passar dos anos, o homem, ao sentir a necessidade de proteger o seu patrimônio, passou a criar métodos de proteção dos seus bens, fossem eles materiais ou imateriais.

Com o desenvolvimento da sociedade, passou-se a proteger os bens imateriais apenas contra as imitações indevidas e, excepcionalmente, protegiam-se os emblemas e brasões, pois estes, ao representarem uma pessoa, uma dinastia ou um reinado, tornavam-se mais fáceis de serem protegidos pelo fato de serem conhecidos entre a população.

Na Idade Média, surgem os primeiros casos de proteção, desde a metade do século XIV, os quais eram concedidos através de privilégios para a exploração de invenções, a industrialização de produtos na França, a exploração da “indústria da impressão” em Veneza, entre outros.

Com a evolução do Direito Industrial, durante a Idade Moderna, mais precisamente no século XVII, o sistema de concessão da proteção dos bens intelectuais é alvo de severas críticas, isto porque a proteção concedida dependia da vontade dos soberanos, que somente concediam privilégios de acordo com a importância do bem a ser protegido, isto é, se era um bem de interesse da sociedade, se tinha utilidade para a posterioridade e assim por diante.

Afirma Di Blasi (2005, p. 3) que, “em 1623, o Parlamento inglês submeteu ao rei, e este sancionou o Statute of Monopolies, o qual previa em seu texto legislativo a outorga de patentes para novas invenções, fixando em 14 anos, no máximo, o prazo de duração do privilégio”.

Nessa evolução, vai surgindo em outros continentes a concessão da proteção à propriedade industrial, que, a priori, se desenvolveu mais por conta das patentes que eram concedidas constantemente.

A partir disso, foram publicadas diversas leis no campo da propriedade industrial, principalmente nos Estados Unidos, Inglaterra e França, onde o desenvolvimento comercial e

industrial despontou mais cedo e com mais ênfase. Isso aconteceu por causa da Revolução Industrial, das transações existentes entre as colônias e as metrópoles e pelos incentivos à criação.

No restante do mundo, todavia, somente a partir da Idade Contemporânea é que surgiram as primeiras leis de proteção à Propriedade Industrial, as quais foram harmonizadas após sucessivos acordos bilaterais que acabaram resultando, inicialmente, na Convenção da União de Paris (CUP), assinada em 20 de março de 1883, por 11 Estados constituintes e que, em julho de 1995, já contava com 134 participantes. (DI BLASI, 2005, p. 61)

Essa Convenção teve o propósito de assegurar melhores condições de proteção à propriedade industrial, levando em conta o processo desenvolvimentista e as observações e recomendações das nações quanto aos aspectos econômicos e sociais, os quais influenciaram bastante no progresso do direito industrial.

Além da CUP, outras normatizações surgiram a fim de auxiliarem os proprietários dos bens industriais em questões que gerassem conflitos. A exemplo disso, pode-se citar o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), cujas origens se encontram na Convenção de Paris. O citado Acordo foi elaborado a partir do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), o qual, “até o fim



dos anos 80, pretendia solucionar empecilhos comerciais entre as nações, contudo sua atuação foi ampliada, com a inclusão do comércio de serviços”. (DI BLASI, 2005, p. 120)

Esses acordos buscavam unificar o entendimento de vários países em um único documento. Mesmo que novos entendimentos fossem surgindo, buscava-se atualizá-los e ampliá-los, para que fossem diminuídas as desavenças.

Destaca, ainda, Di Blasi (2005, p. 251) destaca que as principais diferenças existentes entre o TRIPs e os demais acordos relativos à propriedade intelectual são: “os mecanismos de solução de controvérsias, prevendo a possibilidade de aplicação de sanções comerciais; os mecanismos de revisão periódica de seu texto, incluindo o seu aperfeiçoamento; e sua abrangência de aplicação”.

O que se percebe do ensinamento desses conclaves é que a sociedade, em sua ânsia pela proteção aos direitos, busca cada vez mais garanti-los através de acordos, leis e tratados que possam dar-lhes o máximo de proteção possível e que, ao mesmo tempo, possa dirimir os possíveis conflitos existentes no que diz respeito aos bens imateriais.

2.5.2. Evolução no Brasil

A Propriedade Industrial, no Brasil, ganhou destaque desde 1971 com o desenvolvimento do processo industrial e

das relações comerciais do País com outras nações. Di Blasi (2005, p. 5), em sua obra doutrinária, alude à primeira notícia a respeito da outorga de privilégios sobre um invento criado por brasileiro:

No Brasil, a primeira notícia relativa à outorga de privilégios remonta ao ano de 1752 quando, pelo prazo de 10 anos, foi concedido um monopólio para exploração de “uma máquina para descascar arroz” ao seu inventor, proibindo a sua utilização por outros produtores.

Já em 1980, iniciou-se uma “discussão a respeito da expressa exclusão de privilégios às patentes em áreas como a farmacêutica, a química e a alimentícia, gerando muito frenesi no Congresso Nacional por causa das exigências norte-americanas para o reconhecimento de patentes para os produtos destas áreas.” (DI BLASI, 2005, p. 8)

Após alguns debates, foram instituídas leis mais específicas que tratavam das questões industriais no Brasil, e ainda mais no que tangia as questões farmacêuticas, químicas e alimentícias.

Conforme a transcrição acima, percebe-se que a concessão do monopólio para a exploração de “uma máquina para descascar arroz” foi a primeira notícia relativa à propriedade industrial a desencadear a série de legislações que viriam a

proteger os proprietários dos inventos industriais, gerando, na sociedade o espírito da evolução. (DI BLASI, 2005, p. 5)

Segundo Kleber Cavalcanti Stéfano (REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ano X, p. 38), “o Brasil foi o quarto país no mundo a tomar a iniciativa de utilizar mecanismos de proteção aos interesses e direitos de seus inventores”. Assim, o Brasil passa a disputar com outros países o direito à proteção pelos seus bens industriais, sabendo-se que não mais poderá haver utilização por parte de terceiros, de forma enganosa, da propriedade daqueles que inventaram, criaram ou melhoraram alguma coisa.

Dessa forma, surge a primeira providência em caráter oficial no campo da propriedade industrial, que objetivava estimular o progresso nacional nas áreas da indústria e do comércio, o Alvará do Príncipe Regente de 28 de abril de 1809, da qual se transcreve o texto abaixo: (DI BLASI, 2005, p. 6)

O objetivo deste Alvará é de promover a felicidade pública dos meus vassallos e ficam estabelecidos com esse desígnio princípios liberais para a prosperidade do Estado do Brasil, especialmente necessários para fomentar a agricultura, animar o comércio, adiantar a navegação e aumentar a povoação (...) Ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio e que, reconhecendo a verdade

do fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo de 14 anos, ficando obrigados a publicá-lo para que no fim deste prazo toda a Nação goze do fruto desta invenção.

Segundo Luiz Pimentel (1994, p. 121), “a Constituição Imperial de 1824, no seu artigo 179, XVI, manteve a proteção aos inventores, seguindo a mesma ordem estabelecida pelo Alvará de 1809”. Nesta Constituição, entre as garantias dos direitos dos cidadãos estava o privilégio exclusivo e temporário para os “proprietários” das invenções. Contudo, não se cogitava sobre as marcas, nem outras garantias e prerrogativas industriais na citada Constituição.

Em seguida, “a Constituição Republicana, de 1891, no seu artigo 72, §§25 e 27, renovou, na declaração de direitos dos cidadãos, a garantia da propriedade dos inventos, acrescentando a propriedade das marcas de fábrica.” (PIMENTEL, 1994, p. 122). Nesse aspecto, houve uma maior abrangência, no que tange a questão de quais objetos da Propriedade Industrial serão tratados pelas Constituições brasileiras, havendo uma integração das marcas nesse sentido.

Já “a Constituição Brasileira de 1934, no artigo 113, itens 18 e 19, segue a Constituição de 1891, estendendo as garantias ao nome comercial.” Contudo, “a Constituição de 1937 não fez em nenhum momento menção aos direitos dos inventores,

à propriedade das marcas e ao uso do nome comercial.” (PIMENTEL, 1994, p. 124)

Verifica-se, nesse apanhado, a regressão por parte do legislador em omitir a garantia aos direitos que já haviam sido conquistados pelos seus respectivos proprietários, deixando de expressá-los na primeira Constituição Republicana Autoritária, isso por conta do regime em que se vivia à época e por causa da política de interesses que rodeava o Brasil.

Depois de 9 anos sem qualquer dispositivo constitucional sobre a propriedade industrial, a Constituição de 1946, no artigo 141, §§17 e 18, restabeleceu o mesmo sistema das Constituições de 1891 e 1934. Enquanto “a Constituição de 1967 manteve as garantias anteriores, extinguindo apenas a hipótese de indenização pela vulgarização dos inventos”. No mesmo ano é também publicado o Decreto-Lei nº 254, de 28 de fevereiro de 1967, referente à propriedade industrial. (PIMENTEL, 1994, p. 125)

Posteriormente, a Constituição de 1969, manteve a proteção aos direitos industriais de acordo com as constituições anteriores. No mesmo ano é publicado o Decreto-Lei nº 1.005 de 21 de outubro de 1969, considerado o primeiro Código de Propriedade Industrial. Em 21 de dezembro de 1971, promulgase a Lei nº 5.772, considerado o Código da Propriedade Industrial que revogou o anterior. Em seguida vem o Decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975, promulgando a Convenção de Paris para

a Proteção da Propriedade Industrial. (DI BLASI, 2005, p. 7)

Na seqüência das normas, vêm os Decretos nº 76.472, de 17 de outubro de 1975, promulgando o Acordo sobre a Classificação Internacional de Patente, e o Decreto nº 81.742, de 31 de maio de 1978, promulgando o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes – PAT. (DI BLASI, 2005, p. 7)

Em relação à matéria constitucional, é promulgada, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, em cujo artigo 5º, XXVII a XXIX, assegura aos autores dos bens imateriais passíveis de propriedade todos os seus direitos.

Na seara infraconstitucional, são promulgadas e regulamentadas ainda diversas leis, tais como: Decreto nº 635, de 21 de agosto de 1992; o Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994; a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, atualmente é a lei aplicada no Brasil no que se refere à propriedade industrial; o Decreto nº 2.553, de 16 de abril de 1998; o Decreto nº 3.201, de 6 de outubro de 1999; a Lei 10.196, de 14 de fevereiro de 2001; a Lei nº 10.603, de 17 de dezembro de 2002 e o Decreto nº 4.830, de 4 de setembro de 2003.

Destarte, pode-se concluir que, ao longo dos anos, várias legislações surgiram com o escopo de assegurar aos proprietários dos bens industriais os seus direitos e garantir a devida proteção diante do seu direito de propriedade.

2.6. Princípios relacionados à Propriedade Industrial

O presente item busca apresentar os princípios que estão relacionados à Propriedade Industrial, explicando-os de forma clara e sucinta, com vista ao entendimento deles na amplitude do Direito. Em virtude de tais princípios não se encontrarem descritos nos livros, explicitamente, recorrer-se-á a interpretações, a fim de defini-los mais claramente.

O princípios são considerados fontes do Direito, por meio das quais as regras se exteriorizam. Em outras palavras, o princípio é o norteador do direito.

Segundo José de Albuquerque Rocha (2002, p. 62) “o ordenamento jurídico brasileiro considera como formas de expressão do direito a lei, a analogia, o costume, os princípios gerais do Direito, a doutrina e a jurisprudência”. Os Princípios gerais do Direito, assim como as leis buscam auxiliar o aplicador do Direito, na solução de possíveis conflitos e na ampliação do estudo sobre a matéria ora tratada.

Muito embora não estejam explícitos no ordenamento jurídico, os princípios são amplamente aplicados em razão da relevância que possuem na sociedade e visto que “eles consistem na manifestação do próprio espírito de uma legislação” (ACQUAVIVA, 1998, p. 1013). Essa mesma esteira interpretativa também se mostra nítida na Lei de Introdução ao Código Civil

Brasileiro, em cujo artigo 4º está previsto que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Destarte, tem-se como base de apoio para o ordenamento jurídico, além da lei, a analogia, isto é, a aplicação, de forma comparativa, de decisões já tomadas em outros momentos; os costumes, que são as vivências da sociedade, aquilo que praticam de forma contínua durante certo período; e os princípios gerais do direito, conforme explicados anteriormente.

Os princípios que norteiam o Direito Industrial também possuem essa mesma aplicabilidade na solução de conflitos porventura surgidos na referida área. A partir deste ponto, tais princípios serão estudados, mostrando-se a utilização deles na sociedade.

A priori, faz-se menção ao Princípio básico que rege todo o ordenamento jurídico que se utilize de leis para regular as suas querelas, qual seja, o Princípio da Legalidade.

Esse princípio declara que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988). Aplica-se, portanto, à Propriedade Industrial na questão da utilização da Constituição e das leis infraconstitucionais, como meio de orientação legal, a fim de facilitar o exercício do direito pelo proprietário e a aplicação destas leis pelo julgador. (ACQUAVIVA, 1998, p.1012)

Logo, esse princípio surge na sociedade de forma

explícita, constante na Lei Maior, a Constituição Federal do Brasil, e, por conseguinte, na Lei da Propriedade Industrial no artigo 1º, na qual está previsto que esta Lei regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

O Princípio da Temporariedade diz respeito ao tempo de exercício do direito daquele proprietário, haja vista que, nos artigos da lei que regula os direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/96, estão dispostos os prazos para a vigência deste direito, havendo a possibilidade de prorrogações.

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

[...]

Art. 108. O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada. § 1º O pedido de prorrogação deverá ser formulado durante o último ano de vigência do registro, instruído

com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição. § 2º Se o pedido de prorrogação não tiver sido formulado até o termo final da vigência do registro, o titular poderá fazê-lo nos 180 (cento e oitenta) dias subsequentes, mediante o pagamento de retribuição adicional.[...]

Em relação ao acima transcrito, destaca Gabriel Di Blasi (2005, p. 28) sobre esse Princípio, de forma bem sucinta e clara, o seguinte:

O direito outorgado a um inventor, o qual garante o poder deste sobre a invenção, fica condicionado a um prazo determinado pela lei. Vencido o prazo, o direito à propriedade é retirado, caindo em domínio público o objeto da invenção.

Desse modo, pode-se dizer que o exercício dos direitos sobre a propriedade industrial exige o cumprimento de determinado prazo, e caso o proprietário desses direitos queira exercê-los por mais tempo terá ele de renovar o prazo por meio de requerimento ao órgão competente, no caso o INPI.

Encontra-se também relacionado ao Direito Industrial o Princípio da Reciprocidade, o qual está previsto no artigo 2º da Convenção da União de Paris, que estabelece que as ordens estrangeiras devam dar o mesmo tratamento previsto em lei do país de origem. (DI BLASI, 2005, p. 30)

CONVENÇÃO DE PARIS PARA PROTEÇÃO DA
PROPRIEDADE
INDUSTRIAL

Artigo 2

1) Os nacionais de cada um dos países da União gozarão em todos os outros países da União, no que se refere à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as leis respectivas concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, sem prejuízo dos direitos especialmente previstos na presente Convenção. Em consequência, terão a mesma proteção que estes e os mesmos recursos legais contra qualquer atentado dos seus direitos, desde que observem as condições e formalidades impostas aos nacionais.

[...]

3) Ressalvam-se expressamente as disposições da legislação de cada um dos países da União relativas ao processo judicial e administrativo e à competência, bem como à escolha de domicílio ou à designação de mandatário, eventualmente exigidas pelas leis de propriedade industrial.

Por esse princípio entende-se que os países participantes da União de Paris deverão aplicar aos seus nacionais e aos estrangeiros que lá estejam os direitos garantidos no Tratado,

isto é, todos, nacionais e estrangeiros, deverão ser tratados de forma igualitária.

Outro princípio muito importante é o da Repressão à Concorrência Desleal, o qual se encontra relacionado a todos os bens protegidos pela Propriedade Industrial, quais sejam: as invenções, as marcas, os desenhos industriais e as indicações geográficas.

Tal princípio “objetiva reprimir ou atacar frontalmente os atos de concorrência contrários aos usos éticos e honrados em matéria de indústria ou de comércio” (DI BLASI, 2005, p. 30). Por meio da Repressão à Concorrência Desleal se consegue garantir a proteção ao bem industrial, evitando que terceiros venham a auferir lucros ou obter vantagens indevidas utilizando-se de um bem que não lhe pertence ou que não lhe foi concedida a utilização pelo proprietário.

Apreende-se também do direito industrial o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e este momento é suscitado quando há infração a direito garantido na Constituição Federal do Brasil, sabendo-se que está disposto no artigo 1º, no título dos princípios fundamentais, o seguinte mandamento:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III - a



dignidade da pessoa humana;

Esse princípio fundamental, previsto no artigo 1º da Carta Magna Brasileira é considerado por muitos o principal fundamento constitucional. A respeito disso, destaca Marcelo Novelino Camargo (apud CASTRO, 1999, p. 103 – 114; LARENZ, 1993, p. 53; BENDA et al., 2001, p.

121; 2007, p.137):

Assim pode-se dizer, que a dignidade da pessoa humana é uma das mais destacadas diretrizes hermenêuticas, cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento. Não apenas por ser um dos fundamentos do nosso Estado, mas, sobretudo, por ser considerado um valor primordial, fonte direta e indireta de diversos direitos. Mesmo quando desnecessário o desenvolvimento deste princípio por ser possível recorrer a um direito fundamental específico, ainda assim dever-se-á levá-lo em conta como parâmetro valorativo.

A Dignidade da Pessoa Humana é levada em consideração quando se quer proteger direito garantido por lei e este é violado, fazendo com que o proprietário desse direito se sinta lesionado e, portanto, necessitando de amparo principiológico e legal. É por isso que esse princípio auxilia o homem no exercício dos

seus direitos.

Por fim, é sabido que “a propriedade, propriamente dita, exerce uma função social perante a sociedade, de modo que ou o seu proprietário a explora e a mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, ou ela não se justifica”. (DI PIETRO, 2004, p. 122)

Como apontado, infere-se da descrição que o Princípio que ora se traduz diz respeito ao Interesse Público sobre o Privado, pois “o proprietário de um bem imaterial pertencente à Propriedade Industrial, além de pensar no benefício próprio, tem de promover os benefícios à sociedade também”. (DI BLASI, 2005, p. 28)

Logo, o que se percebe é que a existência de uma propriedade está condicionada à destinação que lhe será dada, sabendo-se que o proprietário de um bem não pode usufruí-lo pensando apenas em si mesmo. Deve, antes de tudo, o proprietário de um bem industrial ou mesmo de uma propriedade qualquer, material ou imaterial, pensar também no benefício que será promovido à sociedade, no progresso que o comércio, a indústria e os serviços alcançarão depois da utilização dessa propriedade.

Neste capítulo, foram dispostos os princípios que regem a Propriedade Industrial, observando que esta parte da Propriedade Intelectual tem apresentado grande evolução na sociedade, oferecendo à população garantias e formas de



proteção dos seus direitos.

3. DAS MARCAS

Este capítulo explicará a evolução histórica das marcas, assim como as funções que estas exercem na sociedade, apresentando, concomitantemente, os conceitos doutrinários e legais desse objeto da Propriedade Industrial que ora se estuda.

Em seguida, passa-se a classificar as marcas de acordo com a sua natureza e forma, apresentando-se também os casos excepcionais de marcas, que são as marcas de alto renome e as notoriamente conhecidas.

Por fim, analisa-se o procedimento do registro das marcas de produtos e serviços, buscando realizar a diferença entre o procedimento realizado em outros tipos de marcas. Neste mesmo tópico são explanados os requisitos que devem ser atendidos para que se consiga registrar uma marca.

3.1. Evolução histórica das marcas e suas funções no Ordenamento Jurídico brasileiro

Inicialmente, é de suma importância entender o processo de formação das marcas, isto é, como surgiram e se desenvolveram na sociedade. Sabe-se que elas assumiram papel relevante na divulgação de produtos e serviços, atrelando aos mesmos qualidade, preço, durabilidade e resistência, elementos

essenciais que são analisados pelo consumidor no momento da aquisição daqueles.

Desde os primórdios, o homem já se utilizava das marcas, contudo não sabia ele identificá-la, passando, pois, muitos anos para descobri-las. Afirma Kleber Cavalcanti Stéfano (apud SOARES, 1988, p. 7) que a marca surgiu no ato de sua criação pelo Divino, já que as impressões digitais nada mais representam senão as marcas “deixadas pelas polpas dos dedos e pelas quais se podem identificar os indivíduos”, sem que se possa reproduzi-las, alterá-las ou delas se dispor.

Foi neste sentido que as marcas se desenvolveram, sem que fossem identificadas pelo homem, que somente anos mais tarde foi perceber o seu poder de deixar marcas por onde passava.

Em seguida, passou-se a “identificar o homem não somente pelo nome, mas através do nome e do seu local de origem, o qual o identificava, e assim marcava a sua passagem por determinado local”. Dessa forma, cita-se Demócrito de Éfeso, José de Arimatéia e Tales de Mileto como exemplos do acima exposto. (STÉFANO, 2005, p. 64)

Outro posicionamento, não menos importante, é trazido por Gabriel Di Blasi, o qual afirma que “desde a mais remota Antiguidade, os sinais eram utilizados especialmente na China para indicar a proveniência das mercadorias”, e que também “na Grécia e Roma antigas, era comum que ânforas e vasos



fossem assinalados, a fim de se ter a indicação da procedência do azeite e vinho que continham”. (DI BLASI, 2005, p. 331)

Destarte, “as marcas ganharam maior notoriedade com a sua aplicação nos brasões, flâmulas, bandeiras e outros panos que eram pintados e decorados para identificar exércitos, povoados e impérios em meio às milhares de guerras que se sucederam pelo mundo”. (STÉFANO, 2005, p.64)

Logo em seguida, os produtos que ganharam um maior refinamento e que passaram a se desenvolver na sociedade, tais como: “a cerâmica, os potes, jarros, vasos, pratos e outros objetos, necessitavam também da marca, a qual servia principalmente para indicar a origem e procedência destes objetos”. (STÉFANO, 2005, p.64)

Durante o “período da Idade Média”, com as Corporações de Ofício, a marca passou a ser vista da forma como é atualmente, haja vista que “neste período da história já havia preocupações com os padrões de qualidade do produto e, principalmente, com a proteção do consumidor”. (STÉFANO, 2005, p. 64)

Sendo assim, juntamente com a evolução da sociedade, evoluem as técnicas e os instrumentos de produção em larga escala, os quais garantem uma maior quantidade de produtos e serviços para a população. Logo, passam as marcas a ultrapassar as barreiras internas de aplicabilidade e alcançam a projeção extraterritorial, carecendo, assim, de registro e de regulamentação impessoal.

Em relação ao conceito de marca, é sabido que a palavra marca se originou do alemão marka, de acordo com o dicionário da Língua Portuguesa Larousse. Dentre as várias definições que são apresentadas ao vocábulo no Dicionário a que mais se adapta tema ora analisado é o seguinte: “Nome, desenho, etiqueta ou símbolo que indica uma empresa ou produto”.

(LAROUSSE, 2004, p.487)

Contudo, esta é uma definição bastante genérica, a qual não apresenta nenhuma relação jurídica quanto à aplicação deste direito na sociedade. É por este motivo que se passam a expor os conceitos elaborados pelos doutrinadores do Direito.

Pode-se observar, neste caso, a definição de Newton Silveira (1996, p.16) “Todo nome ou sinal hábil para ser apostado a uma mercadoria ou produto ou a indicar determinada prestação de serviços e estabelecer entre o consumidor ou o usuário e a mercadoria, produto ou serviço uma identificação constitui marca”.

Para Silveira, a natureza da marca decorre de sua finalidade, qual seja, a de identificar o produto ou serviço que se está consumindo. Assim, o que não tiver característica de marca não pode ser registrada como tal.

Desse modo, “o nome do próprio produto ou outros nomes ou sinais que, genérica e usualmente, são empregados em relação ao produto ou serviço sem com isso implicar distinção entre uns e outros da mesma espécie e gênero, não



podem ser considerados como marca”. (SILVEIRA, 1996, p.17)

No entanto, “a marca aplicada ao produto passou a assumir uma importância tão grande na sua comercialização que, em casos extremos, converteu-se em sinônimo do próprio produto”: Gillete, como lâmina de barbear; Xérox, como fotocópia; Bombril, como palha de aço; Maisena, como massa de amido; Nescau, como chocolate em pó, entre outros. (DI BLASI, 2005, p. 331)

Entre outras definições apresenta-se a de Walter Mujalli (1997, p. 67) “A marca é o sinal ou expressão exterior da propriedade da empresa, que se presta a individualizar o produto, o serviço, da sociedade seja ela individual, ou de grande porte econômico com o seu nome comercial”.

O que se percebe no conceito de Mujalli é uma maior ligação da marca à empresa, como se a marca aposta ao produto fosse parte essencial ao nome da empresa.

Já o conceito trazido por Irineu Strenger (2004, p. 24) é mais específico, sendo apresentada uma relação entre empresário, produto ou serviço e consumidor:

Tradicionalmente se tem considerado as marcas como o meio pelo qual o empresário podia diferenciar seus produtos ou seus serviços dos competidores, diante do público consumidor, o qual poderia, assim, obter garantia de procedência, qualidade e características do produto.

Enquanto isso, Gabriel Di Blasi (2005, p.30) apresenta um conceito mais conciso, porém não menos didático “A marca pode ser entendida como um sinal gráfico escrito ou simbolizado, que serve para distinguir um produto, um artigo ou um serviço de outros congêneres e similares”.

Em vista das diversas formas de conceituação das marcas, no intuito de garantir sua melhor identificação em nossa ordem jurídica, conclui-se esta primeira fase com a tentativa de uma conceituação própria.

A Marca é o sinal gráfico escrito ou simbolizado hábil, que pode ser apostado a um produto ou ser utilizado como um elemento de identificação da prestação de um determinado serviço, que tem a finalidade de identificá-los e distingui-los dos similares diante do público consumidor, garantindo-lhe procedência, qualidade e características do produto ou serviço, surgindo daí a fidelização.

Em relação às funções exercidas pelas marcas no ordenamento jurídico brasileiro citam-se três funções, quais sejam a econômica, a social e a de direito, na qual se encontra incluída a função punitiva.

A função econômica que a marca exerce em prol do titular da marca, dá-se através da fidelização dos seus produtos e serviços, tornando permanente e crescente a obtenção de lucros.

Para confirmar o que fora exposto, Gabriel Di Blasi (2005,

p. 30) demonstra que:

nos países menos industrializados, os consumidores preferem as marcas dos países mais industrializados, isto acontece a partir da pressuposição de que estas marcas envolvam produtos de melhor qualidade e também os efeitos de maciça propaganda nos meios de comunicação que contribuem para a captação de clientela.

Sendo assim, os titulares das marcas, ao investirem na qualidade do produto e da prestação de serviço em matéria propagandista, buscam, conseqüentemente, grandes lucros.

No que diz respeito à função social da marca, ela está relacionada ao público consumidor e às outras pessoas que, direta ou indiretamente, tenham ligação com a marca, pois, neste sentido, a marca tem a finalidade de evitar que estas pessoas sejam induzidas a erro, passando a adquirir um produto ou serviço na confiança em que determinada marca venha a inspirar ou tenha prejuízos quando esta marca venha a ser registrada.

Demonstrando na legislação a aplicação dessa função, o legislador tratou da proibição do registro das marcas que trouxesse qualquer prejuízo à sociedade como um todo, seja consumidor ou não de determinada marca, havendo a previsão legal no art. 124 da Lei 9.279/96, a conhecida Lei da Propriedade

Industrial. (2007, p.1069)

Art. 124. Não são registráveis como marca:

- brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação;
- letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;
- expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração;
- designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público;
- reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;
- sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo



- quando revestidos de suficiente forma distintiva;
- sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda;
 - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo;
 - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica;
 - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina;
 - reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza;
 - reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154;
 - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;
 - reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, ou de país;
 - nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com

- consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;
- pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;
- obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular;
- termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir;
- reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;
- dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva;
- a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico;
- objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro; e XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular

seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia.

Finalmente, a marca apresenta a sua função de direito, aquela que gera segurança jurídica para aqueles que a criam e que precisam instrumentar suas atividades através da utilização de uma marca, considerando-se a função punitiva como uma espécie da função de direito, a qual exerce em favor do titular da marca o combate à concorrência desleal.

Pode-se afirmar que essa função “proporciona ao seu titular o direito através de medidas administrativas e judiciais, de agir contra o seu uso indevido, ou não-autorizado, por parte de concorrentes desleais”. (DI BLASI, 2005, p.332-333)

Assim, a marca atua na sociedade de forma a garantir os deveres e os direitos do seu titular, atua também na proteção ao consumidor e às pessoas que, possivelmente, venham a se relacionar com tal marca, e ainda promove o desenvolvimento do país quando há a obtenção de lucros pelo titular da marca.

3.2. Classificação das marcas

A priori, faz-se necessário apresentar a classificação das

marcas que era aplicada no Brasil antes da atual classificação que hoje se utiliza.

A antiga classificação dividia os artigos, os produtos e serviços apenas em classes, orientando os proprietários das marcas a registrá-las apenas naquela classe na qual o seu produto ou serviço estivessem relacionados.

Quanto a isso, afirma Di Blasi (2005, p. 349-350) que o objetivo dessa classificação era funcionar como um guia para a preparação do pedido do registro, havendo, portanto, a aplicação do princípio da Especialidade das marcas, o qual estabelecia que o interessado só pudesse requerer registro de marca para atividade por ele exercida.

Contudo, o citado princípio não vigorou por muito tempo. Isso aconteceu por causa da globalização do mercado internacional que proporcionou a divulgação dos produtos e serviços, ampliando também a área de atuação dessas marcas, garantindo aos seus proprietários o registro com o mesmo nome, desde que em classes distintas.

Logo, percebe-se que a antiga classificação brasileira tinha um propósito maior de simplificar o trabalho de busca de anterioridades, pois quando se quisesse registrar um produto de limpeza, buscar-se-iam apenas os pedidos de registros depositados anteriormente somente nesta classe.

Atualmente, as marcas podem ser classificadas quanto à sua natureza; quanto à sua forma de apresentação e podem,



ainda, aparecer de forma excepcional, atendendo a determinadas condições.

3.2.1. Quanto à Natureza

Cita-se o artigo 123 da Lei 9.279/96, o qual define a primeira classificação que será estudada, que diz respeito à natureza das marcas.

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

- marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;
- marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e
- marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

Desse modo, passa-se a apresentar a marca de produto ou de serviço, que também é conhecida como marca de indústria e comércio e de serviços. Em seguida comenta-se a respeito da marca de certificação e, por último, sobre a marca coletiva.

3.2.1.1. Marca de Produto ou Serviço

As marcas de indústria e de comércio ou marcas de produto, no entendimento de Newton Silveira (1996, p. 25), “atuam quando a mercadoria circula, unicamente, com a marca do responsável pela fabricação do produto”, sabendo-se que aquele que ia comercializar o produto pode também colocar a sua marca sem desprezar a marca de indústria, isto é, do fabricante. Como exemplo da marca de produto, cita-se: ANNE – marca de roupa; KAISER – marca de cerveja; MERCEDES – marca de automóvel.

As marcas de serviços servem para distinguir a prestação de um serviço de um outro qualquer, semelhante ou afim, garantindo assim ao público consumidor a possibilidade de reclamar ou elogiar o prestador de serviço, mesmo que a execução deste seja delegada a terceiros. São exemplos disso: TELEMAR – marca de serviço de telefonia; GOL LINHAS ÁREAS – marca de serviço de transporte; BRADESCO – marca de serviço de negócios financeiros e seguros.

Pode-se perceber que as marcas de produto ou serviços são atualmente as marcas que têm mais destaque na sociedade, haja vista a sua maior divulgação perante o público consumidor, o qual, diariamente, consome produtos ou se utiliza de serviços de marca. Em razão do desconhecimento dos outros tipos de marcas, que guardam uma finalidade bem mais específica no que concerne à exploração, a sociedade divulga e utiliza com mais frequência as marcas de produtos e serviços.

3.2.1.2. Marca de Certificação

Tem-se, ainda, outro tipo de marca que se apresenta na sociedade que é a marca de certificação ou marca de qualidade, a qual busca garantir ao consumidor que determinado produto ou serviço está de acordo com as normas legais, haja vista produtos e serviços passarem por vários testes e análises para que somente assim venham a receber a marca de certificação.

É interessante ressaltar que a marca de certificação não existe para atestar os interesses individuais dos produtores ou comerciantes que dela necessitem. Essas marcas buscam proteger o interesse da coletividade, garantindo à população um produto ou serviço de qualidade, nos quais esteja sendo empregada a metodologia correta em seu fabrico e que o material utilizado também seja o correto.

Sendo assim, consideram-se marcas de certificação as seguintes: INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial; ISO - International Organization for Standardization; PROCEL - Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica.

3.2.1.3 Marca Coletiva

Já a marca coletiva, outra espécie de marca nesta categoria, refere-se à identificação dos produtos ou serviços que provêm

de membros de uma determinada entidade. No tocante a isso, afirma Di Blasi (2005, p. 363) que as marcas coletivas mais frequentes são as provindas de sindicatos e cooperativas. São exemplos: ABIC – Associação Brasileira da Indústria de Café;

Zona Franca de Manaus; CAPEBE – Cooperativa Agropecuária de Boa Esperança.

Segundo o doutrinador Irineu Strenger (1996, p.29), as marcas coletivas

servem especialmente para arbitrar proteção de registro para as chamadas denominações de origem, isto é aqueles nomes geográficos com os quais se designam produtos conhecidos, como fabricados, elaborados, colhidos ou extraídos em determinado lugar e que reúnem determinadas características de qualidade, nomes que sem pertecer com exclusividade a qualquer industrial, podem ser usados por quantos se ajustem às normas e regulamento para esse efeito estabelecidas, com o fim de garantir emprego adequado e próprio, que mantenha o valor e o prestígio alcançados por tal denominação.

Destarte, conclui-se que, ao se adquirir um produto que possui uma marca coletiva, haverá para o produtor grandes lucros, haja vista que nasce daí uma vinculação que a sociedade acaba gerando quando da aquisição de produtos, instigando no



consumidor a fidelização a uma determinada marca coletiva.

O exemplo que se pode citar é referente à aquisição de um eletrodoméstico proveniente da Zona Franca de Manaus, e outro proveniente da cidade de Quiterianópolis, no interior do Estado do Ceará, fazendo-se aqui referência ao local de fabricação, e não simplesmente de comercialização.

3.2.2. Quanto à Forma

Após a explanação da classificação das marcas quanto à sua natureza, apresentam-se agora as marcas quanto à forma, isto é, quanto à forma de apresentação ao público, seja em relação aos produtos ou aos serviços.

No entanto, percebe-se que essa classificação não está explícita na Lei 9.279/96 e que, portanto, essa classificação baseia-se no estudo dos doutrinadores.

3.2.2.1. Marca Nominativa

O primeiro tipo de marca que se aborda é a nominativa, a qual, no entender de Gabriel Di Blasi (2005, p. 357-358), é:

aquela representada por inscrições convencionais no mundo ocidental, caracterizadas por letras latinas e algarismos arábicos ou romanos, os quais permitem a combinação de palavras, ou formem uma única

palavra, capazes de serem lidas e enunciadas fluentemente, mesmo que formem nomes de fantasia (marcas de fantasia), isto é nomes ou palavras que não constem do vernáculo.

Dessa forma, apresentam-se como exemplos as seguintes marcas: Nestlé, Betânia, Ellu's, Dior, entre outras.

3.2.2.2. Marca Figurativa

O segundo tipo de marca chama-se figurativa, e ela se “apresenta aos consumidores na forma de desenhos ou na combinação de figuras ou símbolos gráficos, podendo, ainda, aparecerem letras, palavras ou números nesta marca, desde que se apresentem de modo fantasioso ou decorativo”, assim esclarece Gabriel Di Blasi. (2005, p. 358)

São exemplos de marcas figurativas: o M diferenciado do Mc' Donalds; o símbolo da Nike; as argolas olímpicas da marca Olimpikus; as letras V e W entrelaçadas formando a marca Volkswagen, entre outros.

3.2.2.3. Marca Mista

Considera-se marca mista aquela que apresenta as características da marca nominativa e figurativa concomitantemente, não podendo ser ela enquadrada



separadamente nessas duas categorias.

Segundo Marcelo Taddei, esse tipo de marca constitui-se também de palavras escritas com letras especiais ou que são inseridas em logotipos, tais como: Coca-Cola, Skol, Shell e outras. (REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ano X, p. 28)

3.2.2.4. Marca Tridimensional

A marca tridimensional é aquela que apresenta uma forma especial não funcional e incomum, a qual se relaciona diretamente ao produto ou ao seu recipiente, objetivando identificar diretamente o produto.

Contudo, faz-se necessário explicar que essa forma de marca não se confunde com o desenho industrial, o qual já fora anteriormente explanado. A diferença que se aponta é a questão da originalidade relacionada ao desenho industrial, que é aposta ao produto de forma a apresentar novo desing, enquanto a marca tridimensional tem o intuito apenas de identificar o seu produto de forma a fidelizar o consumidor, não importa o tempo que passar.

Exemplos de marcas tridimensionais são a tampa da caneta BIC, a seta da caneta PARKER, a garrafa da Coca-Cola, entre outras.

3.2.3. Casos Excepcionais

São considerados casos excepcionais as marcas de Alto Renome, antigamente denominadas de Notória e as Marcas Notoriamente Conhecidas.

3.2.3.1. Marca de Alto Renome

As marcas de alto renome são aquelas fortemente conhecidas no Brasil, em toda a sua extensão territorial, sabendo-se que, em razão do seu conhecimento e de estarem registradas em pelo menos uma classe, possuem proteção em todas as classes de atividades, independentemente de registro nessas demais classes.

Porém as marcas de alto renome não possuem proteção mundial. Sua proteção é apenas nacional, conforme explicita o artigo 125 da Lei da Propriedade Industrial “à marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade”.

A “proteção especial” a que se refere o artigo supracitado deverá ser requerida ao INPI pela via incidental como matéria de defesa, quando houver oposição a pedido de registro de marca de terceiro ou do processo administrativo de nulidade de registro de marca de terceiro, conforme expõe o artigo 1º da

Resolução do INPI nº 110/04, de 27 de janeiro de 2004.

Afirma ainda Gabriel Di Blasi (2005, p. 361) que “a marca de alto renome não pode ser aplicada a outro produto, artigo ou serviço, qualquer que seja a classe, haja vista que a reprodução por outra pessoa de marca que induza o consumidor à confusão deve ser impedida”.

Nesse sentido, no ano de 2007, teve-se notícia de um caso em que a Marca GOL, com a mesma escrita e cor, passou a ser utilizada no estado do Maranhão para a identificação de um tipo de arroz. Em decorrência disso, as pessoas acabaram por proceder consideráveis aquisições, em razão de pensarem tratar da mesma pessoa jurídica que explora a atividade aérea, gerando, portanto, ao consumidor certa confusão.

Podem ser citadas como marcas de alto renome as seguintes marcas: Natura, Longa Vida, Bombril, e outras.

3.2.3.2. Marca Notoriamente Conhecida

Diferentemente das marcas de alto renome, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece especial proteção às marcas notoriamente conhecidas, haja vista que, independentemente, de registro perante o INPI em território nacional, isto é, brasileiro, este tipo de marca está legalmente protegido. Por vezes, a marca notoriamente conhecida possui proteção territorial internacional, dependendo da estruturação

do ordenamento de cada país, alcançando dessa forma os países signatários da União de Paris.

Vale ressaltar, contudo, que a mencionada proteção é restrita à respectiva classe de serviço e produto em que a marca encontra notoriedade. Sabendo-se, então, que tal proteção não é absoluta.

Acrescenta Gabriel Di Blasi (2005, p.361) que à marca não registrada no Brasil, com notoriedade não só no seu ramo de atividade, mas em todos os ramos, será aplicado o disposto no artigo 125 da Lei da Propriedade Industrial, referente às marcas de alto renome, por analogia.

Outra semelhança que se percebe entre essas duas marcas é a proteção concebida ao proprietário de cada uma delas, pois, nos dois tipos de marca, não há iniciativa da parte, isto é, oposição, podendo ser determinada de ofício pelo INPI, ao justificar o indeferimento de concessão do registro, de acordo com o disposto no artigo 126, §2º da Lei 9.279/96.

Art. 126. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º bis (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

[...]

§ 2º O INPI poderá indeferir de ofício pedido de



registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida.

São consideradas marcas notoriamente conhecidas: Coca-Cola, Pirelli, McDonald's, Moça (Nestlé), entre outras.

3.3. O Procedimento do Registro das Marcas de Produtos e Serviços

Iniciando o estudo que ora será realizado relativamente ao registro da marca, Marcelo Taddei (REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ANO X, p. 28) apresenta de forma genérica os requisitos exigidos pelo INPI para que uma marca seja registrada, quais sejam: a novidade relativa; a não-colidência com marca registrada ou marca notória; e o desimpedimento.

A novidade relativa diz respeito apenas à aplicação, pela primeira vez, do termo que se quer registrar. Não precisa que seja uma palavra ou signo totalmente desconhecido, é necessário que o titular tenha a criatividade de nomear um produto ou serviço com um nome que ninguém esteja utilizando, pelo menos na classe em que pretende registrar a sua marca.

O requisito da não-colidência com marca registrada ou marca notória se refere ao fato de que a marca que pretende ser registrada não pode reproduzir no todo ou em parte ou imitar marca já devidamente registrada ou que seja notoriamente

conhecida, causando desta forma confusão para o consumidor que possa ser facilmente enganado.

Já o desimpedimento trata das proibições legais apontadas no artigo 124 da Lei 9.279/96, o qual elenca taxativamente quais os signos não podem ser registrados como marca.

A questão que envolve o registro das marcas gira em torno de quais marcas poderão legalmente ser registradas, sabendo-se que há, na Lei da Propriedade Industrial, proibições explícitas relacionadas a esta registrabilidade.

Em momento anterior, já fora transcrito o artigo 124 da Lei 9.279/96, o qual traz em seu bojo estas proibições legais ditas pelo artigo 122 da mesma Lei, que ora se transcreve, “são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”.

Dessa forma, não havendo nenhuma proibição legal relativa à marca que se quer registrar, procede-se à busca de anterioridades perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), primeiro passo a ser tomado quando se pretende registrar uma marca.

Contudo, conforme afirma o doutrinador Gabriel Di Blasi, (2005, p. 367) essa busca de anterioridades é uma faculdade conferida ao possível proprietário de uma marca. Assim acrescenta o autor:

Essa busca consiste em listagem de casos anteriores



iguais ou semelhantes em uma mesma classe e/ou afins, para realização de uma pré-avaliação das chances ou possibilidades de a marca vir a ser registrada. Ou seja, se for encontrada alguma ou algumas marcas idênticas ou semelhantes àquela pretendida, o pedido de registro, a princípio, não deverá ser depositado no INPI.

Segundo Newton Silveira (1996, p.29), “a função do registro é garantir o uso da marca, pois o registro sem uso é mero privilégio”, isto é, caso não haja exploração da marca que fora registrada, a marca não atingirá o seu fim maior que seria a distinção entre outras marcas já existentes na sociedade.

Logo após a análise dessa busca de anterioridades, vem o depósito desse pedido realizado através de requerimento, o qual será protocolado no órgão competente, no caso, o INPI, onde constará um número e a correspondente data do depósito.

Em seguida, são apresentadas as etiquetas, se necessário for, juntamente com o comprovante de pagamento, retribuição governamental exigida para a concessão do registro.

De acordo com o artigo 155 da Lei 9.279/96, basicamente são três requisitos exigidos no momento do depósito, quais sejam: o requerimento, devidamente preenchido; as etiquetas, quando for o caso e o comprovante de pagamento da retribuição relativa ao depósito.

Porém, em alguns casos excepcionais, como no caso das

marcas coletivas e de certificação, há a exigência da apresentação do regulamento de utilização, para as marcas coletivas, o qual dispõe sobre as condições e as proibições de uso da marca, e para as marcas de certificação exige-se a descrição minuciosa das condições de certificação, tais como as características do produto ou serviço objeto de certificação e as medidas de controle que serão adotadas pelo titular da marca, estando previstas estas exigências nos artigos 147 e 148 da Lei 9.279/96:

Art. 147. O pedido de registro de marca coletiva conterá regulamento de utilização, dispondo sobre condições e proibições de uso da marca.

Parágrafo único. O regulamento de utilização, quando não acompanhar o pedido, deverá ser protocolizado no prazo de 60 (sessenta) dias do depósito, sob pena de arquivamento definitivo do pedido.

Art. 148. O pedido de registro da marca de certificação conterá: I - as características do produto ou serviço objeto de certificação; e II - as medidas de controle que serão adotadas pelo titular.

Parágrafo único. A documentação prevista nos incisos I e II deste artigo, quando não acompanhar o pedido, deverá ser protocolizada no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de arquivamento definitivo do pedido.

Apresenta Di Blasi (2005, p. 369), em sua obra A



Propriedade Industrial, que a finalidade básica do depósito é conceder ao pedido uma anterioridade, a partir da qual não pode ser outorgado registro para marcas dotadas de características similares. Isto quer dizer que o depósito do pedido de registro no INPI é a garantia de que a marca, primeiramente depositada, terá preferência em relação a outra similar ou que venha a imitá-la.

Tal medida busca proteger os direitos do titular da marca, haja vista que pode haver pedidos de registro posteriores ao que foi feito pelo titular e havendo no momento do depósito, a data e a hora em que fora realizado o pedido, esta seria uma possível garantia de registro para o titular.

Depositado o pedido de registro, faz-se necessário o exame preliminar, que, se estiver devidamente instruído, será protocolizado. Caso este exame não atenda às exigências solicitadas, o depositante terá o prazo de 5 (cinco) dias para proceder às devidas correções. Caso estas não sejam realizadas no citado prazo, procede-se ao arquivamento.

Não tendo havido exigências ou tendo estas sido cumpridas, o depósito será considerado como efetuado na data da apresentação do pedido. É o que diz o artigo 157, parágrafo único da Lei 9.279/96.

Logo após o exame preliminar realizado no momento do depósito do pedido, este será publicado na Revista Nacional da Propriedade Industrial. A partir daí poderá haver apresentação

de oposição no prazo de 60 (sessenta) dias por parte daqueles que tenham algum interesse legítimo no registro daquela marca.

No §2º do artigo 158 da Lei 9.279/96, são elencadas as hipóteses em que não se conhecerá a oposição:

Art. 158. Protocolizado, o pedido será publicado para apresentação de oposição no prazo de 60 (sessenta) dias.

[...]

§ 2º Não se conhecerá da oposição, nulidade administrativa ou de ação de nulidade se, fundamentada no inciso XXIII do art. 124 ou no art. 126, não se comprovar, no prazo de 60 (sessenta) dias após a interposição, o depósito do pedido de registro da marca na forma desta Lei.

Acrescenta-se a estas hipóteses o disposto no artigo 129, §1º da Lei 9.279/96, que estabelece:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

§ 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico,

semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

Caso seja atendidas todas as exigências preliminarmente elencadas, faz-se novamente outro exame, que agora analisa o mérito do pedido e apresentam-se novas exigências. Se não forem cumpridas essas novas exigências, será arquivado o pedido, e o titular da marca não poderá registrá-la. Havendo, no entanto, o cumprimento dessas exigências, o INPI deferirá ou indeferirá ex officio o pedido de registro, de acordo com o exposto no artigo 160 da Lei 9.279/96.

Indeferido o pedido de registro, poderá o titular da marca recorrer da decisão no prazo de 60 (sessenta) dias, conforme dispõe o artigo 212 da Lei da Propriedade Industrial.

Art. 212. Salvo expressa disposição em contrário, das decisões de que trata esta Lei cabe recurso, que será interposto no prazo de 60 (sessenta) dias.

§ 1º Os recursos serão recebidos nos efeitos suspensivo e devolutivo pleno, aplicandose todos os dispositivos pertinentes ao exame de primeira instância, no que couber. § 2º Não cabe recurso da decisão que determinar o arquivamento definitivo de pedido de patente ou de registro e da que deferir pedido de patente, de certificado de adição ou de registro de marca.

§ 3º Os recursos serão decididos pelo Presidente do

INPI, encerrando-se a instância administrativa.

Por outro lado, caso haja procedência do pedido, o titular da marca efetuará o pagamento das retribuições correspondentes à expedição do certificado e este será emitido, atestando o registro da marca.

Concede-se ao titular da marca um prazo de 60 (sessenta) dias para efetuar o pagamento, prorrogando-se este prazo por mais de 30 (trinta) dias. Não havendo o pagamento, o pedido será definitivamente arquivado, não havendo a possibilidade de interpor recurso.

A concessão do certificado de registro só se concretizará na data da publicação do respectivo ato, segundo dispõe o artigo 163 da Lei 9.279/96.

O artigo 133 da supracitada Lei esclarece qual o prazo de vigência do registro de uma marca, quando poderá ser feito pedido de prorrogação e quando não será concedido este pedido.

Art. 133. O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.

§ 1º O pedido de prorrogação deverá ser formulado durante o último ano de vigência do registro, instruído com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição. § 2º Se o pedido de prorrogação não tiver sido efetuado até o termo final da vigência do

registro, o titular poderá fazê-lo nos 6 (seis) meses subsequentes, mediante o pagamento de retribuição adicional.

§ 3º A prorrogação não será concedida se não atendido o disposto no art. 128.

Finalizando este estudo sobre o registro das marcas, conclui-se que estas se apresentam na sociedade como meio para facilitar aos seus proprietários na comercialização e divulgação de seus produtos e serviços, os quais, muitas das vezes, tornam-se um símbolo das marcas que lhes representam.

4. DA CONCESSÃO DO REGISTRO DAS MARCAS CONDICIONADA AO INTERESSE PÚBLICO

Para o encerramento desta pesquisa, será realizada uma análise sobre a relação existente entre a concessão do registro de uma marca e a aquisição pelo consumidor dos produtos e serviços identificados por estas marcas.

Desenvolver-se-á um estudo acerca da razão social que legitima o registro da marca, buscando-se uma definição abrangente de consumidor. Nesse sentido, será abordado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual se relaciona diretamente com o Direito do Consumidor, haja vista a garantia do exercício dos direitos do consumidor e também a autonomia

na execução dos direitos do titular de uma marca, sabendo-se tratarem-se de instrumentos que salvaguardam o interesse público.

4.1. Das finalidades das marcas

Atualmente, as marcas exercem três finalidades preponderantes, quais sejam: a proteção àquele que obtém a titularidade de uma marca, a proteção ao consumidor, pólo hipossuficiente da relação de consumo e também o estímulo que o registro de uma marca representa à livre concorrência.

A marca começou a existir para satisfazer uma necessidade tanto do produtor quanto do consumidor, pois somente distinguindo um produto ou serviço de outro da mesma espécie é que o consumidor poderia diferenciar a qualidade, o preço e os benefícios de cada um, enquanto o titular da marca propagava o seu produto ou serviço, estabilizando-se no mercado.

Sendo assim, a finalidade da proteção ao titular de uma marca apresenta-se quando alguém que cria uma marca quer registrá-la, sabendo-se que ele procura também a segurança jurídica que lhe é garantida, uma vez que ele não estará impedido de comercializar seu produto ou serviço por não possuir uma marca legalmente registrada.

É por isso que o titular de uma marca garante o seu direito de uso, gozo e usufruto de sua marca registrando-a



perante o órgão competente, no caso, o INPI, Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Protegendo dessa forma a sua marca e garantindo a sua segurança em relação a possíveis usurpadores.

Outra implicação trazida pelo registro da marca é a sua utilidade para os consumidores, uma vez que esta tem a finalidade de evitar que estas pessoas sejam induzidas a erro, passando a adquirir um produto ou serviço na confiança em que determinada marca venha a ser registrada. E ainda relaciona-se a esta implicação a garantia de consumo de um produto de qualidade, o que faz com que haja uma relação de confiabilidade entre consumidor e produtor ou prestador de serviços.

Por último, apresenta-se o estímulo que o registro de uma marca representa à livre concorrência, sendo trazida no bojo da legislação específica a norma regulamentadora que reprime a concorrência desleal, apresentada no artigo 124 da Lei 9.279/96, a qual será adiante tratada mais detalhadamente.

Para exemplificar a questão da concorrência desleal que pode acontecer quando há o pedido do registro de uma marca, tem-se o fato de haver a apresentação de uma marca que já exista no mercado, quando, então, aparece outra pessoa requerendo o registro de uma marca similar à já existente, e esta situação fará com que o titular da marca similar lucre em detrimento daquele que já possuía uma clientela e tinha fincado suas raízes no mercado, fidelizando seus consumidores.

3.2 Da razão social que legitima o registro de uma marca

Em momento anterior foram apresentadas as três funções exercidas pelas marcas no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a econômica, a social e a punitiva. Dentre elas, encontra-se a função social da marca, que pode ser considerada a principal razão legitimadora do reconhecimento da titularidade da propriedade industrial pelo Estado.

Esta razão legitimadora dá-se porque a marca está, diretamente, relacionada ao público consumidor e a outras pessoas que estão envolvidas com a marca, tais como o vendedor do produto, o titular da marca e aquele que ainda não consumiu o produto ou serviço, mas que de qualquer modo é alvo das ações propagandistas.

É por isso que a função social que a marca exerce é tão relevante, haja vista o escopo de proteger os interesses coletivos, assim como os individuais, garantidos na Constituição Federal, almejando sempre o bem-estar da coletividade.

Diante da função estatal em realizar políticas de promoção da defesa dos interesses da coletividade, verifica-se que o tema da propriedade industrial, notadamente no que tange à regulamentação do registro das marcas, poderá assumir um determinado papel, no sentido de promover até mesmo a salvaguarda da saúde das pessoas.



O registro de uma marca está previsto no ordenamento jurídico, exclusivamente sob a ótica do requisito da novidade, isto é, uma busca de anterioridades que precede o pedido do registro, esquecendo-se, com isso, a possibilidade de promover determinadas vinculações a outros ramos do direito, que de modo mais contundente estabelecem mecanismos de defesa da sociedade.

Sendo assim, sabe-se que a não vinculação do pedido de registro de uma marca a outros ramos do direito, como de fato acontece, hodiernamente, equivale a deixar de lado a função social que legitima o reconhecimento da própria propriedade industrial, função essa que se revela como a principal dentre todas as razões legitimadoras. Isto quer dizer que não há maiores exigências com relação ao registro de uma marca, e, portanto, basta apenas pesquisar se houve casos anteriores iguais ou semelhantes em uma mesma classe e/ou afins de produtos ou serviços ao que se quer registrar e se a marca não estaria enquadrada dentre as proibições previstas pela legislação brasileira vigente.

Atualmente, no Brasil, determinados produtos que não têm a sua composição divulgada conseguem registrar sua marca, uma vez que não existem maiores exigências, comparadas às solicitadas para o registro de uma patente. Essa situação pode, facilmente, ser visualizada a partir do exemplo da marca Coca-Cola, a qual possui sua marca registrada, mas que, até hoje, não

registrou o seu invento, isto é não patenteou o seu produto.

Destarte, percebe-se que a pessoa jurídica que explora esta bebida (refrigerante de cola) optou pela caracterização do segredo de indústria, o qual consiste em uma forma de evitar a publicidade da idéia obtida na comercialização de determinado produto ou serviço.

Logo, o segredo de indústria é utilizado por alguns inventores com o intuito de manter em sigilo o seu invento, passando a explorá-lo sozinho, obtendo vantagens lucrativas em relação aos seus competidores no mercado. Enquanto no registro de uma patente, há a exigência do relatório descritivo para que o titular dessa patente possa registrá-la, garantindo assim o seu direito de exploração, mesmo que seja por tempo limitado, no registro de uma marca não há essa exigência do relatório descritivo.

Acrescenta Newton Silveira (1996, p. 41) que “o relatório do pedido de patente deve descrever claramente o objeto da patente e indicar, precisamente, sua melhor forma de execução (pena de nulidade)”. Sabendo-se que o não cumprimento dessa exigência acarreta o não-registro da patente.

Contudo, o que se questiona é a ausência de disposições normativas que viabilizem a restrição ao registro de determinadas marcas que estejam potencialmente prejudicando os consumidores, uma vez que o consumidor adquire o produto ou serviço com base na confiança que estes lhe passam. Poderia,

pois, haver por parte do Estado outra exigência no que tange a questão do registro de uma marca, que seria a publicidade da composição dos produtos ou a forma de execução de serviços que envolvessem a integridade física e mental do consumidor, garantindo-lhe um consumo saudável e seguro.

Considerando que o pilar mais significativo da proteção aos bens da propriedade industrial caracteriza-se na defesa dos interesses da coletividade, tem-se como comprometedor autorizar o registro de uma marca, através da qual será explorado um produto que sequer tem conhecida a sua composição. Sabendo-se, como já dito, que não consta em qualquer meio de divulgação a composição da bebida Coca-Cola.

Com isso, percebe-se quão garantido está o direito de exploração da marca pelo titular desta, podendo manter em sigilo a composição dos seus produtos, enquanto ao consumidor só cabe acreditar nas poucas informações que lhe são fornecidas nos rótulos dos produtos, sendo-lhe vedadas outras informações que possam lhe interessar.

A Constituição Federal do Brasil apresenta o direito intelectual como status de uma garantia constitucional fundamental, com assento no inciso XXIX, do art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança

e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Nesse sentido, corrobora Gabriel Di Blasi (2005, p.57), pois se percebe que o exercício do direito intelectual, e aí se inclui o direito industrial, não objetiva apenas uma finalidade, ele busca também um “meio de promover os valores sociais, cujo vértice central encontra-se na própria pessoa humana”. (DI BLASI, 2005, p. 57).

Esta busca em promover os valores sociais atua, principalmente, na garantia dos direitos tanto dos proprietários dos bens industriais quanto na garantia dos direitos dos consumidores, atingindo-se dessa forma um equilíbrio social, onde não haja prejuízo para ninguém e também o País desenvolva-se tecnológica e economicamente.

O autor Gabriel Di Blasi (2005, p. 53-60), faz estas explanações em relação às patentes, o que não impede sejam elas aplicadas às marcas, haja vista a atuação de ambas na Propriedade Industrial e o grau de importância que os dois



bens industriais exercem na coletividade, permitindo, portanto, que sejam a elas, patentes e marcas, aplicadas determinadas normas.

Nesse sentido, a razão social, isto é, o motivo pelo qual o registro de uma marca deve ser legitimado, relaciona-se diretamente com o interesse que a sociedade apresenta em relação à marca. Esse interesse da sociedade gera diversas implicações àqueles que estão direta ou indiretamente envolvidos com a marca, a qual será registrada.

Vale salientar que o ordenamento da propriedade industrial não é concedido objetivando exclusivamente o direito do particular, mas, ao contrário, busca-se, prioritariamente, salvaguardar os direitos da sociedade.

4.2.1. Das proibições legais ao registro de uma marca

As proibições legais previstas na Lei da Propriedade Industrial podem ser consideradas como afrontadoras da função social legitimadora da Propriedade Industrial. Isto ocorre porque, em determinadas situações trazidas pelo legislador, buscam-se proteger os direitos dos cidadãos, defendendo-os de possíveis agressões ou ilusões.

Portanto, está disposto no artigo 124 da Lei 9.279/96, um elenco de proibições nas quais o legislador tratou,

exclusivamente, da proibição do registro das marcas que trouxesse qualquer prejuízo à sociedade como um todo, seja consumidor ou não de determinada marca.

Art. 124. Não são registráveis como marca:

[...]

III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração; [...]

X - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina;

[...]

XIII - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;

[...]

XVI - pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;

[...]

XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;

Destarte, a razão social que legitima o registro de uma marca encontra comprovação legal na proibição prevista no artigo 124 da Lei de Propriedade Industrial, sabendo-se que há também a proibição de registro de marca de alto renome, assim como de marca notoriamente conhecida.

No entanto, não apenas a proibição legal impede que haja o registro de uma marca que venha a ferir o direito de terceiros, mas também uma estruturação principiológica baseada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impede que as marcas que não atendam aos interesses da sociedade sejam registradas. Uma vez que o princípio constitucional, “base de normas jurídicas”, no dizer de José Afonso da Silva (apud CANOTILHO et MOREIRA, 1991, p. 50) (2007, p. 92), é o que orienta a sociedade sobre os seus direitos.

Conforme entendimento de Gabriel Di Blasi (2005, p. 57), “o direito intelectual deve ser funcionalizado na promoção da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III da CF/88)”.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

Conclui-se, portanto, que o rol de proibições legais trazido pelo artigo 124 da Lei da Propriedade Industrial não é taxativo, pois a razão social é considerada uma disposição principiológica, a qual não se restringe aos atos dispostos apenas em lei, havendo a necessidade de uma interpretação dos fatos ocorridos na sociedade para que se possa dizer se houve afronta às proibições dispostas na seguinte Lei.

Sabendo-se, ainda, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deverá ser interpretado em estrita correlação com a razão social que legitima a Propriedade Industrial perante a sociedade, é que se faz uma breve análise sobre este princípio.

A dignidade da pessoa humana está incluída nos “princípios relativos ao regime político”, segundo a classificação apresentada por Gomes Canotilho (SILVA, 2007, p. 94), sabendo-se ainda que a dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio em si, mas a unificação de todos os direitos fundamentais, haja vista o homem ser base desses direitos.

Nesse sentido, apresenta-se o entendimento de José

Afonso da Silva (apud CANOTILHO et MOREIRA, 1991; PÉRES, 1986, p. 58-59) (2007, p. 105) :

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendoa nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Em vista disso, percebe-se que o referido princípio está intrinsecamente relacionado à coletividade. Ademais, por meio dele não se busca apenas proteger o homem, indivíduo único, mas busca-se garantir o exercício dos direitos de toda uma coletividade de pessoas baseada em um único ser, o homem.

Ainda acrescenta Alexandre de Moraes (2006, p. 16) que este fundamento (dignidade da pessoa humana) é “um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais”. Sendo assim, não pode haver grandes afrontas à dignidade da pessoa humana,

exceto em casos de extrema necessidade, e que sejam bastante plausíveis, buscando-se, nestes casos, uma garantia ainda maior, qual seja, a vida.

É importante destacar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana também se apresenta como Princípio da Inviolabilidade da Pessoa Humana, transcrição trazida por Sérgio Sérvula da Cunha (2006, p. 76), que acrescenta às demais definições já apresentadas o entendimento do filósofo alemão Immanuel Kant, o qual afirma que “digno é o que está acima de qualquer preço, e, por conseguinte, não admite equivalente”.

Logo, conclui-se que esse princípio é supremo, é a base de todos os outros, além de ser a garantia de uma sociedade livre e justa. Como afirma Sérgio da Cunha (2006, p. 76), “a dignidade da pessoa humana consiste em termos a segurança como condição do exercício da liberdade”. Portanto, se não há dignidade não há liberdade, e não havendo liberdade, toda a questão do Estado Democrático de Direito cai por terra.

4.3. Definição de Consumidor

Atualmente, na sociedade brasileira, busca-se garantir ao consumidor todos os direitos que lhe são inerentes, havendo, portanto, uma grande importância no que tange à questão da salvaguarda dos direitos deste sujeito, o qual atua no pólo hipossuficiente da relação de consumo, necessitando, pois, de

uma maior atenção no que diz respeito aos direitos e garantias.

Como sustentáculo desse pensamento, apresenta-se a definição de consumidor, que está, explicitamente, abordada no artigo 2º da Lei 8.078/90. Esta Lei traz em seu bojo artigos em defesa do consumidor que necessita de uma norma jurídica que direcione os direitos e deveres a este.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo

Segundo Grinover (2004, p.27), o conceito definido pelo Código de Defesa do Consumidor tem apenas o caráter econômico, haja vista o consumidor assumir o papel de um “personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final”.

Apresenta Ada Pellegrinni Grinover (2004, p.27) outras definições para consumidor (apud

ALPA, 1977):

[...] natureza sociológica – consumidor é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe

social – ou então psicológica – aqui se encarando o ‘consumidor’ como o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo.

Após analisar os encimados conceitos, observa-se que as pessoas jurídicas também podem ser consideradas consumidores, desde que elas assumam a identidade de “destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa.” (GRINOVER, 2004, p. 32)

As legislações estrangeiras que definem também o conceito de consumidor divergem em alguns pontos, tais como: o fato de o consumidor ser pessoa natural ou jurídica, se o bem ou serviço comprado é para consumo próprio ou alheio, e, finalmente, se a prestação de serviço efetuado equipara-se ou não às relações de consumo.

Seguindo esse mesmo viés, Ada Pelegrinni Grinover (2004, p.31) define consumidor como “qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou locação de bens, bem como a prestação de um serviço”. Trata-se de um conceito bem sucinto, mas bastante completo em relação a consumidor, pessoa física ou jurídica que adquire ou aluga para

consumo final, seu ou de outrem, determinados bens, assim como se utiliza da prestação de serviços.

Surge, então, outra definição para consumidor trazida por José Geraldo Brito Filomeno (2004, p.32) (apud COMPARATO, 1974), o qual apresenta o consumidor como um “indivíduo que se submete ao poder de controle dos empresários, demonstrando assim que o consumidor é um ser inferior em relação àquele que detém o poder econômico, qual seja, o produtor de um bem ou o prestador de serviços”.

[...] os consumidores são aqueles “que não dispõem de controle sobre bens de produção, e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”, enfatizando ainda que “o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”.

De acordo com essa visão, a pessoa jurídica que, na relação de consumo, assume o papel de consumidora terá de subordinar-se ao fornecedor, isto é, deverá obedecer ao elemento essencial da relação de consumo que é a subordinação econômica do consumidor. Desse modo, apresentam-se dois elementos que caracterizam a relação de consumo entre duas pessoas jurídicas, quais sejam: primeiro, os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital; e segundo, a

existência entre fornecedor e consumidor de um desequilíbrio que favoreça o primeiro. Segundo José Filomeno (2004, p. 33) (apud MARQUES, 1992), “há no ordenamento jurídico brasileiro, duas grandes tendências do consumerismo: a dos finalistas e a dos maximalistas”.

A primeira corrente garante que o “consumidor seria apenas aquele que adquire o bem para utilizá-lo em proveito próprio, satisfazendo uma necessidade pessoal e não para revenda ou então para acrescentá-lo à cadeia produtiva”. (FILOMENO, 2004, p. 34). Destarte, não poderia o consumidor que adquiriu um determinado produto para consumo próprio vendê-lo para um terceiro, pois aí não se caracterizaria mais a figura do consumidor, e sim a do vendedor.

Já a segunda corrente, a dos maximalistas, afirma que o Código de Defesa do Consumidor é “um Código geral sobre o consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores”. Para os maximalistas “não importa se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço”. (FILOMENO, 2004, p. 34) (apud MARQUES, 1992).

Da leitura dessas correntes, nota-se que a primeira delimita o espaço de atuação do consumidor, não podendo ele em nenhum momento atuar como vendedor, enquanto a segunda permite que o consumidor, em alguns momentos, atue

ora como consumidor ora como fornecedor, não importando se este consumidor tem ou não o intuito de lucrar.

Após a análise do artigo 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, passa-se a analisar o parágrafo único deste mesmo artigo, o qual equipara a consumidor a coletividade de pessoas que possam intervir na relação de consumo.

Destarte, apresenta-se o conceito de consumidor trazido por José Filomeno (2004, p.38), ao interpretar este parágrafo, sabendo-se que consumidor é “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual e potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos.” (apud BUGARELLI, 1984).

Neste caso, a coletividade de pessoas que diretamente são vítimas de danos causados por produto ou serviço que contêm vícios ou defeitos equipara-se a qualidade de consumidor. Sabendo-se que esta norma jurídica visa garantir os interesses coletivos, isto é do grupo de pessoas determinadas e os interesses difusos, do grupo de pessoas indeterminadas.

Em vista das diversas formas de conceituação de consumidor, na ânsia de promover sua melhor definição no ordenamento jurídico pátrio, busca-se a conclusão deste estudo com a tentativa de uma conceituação própria. Consumidor é toda pessoa natural ou jurídica, que adquire um produto ou serviço para consumo próprio ou de terceiro, ou a coletividade

de pessoas que interfira na relação de consumo, havendo nesta um desequilíbrio que favoreça o fornecedor.

4.4. Da relação do exercício da Marca com o Direito do Consumidor

Inicialmente, faz-se necessário apresentar o conceito de práticas comerciais, haja vista a relação existente entre a marca aposta num produto ou serviço que serão comercializados e o direito do consumidor de saber o que está adquirindo.

Segundo Antônio Herman de Vascellos (2004, p. 242), “as práticas comerciais são todos os mecanismos, técnicas, e métodos que servem, direta ou indiretamente, ao escoamento da produção”. Afirma ainda o citado autor que este conceito inclui “o marketing, as garantias, os serviços pós-venda, os arquivos de consumo e as cobranças de dívidas”.

Diante do exposto, percebe-se que são vários os elementos componentes das práticas comerciais, sabendo-se que não basta apenas comercializar de qualquer maneira, faz-se necessário utilizar as ferramentas corretas e úteis ao desenvolvimento dessas práticas.

No segundo capítulo deste trabalho, demonstra-se que as marcas são utilizadas pelo fornecedor dos produtos e serviços com o escopo de criar uma relação de fidelização com o consumidor. Logo, o produto ou serviço que possuem

uma marca, quando divulgados no mercado, buscam atingir diretamente o público consumidor, haja vista que será ele quem vai ler, ouvir, ver, sentir, assimilar ou decodificar a mensagem que se quer transmitir.

Em relação ao que dispõe a legislação consumerista vigente, o Capítulo III, Código de

Defesa do Consumidor (CDC), elenca os Direitos Básicos do Consumidor, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

- a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (grifo nosso);
- 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 (grifo nosso);

- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
 - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
 - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
 - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
- IX-(Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Este dispositivo da Lei é relevante, haja vista que os consumidores e até mesmo terceiros não envolvidos em dada relação de consumo têm “incontestável direito de não serem expostos a perigos que atinjam sua incolumidade física” (GRINOVER, 2004, p. 137), e é por isso que a informação de determinado produto ou serviço deve vir de maneira clara e evidente ao consumidor.



Há ainda a previsão legal dos artigos 31 e 66 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor no que tange às questões referentes às práticas comerciais e às infrações cometidas pelos fornecedores de produtos e serviços, in verbis:

Art. 31 A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

[...]

Art. 66 Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Sendo assim, é direito do consumidor obter as devidas informações do produto ou serviço que está adquirindo, sabendo-se que muitas vezes, pelo fato de confiar em determinada marca, o consumidor acaba adquirindo um produto ou serviço que não atende às exigências legais.

Destarte, o consumidor, elemento da relação de consumo,

tem, além do direito à informação básica apresentada pelo CDC, o direito também de exigir que aquele fornecedor de um produto ou serviço de marca, os quais esteja adquirindo, exponha ao mercado todas as informações de que o consumidor necessite.

Corroborando esse pensamento Ada Pellegrini Grinover (2004, p.273): “Não é qualquer modalidade informativa que se presta para atender aos ditames do Código. A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa.”

Assim, o consumidor que confia nas afirmações apostas nos produtos ou serviços, quando visualiza estas afirmações pela primeira vez, passa a confiar na marca que adquire, deixando muitas vezes de analisar as informações trazidas nas embalagens, haja vista a credibilidade depositada naquela marca.

Com efeito, a marca de um produto ou serviço é uma forma de se fazer publicidade. Por isso, consoante se depreende da explanação acima, essa publicidade não pode ser enganosa, abusiva, ou omissiva, ferindo, assim o direito do consumidor. Em relação à marca Coca-Cola, há uma omissão do titular da marca quanto à questão da publicização da fórmula de seu produto, havendo, portanto, um desrespeito ao direito do consumidor em ter divulgada toda e qualquer informação de seu interesse.

4.5. Das normas consumeristas como fator impeditivo da concessão do registro de uma marca

A intenção do legislador ao tratar dos direitos do consumidor na Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, era a de proteger a classe mais fraca em relação à mais forte, sabendose que, na relação de consumo, o mais fraco é o consumidor, enquanto o mais forte é o fornecedor.

Uma vez consolidados os direitos básicos do consumidor no artigo 6º da referida Lei, buscase garantir a aplicação destes no ordenamento jurídico brasileiro por meio de medidas coercitivas e da repressão à forma de consumo dos produtos e serviços que são adquiridos pelo consumidor.

Assim expõe o artigo 6º, III e IV da Lei 8.078/90, in verbis:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- 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;

Em relação à informação sobre produtos e serviços, é sabido que o consumidor tem o direito de saber detalhes sobre aquilo que está consumindo.

Nesse sentido, afirma Geraldo Filomeno (2004, p.38) que o fornecedor tem o “dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles.”

O dever de informar ao público aquilo que ele está consumindo surge a partir dos direitos garantidos na Constituição, visto que é direito do cidadão ter acesso a toda e qualquer informação de seu interesse, desde que esta informação não seja sigilosa.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;



Enquanto isso, a publicidade enganosa ou abusiva e os métodos comerciais desleais dizem respeito à forma como se quer informar o consumidor, utilizando o fornecedor de meios fraudulentos de comunicação, imitando marcas que já existem no mercado ou até mesmo desrespeitando o consumidor com publicações discriminatórias ou violentas.

Esclarece o legislador o que é uma publicidade enganosa ou abusiva no artigo 37 da Lei 8.078/90, in verbis:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, 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.

§ 2º 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.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é

enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. § 4º
Vetado

Desse modo, quando na Propriedade Industrial há a proibição do registro de uma marca, a qual, possivelmente, se utilizará de publicidade enganosa ou abusiva, este registro será negado, haja vista a marca ser um produto de marketing, o qual se relaciona diretamente com a publicidade.

O artigo 124 da Lei 9.279/96 traz alguns incisos que demonstram, explicitamente, quais os casos em que será negado o registro de uma marca. Se a marca for suscetível de causar confusão ou associação com outra já existente, há, portanto, neste caso indução a erro por parte do proprietário de um bem industrial em relação ao público consumidor.

Art. 124. Não são registráveis como marca:

[...]

III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração;

[...]

- reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou

nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;

- sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;
- sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda;

[...]

- sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina;
- reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza;
- reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154;
- nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;

[...]

XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular;

[...]

- reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;

- dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva;

[...]

XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia.

Existem jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça decidindo a respeito deste assunto, o qual é de suma importância para a sociedade. Há entendimento do STJ de que sendo afastado o risco de confusão pelo consumidor, podem marcas semelhantes coexistirem pacificamente.

STJ. Propriedade industrial. Colisão de marcas. «Moça fiesta» e «fiesta». Possibilidade de erro, confusão ou dúvida no consumidor. Não caracterização. Lei 9.279/96, art. 124, XIX. Lei 5.772/71, art. 65, item 17. «Para impedir o registro de determinada marca é necessária a conjunção de três requisitos: a) imitação ou reprodução, no todo ou em parte, ou com acréscimo de marca alheia já registrada; b) semelhança ou afinidade entre os produtos por ela indicados; c) possibilidade de a coexistência das marcas acarretar confusão ou dúvida no consumidor (Lei 9.279/96 - Art. 124, XIX). Afastando o risco de confusão, é possível a coexistência harmônica das marcas.» (STJ - Rec. Esp. 949.514 - RJ - Rel.: Min. Humberto Gomes de Barros - J. em 04/10/2007 - DJ 22/10/2007 - Boletim Informativo da Juruá (446/040959)

Portanto, não pode haver confusão ou induzimento a erro por parte do fornecedor no momento da divulgação de seu produto. E seguindo o mesmo pensamento do Egrégio Tribunal,

entende o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que a simples identidade com o produto imitado, induzindo o consumidor a erro, obriga a parte ré ao pagamento de indenização.

TJRJ. Propriedade industrial. Marca original «REEBOK», «RECPOK» e «RETOOK». MContrafação.

«Para a configuração da imitação, não importa ser o produto imitador cópia servil do produto e da marca imitada, bastando a capacidade do produto gerar a confusão ao consumidor médio, induzindo-o em erro, face à forte identidade entre as características e qualidades do produto e da marca contrafator. A simples comercialização de produtos contrafeitos caracteriza, obriga à indenização da parte lesada, em danos materiais e imateriais, nestes compreendidos o da imagem, independente da prova de culpa do contrafator, sendo certo afirmar, que a existência do prejuízo causado pelo contrafator de marca notoriamente conhecida é presumida.»

(TJRJ - Ap. Cív. 2.414/99 - Rel.: Des. Jorge L. Habib - J. em 13/04/1999 - DJ 04/05/1999 - Boletim Informativo da Juruá 236/019866)

Sendo assim, é também exigência legal para o atendimento à correta comercialização de produtos e prestação de serviços que as informações destes sejam claras, precisas, ostensivas e



em língua portuguesa, de acordo com o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor *in verbis*:

Art. 31 A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Destarte, aplica-se esta previsão legal à situação da marca Coca-Cola, a qual possui o registro de sua marca não garantindo ao consumidor todas as informações de que ele necessite, pois o próprio legislador, no artigo 31, apresenta um rol exemplificativo de quais informações deverão ser divulgadas pelo fornecedor de um produto ou serviço, entre outros dados, podendo aí se incluir a fórmula do produto, caso o consumidor tenha interesse em sabê-lo.

Em suma, as normas consumeristas que atuam como fatores impeditivos para a concessão do registro de uma marca estão, intrinsecamente, relacionadas com a publicidade dos produtos e serviços que serão comercializados, uma vez que se busca garantir ao consumidor o máximo de informações verdadeiras e necessárias que assegurem a saúde e a segurança desses consumidores.

4.6. As limitações estatais quando da análise de pedido de registro de uma marca fulcrada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Conforme exposto, anteriormente, as disposições legais que proíbem o registro das marcas trazem uma relação puramente principiológica com a função social que a marca exerce perante a sociedade.

Por esse motivo, mesmo sem previsão legal no que tange à questão da razão social, o Estado, por intermédio do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), teria a obrigação de vedar o registro e fiscalizar a indevida exploração de produtos e serviços que não estejam condizentes com os interesses sociais, sabendo-se que também as normas consumeristas fundamentam esse registro.

Exemplifica-se tal situação através da tentativa de registro de uma marca por pessoa que queira enganar o consumidor, fornecendo produto ou serviço de péssima qualidade, que imite no todo ou em parte produto ou serviço já existente no mercado, e que através de práticas abusivas e/ou omissas em relação a informações necessárias ao consumidor, venha a prejudicá-lo.

Em relação às normas consumeristas que também fundamentam o registro de uma marca, podem ser citadas aquelas referentes à publicidade do produto ou serviço que estejam sendo comercializados, haja vista ser um direito do



consumidor a informação completa a respeito do produto ou serviço que ele está consumindo. Há, portanto, neste caso, a necessidade de divulgação quanto à composição do produto adquirido pelo consumidor, uma vez que ele o compra na confiança que este lhe transmite, pela qualidade, preço e clareza nas informações, não prejudicando assim o consumidor.

De acordo com o artigo 37 da Lei 8.078/90, “é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”. Logo, pode-se considerar a marca uma forma de publicidade utilizada para divulgar um produto ou serviço, a qual, se for usada para enganar ou ofender o consumidor deverá ser proibida.

Conclui-se, assim, que a razão social que legitima o registro de uma marca encontra amparo tanto na legislação vigente no País, por meio das Leis 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial) como na estruturação principiológica apresentada na Constituição Federal, notadamente, no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

As limitações estatais que se relacionam com o pedido de registro de uma marca dizem respeito aos requisitos exigidos pelo INPI para que uma marca seja registrada, sabendo-se que estes requisitos, quando consideradas as disposições previstas expressamente em lei, são: a novidade relativa; não-colidência com marca registrada, marca notória ou de alto renome; e os desimpedimentos elencados no artigo 124 da Lei 9.279/96.

Todavia, apenas esses três requisitos não são suficientes para que o registro de uma marca não venha a ferir os direitos do consumidor, haja vista que o artigo 5º, XIV da Constituição Federal do Brasil “assegura a todos o acesso à informação e resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.” Portanto, é direito do consumidor de um produto ou serviço saber toda e qualquer informação que tenha interesse, seja ela sobre qualidade, quantidade, preço e até processo de produção.

Logo, depreende-se desta explanação que o consumidor, sujeito de direitos, está amplamente amparado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual já foi tratado no primeiro capítulo.

Quando o legislador garante ao cidadão o direito à informação, ele não delimita esta informação, permitindo dessa forma que o consumidor saiba tudo o que queira saber. É nesse sentido que se aplica a Dignidade da Pessoa Humana, pois quando se quer proteger direito garantido por lei e este é violado, fazendo com que o consumidor se sinta lesionado, faz-se necessário utilizar o amparo principiológico e legal.

Com todo o exposto, sabe-se que são poucos os requisitos (busca de anterioridades, não colidência com marca registrada, marca notória ou de alto renome e os desimpedimentos elencados no art. 124 da Lei 9.279/96) exigidos para que uma pessoa física ou jurídica possa efetuar o registro de uma marca,



evidenciando-se, assim, descaso por parte das autoridades públicas em relação ao consumidor, o qual deveria ter um conhecimento prévio sobre aquele produto ou serviço que venha a consumir.

A Constituição Federal, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, deixa de exigir do proprietário de uma marca a devida especificação do produto ou serviço que venha a comercializar em detrimento dos direitos inerentes ao consumidor, podendo o Poder Público fazer as mesmas exigências que faz em relação às patentes de invenções e modelos de utilidade.

Essas exigências, solicitadas para o pedido de registro de uma patente, estão elencadas no artigo 19 da Lei 9.279/96, in verbis:

Art. 19. O pedido de patente, nas condições estabelecidas pelo INPI, conterá:

I- requerimento;

II-relatório descritivo; (grifo nosso)

III-reivindicações;

IV-desenhos,se for o caso;

V-resumo;e VI - comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito.

O relatório descritivo, sobre o qual a legislação da propriedade industrial faz menção, diz respeito à descrição daquilo que será patenteado. Tais informações servem para

garantir à sociedade que aquela invenção ou modelo de utilidade apresentam vantagens, sabendo-se que os objetivos do patenteamento são estes: o reconhecimento do titular da criação por parte do Estado; a divulgação da técnica utilizada, facilitando a criação de outros produtos; o crescimento econômico gerado, possibilitando o crescimento do país; e a viabilização da autonomia tecnológica.

Dessa forma, a pretensão gerada no sentido de haver a mesma exigência para que o registro de uma marca fosse concretizado encontra respaldo tanto na Lei Maior do País, a Constituição Federal, como nas leis infraconstitucionais, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Propriedade Industrial.

Para exemplificar a situação atual relacionada ao pedido de registro de uma marca, tem-se o exemplo da marca Coca-Cola, a qual é devidamente registrada como marca notoriamente conhecida, contudo o seu produto, uma bebida gaseificada, inventada há muitos anos, não é patenteada.

Esta escolha do não patenteamento dá-se pelo fato de o inventor não querer divulgar a fórmula do seu produto, não permitindo que o consumidor tenha o seu direito atendido e tampouco que outras pessoas venham a fabricar igualmente a bebida.

Por esta razão, deveria o relatório descritivo ser uma exigência para o pedido de registro de uma marca, visto que esta

se relaciona diretamente com o consumidor e constitui um bem industrial da mesma forma que é a patente. Ademais, a marca, em sua definição, existe para distinguir os produtos ou serviços de outros afins. Portanto, a exigência aqui defendida seria uma maneira de ajudar o consumidor a escolher qual produto ou serviço quer adquirir, após conhecer o método como estes são desenvolvidos.

5. CONCLUSÃO

A necessidade de se realizar o presente estudo surgiu a partir da discussão da ausência de normatização a respeito das exigências legais para o registro de uma marca de produto ou serviço, considerando-se a incessante busca da sociedade em preservar a integridade física e moral da sua população.

No que diz respeito ao pedido de concessão de uma patente é sabido que o Estado exige do titular da patente que seja descrita a fórmula do produto ou a forma de execução de um serviço para que esta patente seja concedida, enquanto para o registro de uma marca esta exigência não é solicitada, havendo dessa forma uma afronta ao direito do consumidor de ter acesso a qualquer informação de seu interesse.

A observação dos requisitos exigidos para o referido registro, quais sejam, a novidade relativa, a não-colidência com marca registrada, marca notória ou de alto renome e os

desimpedimentos previstos no artigo 124 da Lei 9.279/96 visa a garantir, tanto ao público consumidor, quanto ao proprietário de uma marca, os direitos que lhes são dispostos, sabendose que, neste ponto, estes requisitos atendem mais aos interesses dos proprietários dessas marcas.

Atualmente, o titular de uma marca que queira registrá-la no Brasil baseia-se na legislação brasileira através da Lei 9.279/96, a Lei da Propriedade Industrial, havendo também a garantia constitucional do livre exercício da propriedade, além das previsões legais trazidas pelo Código Civil Brasileiro.

Ainda sobre as previsões legais, tem-se a Convenção da União de Paris, a qual assegurou melhores condições de proteção à propriedade industrial, promovendo em diversos países o desenvolvimento dos aspectos econômicos e sociais, os quais influenciaram bastante no progresso do direito industrial, além de outros acordos que tiveram sua parcela de contribuição no crescimento e proteção da Propriedade Industrial, tais como: o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIP's), o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) entre outros.

Destarte, a questão da Propriedade Industrial é um tema de interesse mundial, fazendo com que se busque proteger de qualquer lesão o consumidor de um produto ou serviço que os adquiriu mediante a confiabilidade em determinada marca, além de se proteger a sociedade em geral, com base na razão



social que legitima o registro de uma marca e na disposição legal trazida pelo artigo 5º, XXIX da Constituição Federal do Brasil.

Possivelmente, há uma afronta ao direito do consumidor quando não se atende ao Princípio da Informação. Embora não seja um requisito essencial quando considerado o ordenamento previsto na Lei 9.279/96, mas quando considerada a interpretação do ordenamento com outros dispositivos, tais como o CDC, a partir da própria Constituição, verifica-se a afronta para o registro de uma marca. Por isso, entende-se ser necessária a divulgação do processo de fabricação de determinado produto ou a forma de execução de um serviço para que o consumidor esteja informado sobre o produto ou serviço que ele está adquirindo.

Sabe-se que não consta, na Lei da Propriedade Industrial, a exigência de se publicizar a forma de obtenção de um determinado produto ou serviço cuja marca se queira registrar. Contudo, haja vista a existência de amparo legal que vislumbra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pode-se dizer que há lesão a direito do consumidor ao não se tomar tal medida.

É sabido que há uma divergência entre leis infraconstitucionais quando a Lei da Propriedade Industrial não exige do titular da marca a publicação da fórmula do seu produto ou a forma de execução de seu serviço quando vai registrá-la perante o INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial,

enquanto que no Código de Defesa do Consumidor há a garantia do direito do consumidor de ter acesso a qualquer informação de seu interesse, havendo, portanto, uma divergência entre leis que asseguram os direitos somente de determinadas pessoas, sem pensar na coletividade em si.

Em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sabe-se que este princípio é a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, garantindo ao homem o cumprimento dos seus direitos, pois quando o homem sentir que algum direito seu não está sendo prontamente atendido poderá ele exigí-lo com base neste Princípio.

Contudo, poderá o titular da marca em alguns casos utilizar-se do direito ao segredo de indústria, isto é, o direito que tem o proprietário de um bem industrial de não divulgar a fórmula de um produto ou a forma de execução de um serviço para que somente ele possa comercializar o seu produto ou serviço por tempo indeterminado, deixando em segredo o seu *modus operandi*.

Portanto, conclui-se que não há nenhum tipo de afronta ao direito do depositante da marca, quando se exige que haja uma divulgação no modo de obtenção de um produto ou serviço, sabendo-se que esta marca garante ao consumidor qualidade, durabilidade, validade e assim por diante, sendo, pois, necessário que fosse divulgada toda e qualquer informação que interessasse ao consumidor.



E outro motivo que resguarda o direito do consumidor de ter acesso a estas informações seria a questão de salvaguardar a saúde física e mental dos consumidores, sabendo-se que não poderia o titular de uma marca se utilizar do segredo de indústria quando o produto ou serviço envolvesse a integridade física e mental daqueles que estão adquirindo os produtos ou serviços que possuem as marcas registradas.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva. 9. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

BRASIL. Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Vade mecum acadêmico de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei nº 9.279/96, de 14 de maio de 1996. Vade mecum acadêmico de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. Lei 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Vade mecum acadêmico de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Marcas. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/>. Acesso em: 15 abr. 2008.

_____. Ministério da Justiça. Superior Tribunal de Justiça -

STJ. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>. Acesso em: 30 abr. 2008.

_____. Ministério da Justiça. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>. Acesso em: 30 abr. 2008.

CABRAL, Plínio. A Nova Lei de Direitos Autorais – Comentários. 4. ed. São Paulo: Harbra ltda., 2003.

CAMARGO, Marcelo Novelino. Direito constitucional para concursos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI BLASI, Gabriel. A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

FILHO, Nagib Slaibi. Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANÇA, R. Limongi. Instituições de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.



ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUJALLI, Walter Brasil. A Propriedade Industrial - Nova Lei de Patentes. São Paulo: de Direito, 1997.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 1997.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008 PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito Industrial: aspectos introdutórios. Chapecó: Unoesc, 1994.

RÊGO, Benedita Alves et al. Construção de Marcas. Consulex, Brasília, Ano X, nº 223, p. 3435, abr. 2006.

RODRIGUES, Diego et al. Dicionário Larousse escolar da língua portuguesa. São Paulo: Larousse do Brasil, 2004.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. Direito Civil: direito das coisas. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

SANTOS, Tibério Celso Gomes dos. Considerações sobre a Teoria Geral dos Direitos da Personalidade, relativamente aos direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Fortaleza, UNIFOR, 2006. 104p. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Newton. A Propriedade Intelectual e a Nova Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279, de 14 - 5 - 1996). São Paulo: Saraiva, 1996.

STÉFANO, Kleber Cavalcanti. Compreensão histórica das Marcas. Consulex, Brasília, Ano IX, nº 213, p. 63-65, nov. 2005.

_____. Compreensão histórica das Patentes. Consulex, Brasília, Ano X, nº 223, p. 36-39, abr. 2006.

STRENGER, Irineu. Marcas e Patentes – Verbetes/ Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

TADDEI, Marcelo Gazzi. Marcas e Patentes. Os bens industriais no Direito brasileiro. Consulex, Brasília, Ano X, nº 223, p. 26-33, abr. 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.



CAPÍTULO 5

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO DO TRABALHO: DA GRAVAÇÃO CLANDESTINA

Devidlande Carlos de Sousa

Resumo: O presente trabalho abordará sobre a (in) admissibilidade da prova ilícita no âmbito do processo trabalhista, sendo discutido como a principal prova as gravações clandestinas efetuadas entre interlocutores por meio de conversa telefônica, debatendo-se questão do direito à privacidade e à intimidade e seus limites constitucionais e legais. A Carta Magna brasileira estabelece garantias individuais e impõe limites, quando proíbe a utilização de provas obtidas por meio ilícito, no entanto, a jurisprudência vem admitindo de forma pacífica, a possibilidade da utilização de algumas provas obtidas sem o conhecimento da parte contrária, como a gravação clandestina, na medida em que seria a única forma de demonstrar o fato, sem que isso implique em uma violação ao direito de intimidade da pessoa. Destarte, a doutrina e a jurisprudência apresentam o princípio da proporcionalidade como meio de solucionar o problema, devendo ser analisado cada caso concreto em suas peculiaridades, para que o julgador possa equacionar e aplicar adequadamente os princípios, para que se possa fazer a justiça.

Palavras-chave: Prova ilícita. Gravação clandestina. Princípios. Intimidade. Proporcionalidade. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso

XXXV, garante a todos os cidadãos brasileiros o direito de acionar o Poder Judiciário para que possa solucionar seus conflitos, com a intenção de obter judicialmente forma de composição de conflitos. Desse modo, com esta garantia constitucional nasce o direito à prova, consistindo-se na possibilidade de convencimento da autoridade julgadora, mediante a sua utilização. Dessa forma, a produção de prova passa a ser o principal propósito do processo.

Ademais, o direito à produção de provas encontra limites, porquanto excetuadas as provas obtidas por meios ilícitos, conforme definido pelo art. 5º, inciso LVI, da Constituição brasileira, tornando a ilicitude da prova a condição de garantia fundamental, de modo a assegurar a inviolabilidade dos direitos fundamentais inerentes ao indivíduo. Todavia, a inadmissibilidade de certas provas consideradas ilícitas pode vir a ofender princípios também juridicamente relevantes, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e de demais direitos fundamentais sociais do trabalho. Além de várias jurisprudências que acolherem a utilização da prova ilícita, haja vista, que muitas vezes as arbitrariedades de empregador contra o empregado são realizadas a portas fechadas, sem a possibilidade de testemunhas do fato. Apesar da Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LVI, vedar expressamente a admissibilidade da prova por meios ilícitos, existem doutrinadores que defendem a admissibilidade

dessas provas, alegando que se seu conteúdo for verdadeiro, esta deverá ser acolhida ao processo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o tema atinente às provas ilícitas foi abordado de forma clara. Todavia, a doutrina e a jurisprudência analisam o presente tópico de forma aprofundada no âmbito do direito processual penal e de maneira menos incisiva na esfera processual civil. Na seara processual trabalhista, inexistente qualquer previsão legal acerca da ilicitude da prova.

As gravações clandestinas, que são o objeto do estudo do presente trabalho, tratam-se de uma conversa telefônica gravada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.

Estas não se confundem com a igualmente tão noticiada interceptação telefônica. A diferença que se pode apontar é que a interceptação telefônica é a captação da conversa telefônica feita por um terceiro com ou sem o conhecimento de ambos os interlocutores, esta depende de autorização judicial e só pode ser empregada para finalidade criminal.

O presente trabalho tem por objetivo conceituar, analisar a utilização da prova ilícita como meio de prova, tendo como base de estudos a gravação clandestina, bem como fazer uma análise de sua admissibilidade.

O presente trabalho foi dividido em três capítulos, onde no primeiro, faz-se uma análise geral dos principais aspectos

sobre a prova. No segundo, trata-se, de forma detalhada, sobre a prova ilícita, o seu conceito, seus princípios e objetivos. E no terceiro, analisa-se a gravação clandestina, seu conceito, sua utilização e sua admissibilidade nos tribunais.

A metodologia utilizada no desenvolvimento do tema foi baseada no estudo descritivo e analítico sobre a gravação clandestina.

O tipo de pesquisa utilizada foi bibliográfica, observando o posicionamento de renomados doutrinadores, a exemplo de Carlos Henrique Bezerra Leite, Eduardo Gabriel Saad, Renato Saraiva, dentre outros autores, como forma de ampliar os conhecimentos sobre a matéria em exame. O estudo seguiu de maneira exploratória e descritiva, a fim de analisar circunstâncias específicas do tema que são discutidas nesse trabalho.

No que tange a forma de abordagem, foi do tipo qualitativa, pois buscou-se entender como o tema tem sido abordado e debatido nos tribunais.

2. PROVA

2.2. Conceito de prova

A “prova” pode ser definida como meios ou mecanismos, onde se pode demonstrar um fato. Também podendo ser definida como forma de alcançar a verdade real. Segundo

Marinoni e Arenhart (2004, p. 264), pode-se dizer que:

[...] prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigindo a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado juiz da validade das preposições, objeto de impugnação, feitas no processo.

Ainda conceituando a prova, Pereira (2011, p. 433) diz que:

[...] provas são instrumentos processuais considerados pelo ordenamento jurídico como aptos para a demonstração da veracidade dos fatos alegados em juízo. Representam o coração do processo, pois definirão o destino da relação jurídica processual.

Portanto, a prova poderá ser entendida como qualquer mecanismo legal, que possa levar ao conhecimento do magistrado e possa convencê-lo do direito postulado, dependendo do caso concreto podendo ser obtido de forma lícita ou ilícita.

2.3. Objeto da prova

O objeto da prova são os fatos definidos como relevantes e que gerem controvérsia. Existem fatos que não dependem de prova, estes são as exceções, via de regra os fatos alegados em direito devem ser provados.

Cabe destacar, que apenas os fatos alegados devem ser comprovados pelas partes, uma vez que o direito não depende de prova, ou seja, ao juiz cabe conhecer o direito enquanto que as partes de ocupar apenas em narrar e provas os fatos e o juiz aplicar a norma adequada.

Segundo o art. 374, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, conhecida também como Código de Processo Civil (CPC), não dependem de prova os fatos que são notórios, os que são afirmados por uma das partes e confirmada pela parte adversária, os admitidos, no processo e que são incontroversos, os fatos que em seu favor são invocados a presunção legal de existência ou de veracidade.

Cumprido ressaltar que, fato notório é aquele cujo conteúdo é conhecido por um grande número de pessoas, sendo considerado verdadeiro, certo e indiscutível. De acordo com Saraiva (2011, p. 328):

Os fatos confessados e incontroversos também não dependem de prova. São considerados fatos incontroversos aqueles afirmados, postulados, requeridos por uma parte e confessados, admitidos, confirmados, não contestados pela parte contrária. Nessa linha, o art. 467 da CLT determina que as parcelas incontroversas devem ser quitadas pelo empregador na audiência sob pena de o mesmo ser condenado a pagá-las com o acréscimo de 50%.

Por fim, vale dizer que os fatos cuja existência ou

veracidade são legalmente presumidas, não dependem de prova. O Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, mais conhecido com Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seus arts. 447 e 456, parágrafo único, aponta alguns exemplos sobre o objeto da prova, in verbis:

Art. 447. Na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade.

Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.

Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. (BRASIL, 1943)

Portanto, constituem objeto da prova os fatos relevantes, pertinentes e controvertidos. Em regra, apenas os fatos devem ser provados, pois a parte não é obrigada a provar o direito. Existe, portanto, uma presunção legal de que o juiz conhecedor do direito e, conseqüentemente, as normas que compõem o ordenamento jurídico.

2.4. Princípios sobre a prova

São vários os princípios relacionados à prova, são eles:

2.4.1. Princípio da necessidade da prova

Esse princípio está inserido no art. 370 do novo CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Segundo o referido artigo, a prova deve ser útil, autorizando ao juiz a indeferir diligências inúteis e desnecessárias, as quais trazem prejuízo à celeridade e economia processual. Os fatos não controversos não serão objeto de prova, nem os fatos notórios, confessados, irrelevantes ou inconcludentes. Conforme Saraiva e Manfredini (2013, p. 324),

“os fatos narrados pela parte nos autos devem ser irrefutavelmente provados. Não basta apenas alegar, mas é preciso que a parte prove, demonstre a veracidade de suas alegações. Fatos não provados são inexistentes no mundo jurídico”.

Portanto, tudo o que for levado a juízo deve ser provado pela parte que alegou, entretanto, os fatos notórios e não controversos estão isentos de produção de prova para que se tenha uma maior celeridade para o processo e economia processual.

2.4.2. Princípio da unidade da prova

Consiste no fato de que a prova deverá ser considerada em

seu conjunto e nunca devendo ser apreciada de forma isolada, pois do contrário, a admissão da prova de maneira isolada e contraditórias entre si poderá causar instabilidade processual na composição da lide.

Esse princípio denota a questão da organização e concatenação dos fatos, a prova para que tenha validade no processo deve seguir uma sequência lógica e, portanto, deve ser considerada de formal global e nunca apreciada de forma isolada, sob pena de ferir o princípio da igualdade.

2.4.3. Princípio da legalidade da prova

As provas devem ser produzidas de forma leal, de forma que as mesmas nunca deverão ser obtidas por meios escusos. A Constituição Federal de 1988, em seu texto, mais especificamente, o art. 5º, inciso LVI, determina que, as provas que forem obtidas ilicitamente no processo, são inadmissíveis. Leite (2013, p. 642), no que tange a proibição da prova obtida ilicitamente, afirma que:

As partes devem agir com lealdade em todos os atos processuais, mormente na produção de prova. O princípio da licitude da prova encontra residência no art. 5º, LVI, da CF, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”. É factível afirmar que prova ilícita é aquela que implica violação de norma do direito material, uma

vez que é obtida por meio de ato ilícito. Já as provas que decorrem de violação de norma processual são chamadas ilegítimas.

Cabe destacar, que tal princípio visa resguardar, de forma ampla, a própria respeitabilidade do poder judiciário e dos julgados por ele realizados. Nesse sentido, é o entendimento de Teixeira Filho (2003, p. 70):

Logo, o objetivo de apreender a verdade, de materializá-la nos autos por intermédio de elementos palpáveis se apropriados, nem sempre preside o comportamento dos litigantes, a quem, ao contrário, em determinadas circunstâncias a verdade real não convém, razão por que se interessam em construir, nos autos, um verdade formal que não coincida com aquela. Tais atitudes escusas, de que por vezes se valem as partes, não elimina nem compromete o caráter ético do processo, embora seja forçoso reconhecer que possam pôr em risco a sua respeitabilidade, aos olhos dos jurisdicionados.

2.4.4. Princípio do contraditório

Esse princípio se refere ao direito fundamental que as partes envolvidas na lide, tem de se manifestarem reciprocamente sobre as provas apresentadas. Trata-se de um princípio constitucional explícito e que está definido no art. 5º, inciso LVI, da CF, in verbis: “são inadmissíveis, no processo,

as provas obtidas por meios ilícitos”. Tal princípio deve ser observado em qualquer processo judicial ou administrativo, tendo em vista, que as partes devem ser tratadas de forma igualitária e que possam apresentar suas provas nos momentos processuais convenientes.

2.4.5. Princípio da igualdade da oportunidade da prova

Esse princípio reza que ambas as partes envolvidas na lide, tem o mesmo direito de apresentar a prova nos momentos adequados. Martins (2000, p. 282) que diz que “todos tem os mesmos direitos de apresentar a prova nos momentos adequados”.

Este princípio coaduna com o princípio constitucional da igualdade, definido no art. 5º, inciso I, da vigente Carta Magna, também, tem-se o princípio da isonomia da produção de provas, como um desdobramento do princípio da igualdade das partes no processo. Assim, afirmam Saad, Saad e Branco (2008, p. 570):

Tanto o reclamante como o reclamado devem ter iguais oportunidades, no processo, para realizar as provas de suas alegações. A ofensa a esse princípio acarreta a caracterização do cerceamento de defesa ou provoca a restrição ao direito do Reclamante de provar veracidade do que afirmou no pedido inicial.

2.4.6. Princípio da igualdade da prova

Decorre deste princípio o fato de que a prova somente poderá ser produzida em momentos próprios para este fim. Nos casos de situações de perigo em que a prova poderá não ser realizada, a mesma poderá ser antecipada. Citando Saad, Saad e Branco (2008, p.

570), tem-se que:

Têm as partes de realizar a prova no momento processual adequado. Se não o fizerem, ficará precluso esse direito. Como exceção a essa regra, admite-se que a produção da prova seja extemporânea se demonstrado ficar a impossibilidade de produzi-la em momento anterior ou porque não tinha a parte conhecimento desse meio de prova. É sabido que, por vários motivos, surge a necessidade de produzir-se a prova no momento processual próprio. Na hipótese, a prova se produz *ad perpetuam rei memoriam* isto é, antes da abertura do processo. Os casos configuradores dessa hipótese mais comuns na Justiça do Trabalho são os seguintes: a) a testemunha que pode revelar fatos essenciais a elucidação do litígio tem idade muito avançada, está muito doente ou está prestes a realizar longa viagem para o exterior; b) está prestes a ser desativada indústria em que o trabalho é prestado sob condições insalubres ou perigosas.

2.4.7. Princípio da legalidade

Esse princípio como o próprio nome sugere, diz respeito à obediência à lei, em decorrência deste princípio, a lei prevê uma forma específica para a produção da prova, não podendo ser produzida de maneira diferente do disposto em lei.

2.4.8. Princípio da imediação

Princípio que dá ao juiz gerencia do processo e principalmente das provas a serem produzidas pelas partes. A prova será produzida diante do juiz. Segundo Leite (2013, p. 647), tem-se que:

Princípio da imediação é de natureza processual e não se confunde com o princípio da imediatividade, que é instituto de direito material do trabalho e diz respeito ao lapso de tempo razoável entre a falta cometida pelo empregado e a punição aplicada pelo empregador. Todavia, há quem utilize os termos imediação e imediatividade como sinônimos para fins processuais. O princípio da imediação estabelece que o juiz, como diretor do processo (CLT, art. 765), é quem colhe, direta e imediatamente, a prova. No processo do trabalho, o princípio da imediação está previsto no art. 848 da CLT, que faculta ao juiz, de ofício, interrogar os litigantes, e no art. 852-D (procedimento sumaríssimo), que confere ao juiz ampla liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo, ainda, dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

2.4.9. Princípio da obrigatoriedade da prova

Esse princípio vincula o juiz a proceder o julgamento segundo as provas produzidas no processo, a prova é de interesse do Estado, que pretende o esclarecimento da verdade. O juiz possui ampla liberdade para dirigir o processo, tendo autonomia para determinar que seja produzida a prova que julgar necessária, para o esclarecimento da verdade e auxiliar em seu convencimento.

2.3. Ônus da prova

O ônus da prova cabe a parte que alegou os fatos jurídicos na petição inicial, conforme redação do art. 818 da CLT: “O ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer” (BRASIL, 1943). Como tal redação era demasiadamente simplista, houve a necessidade de ser utilizado também o art. 373 do CPC, in verbis:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

- ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
 - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
- (BRASIL, 1973)

Observa-se o que diz Leite (2013, p. 638):

Nos domínios da ciência jurídica processual, a palavra “prova” também pode ser empregada com diversas acepções. Às vezes, concerne à atuação das partes no processo com o objetivo de evidenciar a existência do fato que pretendem demonstrar em juízo. Nesse sentido, utiliza-se a expressão “produzir a prova”. O vocábulo “prova” também pode ser empregado no sentido de “meio de prova”, ou seja, o modo pelo qual a parte intenta evidenciar os fatos que deseja demonstrar em juízo. A prova documental, por exemplo, é o meio pelo qual a parte pretende demonstrar documentalmente a existência de um fato. Finalmente, prova também pode ser utilizada como “convencimento do juiz”, de acordo com os elementos constantes nos autos do processo. Nesse sentido, fala-se, por exemplo, em determinado fato restou provado em função do convencimento do juiz sobre a sua existência ou inexistência.

No que tange a relação de emprego, cabe ao reclamante demonstrar a relação trabalhista com o reclamado. Com relação a esse tema ônus da prova, pode-se destacar as seguintes súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

Súmula 6 do TST- [...] VIII- É do empregador o ônus da prova do fato da impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial;

Súmula 16 do TST- Presume-se recebida notificação de 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso

desse prazo constitui ônus de prova do destinatário; Súmula 212 do TST- O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação do serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado;

Súmula 254 do TST- O termo inicial do direito ao salário-família coincide com a prova da filiação. Se feita em juízo, corresponde à data de ajuizamento do pedido, salvo se comprovado que anteriormente empregador se recusara a receber a respectiva certidão;

Súmula 338 do TST-I- É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elida por prova em contrário. II- A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III- Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (BRASIL, 2015b)

De acordo com Saraiva e Manfredini (2013, p. 392), tem-se:

No que atine à prova da existência ou não da relação de emprego, para a distribuição do ônus da prova, devemos considerar as seguintes situações: se o reclamante requerer em juízo o reconhecimento do

vínculo de emprego e a reclamada negar a prestação de tais serviços, é do empregado o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito; Se o reclamante requerer em juízo o reconhecimento do vínculo de emprego e a reclamada, na defesa, admitir a prestação de serviços do obreiro, não como empregado, mas como trabalhador autônomo, será do empregador o ônus de comprovar que a relação havida não era de emprego (fato obstativo do direito do autor). Não obstante as regras atinentes à distribuição das provas entre as partes, doutrina e jurisprudência vêm, paulatinamente, admitindo, em alguns casos, a denominada inversão do ônus da prova, transferindo a prova que, inicialmente seria do obreiro, para a empresa, com o claro intuito de proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica trabalhista.

O ônus da prova está disciplinado no art. 818 da CLT, onde cabe a parte provas as alegações que faz; cabe ao reclamante, a prova do fato constitutivo de seu direito e, ao reclamado, a prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo desse fato constitutivo. Essa norma tem sua complementação descrita no art. 373 do CPC de 2015, que trouxe algumas novidades como a sua nova edição, *in verbis*:

Art. 373 - O ônus da prova incumbe:
ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
ao réu, quanto à existência de fato impeditivo,
modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à

impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I-recair sobre direito indisponível da parte;

II-tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015a)

Conforme explicação de Bueno (2015, p. 273), pode-se destacar:

A regra tradicional do ônus da prova entre autor e réu é assegurada nos dois incisos do art. 373, caput, que, no particular, conserva a regra constante do art. 333 CPC atual. Os §§ 1º e 2º, por sua vez, inovam ao admitir e disciplinar expressamente os casos em que pode haver modificação (legal ou judicial) das regras constante dos incisos do caput. O §1º deixa claro que deve haver decisão judicial prévia que assim determine e que crie condições para que a parte efetivamente se desincumba do ônus respectivo, com as condicionantes do § 2º. O instante procedimental adequado para o proferimento desta decisão é por ocasião do “saneamento e organização do processo”, como se verifica do art. 357, III.

A decisão que determina a inversão do ônus da prova é recorrível imediatamente, por agravo de instrumento, como se verifica do inciso XI do art. 1015. O § 3º trata da distribuição convencional do ônus da prova, reproduzindo o parágrafo único do art. 333 do CPC atual, com novidade do § 4º, que admite a realização da convenção antes ou durante do processo. É dispositivo que acabará dialogando intensamente com a possibilidade de as partes realizarem negócios processuais nos moldes do art. 190 do novo CPC.

Ressalte-se que o CPC de 2015 trouxe como inovação a admissão da modificação do ônus da prova, conforme diz o art. 373, § 1º, que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do ato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Esta é conhecida, teoria da carga dinâmica da prova.

A teoria da carga dinâmica da prova consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra impossibilitado de suportá-lo, impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova primordial para a solução do conflito. O mais importante desta teoria está justamente em permitir ao juiz uma maior flexibilização das regras do ônus



probatório, de acordo com seu próprio convencimento e conforme seja a situação particular das partes em relação à produção de determinada prova verificada por ele mesmo no processo submetido a sua apreciação, e não só aplicar os critérios anteriormente definidos na lei.

Sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, Alvim (2015, online) afirmar que:

O NCPC mantém a atual distribuição do ônus probatório entre autor (quanto ao fato constitutivo de seu direito) e réu (quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), abrindo-se, porém, no §1º do artigo 373, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto. O dispositivo mencionado tem a seguinte redação: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Segundo Pereira (2011, p. 460):

[...] o empregado tem grande dificuldade de produzir provas, pois a maioria delas encontra-se em poder do empregador. Assim, a doutrina vem defendendo

a aplicação do princípio da aptidão da prova. Por esse princípio o juiz está autorizado a inverter o ônus da prova, tendo em vista que a maior aptidão na formação do conjunto probatório é do empregador.

É importante dizer que o Novo CPC fala expressamente sobre a distribuição do ônus da prova, apesar dessa novidade já ser largamente admitida pela doutrina e jurisprudência. Wambier et al. (2015, p. 560) afirmam que:

Assim, o juiz poderá, a partir da análise, no caso concreto, de quem está em melhores condições de produzir a prova, distribuir o respectivo ônus entre as partes, de forma diversa daquela fixada na lei. Mas deverá fazê-lo na decisão de saneamento e organização do processo, de forma a não colher as partes de surpresa e assegurar-lhes, tempo hábil para se desincumbirem do ônus que originariamente incumbiria o ônus que originariamente não lhes cabia. O juiz deve-se atentar, portanto, de um lado, para a facilidade com que uma das partes poderá fazer a prova de determinado fato, e de outro, para a impossibilidade ou extrema dificuldade que a parte, a quem originariamente incumbiria o ônus, teria para fazer a prova desse mesmo fato.

A facilidade, dificuldade ou impossibilidade está relacionada ao aspecto técnico, e não econômico pois, em relação a este, há as regras da assistência judiciária gratuita. Se extrema dificuldade for de ambas as partes, não há que se redistribuir o ônus.

Para finalizar, pode-se dizer em simples palavras que

a inversão do ônus da prova tem respaldo, os fundamentos do direito processual do trabalho que é a facilitação ao acesso a justiça trabalhista para o trabalhador, que resultará, por conseguinte, a facilitação da colheita de provas, a proteção ao trabalhador hipossuficiente e a promoção da legislação trabalhista e social.

2.4. Meios de prova

Os meios de prova são sintetizados como os mecanismos ou instrumentos, admitidos legalmente, em que se pode provar os fatos jurídicos alegados. Como ressalta Nascimento (2010, p. 627):

A palavra “prova” tem sido utilizada tanto para designar a atividade como o instrumento. Podem existir meios de prova que nada provem, entendido o meio como atividade. Como também podem existir instrumentos que não demonstrem. Parece-nos que ambos os sentidos se entrelaçam, e que por meio de prova deve ser entendida a fonte que emana a convicção do juiz.

Na legislação processual trabalhista não há uma enumeração taxativa dos meios de prova. Assim são meios de prova aqueles previstos em lei, trabalhista ou civil, processual ou material.

A seguir, analisam-se, separadamente, os principais meios de prova admitidos no processo.

2.4.1. Depoimento pessoal e interrogatório

Pode-se definir o depoimento pessoal como uma declaração prestada pelo autor ou pelo réu, sobre os fatos objeto do litígio, diante da autoridade judiciária. A CLT, em seu art. 848, § 1º, prevê esse meio de prova:

Art. 848 - Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes.

§ 1º - Findo o interrogatório, poderá qualquer dos litigantes retirar-se, prosseguindo a instrução com o seu representante. (BRASIL, 1943)

Na atualidade, o juiz veio a substituir o papel do Presidente, e não há mais vogais, isso como decorrência da Emenda Constitucional nº 24, de 9 de dezembro de 1999. Segundo entendimento da Súmula nº 74 do TST, a petição inicial e na contestação deve ser pedido o depoimento pessoal da parte contrária, sob pena de confissão.

2.4.2. Confissão real e ficta

A confissão é um meio de prova que consiste na declaração expressa, consciente e sem coação, de qualquer das partes do processo sobre fatos pessoais ou sobre o conhecimento de

outros fatos prejudiciais a quem faz ou ao seu representante, conforme o caso, ou simplesmente favoráveis à outra parte no processo.

Confissão real é a principal prova, nela o principal objetivo é o reconhecimento da veracidade dos fatos alegados pelas partes, obtida com seu próprio depoimento ou feita por procurador com poderes expressos para tal ato.

A Confissão ficta acontece quando a parte não comparece à audiência em que deveria prestar seu depoimento, entretanto, se existir outra prova pré-constituída nos autos, o juiz poderá utilizá-la para afastar a confissão ficta.

Além disso, caso a parte se recuse a responder às perguntas formuladas pelo juiz ou afirme ignorar os fatos relevantes e pertinentes para solucionar a lide, também haverá a confissão ficta (art. 391, do CPC). Conforme Leite (2013, p. 673):

A confissão real goza de presunção absoluta, razão pela qual : a) a parte a quem ela aproveita retira de si o ônus probandi do fato confessado; b) o juiz tem o dever de acatá-la como fator determinante para o deslinde da questão, sendo-lhe lícito, inclusive, revelar pequenos defeitos formais da petição inicial ou da defesa se improcedente o pedido; c) é indivisível, isto é, deve ser considerada por inteiro, não podendo ser aceita no tópico em que beneficia a parte e rejeitada no que lhe for desfavorável (CPC, ver artigo novo CPC).

Já a confissão ficta goza de presunção relativa. Por isso é que a confissão ficta prevalece enquanto não

houver outros meios probatórios constantes dos autos capazes de elidi-la, como a prova documental, prova testemunhal e, até mesmo, a confissão real.

2.4.3. Prova testemunhal

Echandia (1972, apud NASCIMENTO, 2010, p. 633) conceitua testemunho como sendo “um meio de prova que consiste na declaração representativa que uma pessoa, que não é parte do processo, faz ao juiz, com fins processuais, sobre o que sabe a respeito de um fato de qualquer natureza”.

Pode-se conceituar testemunha como a pessoa chamada a juízo para depor sobre fatos constantes do litígio, atestando ou não a veracidade dos mesmos ou ainda prestando esclarecimentos sobre fatos indagados pelo magistrado. A prova testemunhal pode ser considerada o meio de prova mais inseguro e mais volúvel que se pode ter no processo, entretanto, tornou-se o meio de prova mais utilizado no processo do trabalho.

Podem depor como testemunhas todas as pessoas físicas que sejam capazes e que tenham conhecimento sobre os fatos do processo.

2.4.4. Prova documental

Conforme Leite (2013, p. 680):

Na verdade, a CLT faz referência a documentos, ainda de forma não sistematizada, nos seguintes

artigos:

Art. 777. Os requerimentos e documentos apresentados, os atos e termos processuais, as petições ou razões de recursos e quaisquer outros papéis referente aos feitos formarão os autos dos processos, os quais ficarão sob a responsabilidade dos escrivães ou chefes de secretaria.

Art. 780. Os documentos juntos aos autos poderão ser desentranhados somente depois de findo o processo, ficando traslado.

Art. 787. A reclamação escrita deverá ser formulada em 2 (duas) vias e desde logo acompanhada dos documentos em que se fundar.

Art. 830. O documento em cópia oferecido para a prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventuário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos.

É entendimento de Leite (2013, p. 680):

Pensamos que o CPC pode ser aplicado de forma subsidiária ao processo do trabalho, no tocante à prova documental, exceto quanto às regras expressamente previstas nos artigos acima descritos, e ainda assim desde que a migração normativa não implique ferimento aos princípios e peculiaridades do procedimento nas ações trabalhistas.

Portanto, a utilização do CPC de forma subsidiária a

CLT é de consenso comum, é sabido por todos que quando a legislação específica é silente, utiliza-se a norma geral.

2.4.5. Incidente de falsidade documental

O incidente de falsidade é um procedimento em que a é permitido à parte contra quem foi produzido o documento suscitar o incidente de sua falsidade.. A CLT não trata dessa questão, portanto, há a aplicação subsidiária do CPC. Giglio (apud LEITE, 2013, p. 685) afirma que:

[...] a reclamada não toma necessariamente ciência dos documentos que informam a petição inicial da ação principal, senão em audiência quando deve apresentar a resposta, porque não há obrigatoriedade de fornecê-los em duplicata, nem hipótese deve ser aberto o prazo de 10 dias para arguição de falsidade, adaptando-se a regra do art. 390 do CPC às peculiaridades do procedimento na Justiça do Trabalho. Intimado do incidente, a parte que produziu o documento terá o prazo de dez dias para contrariá-lo ordenando o juiz, em seguida, a realização de prova pericial, salvo se quem juntou o documento se dispuser a retirá-lo e a parte contrária concordar com o desentranhamento.

Ainda segundo Leite (2013, p. 685):

Quando o documento for oferecido antes de encerrada a instrução, a parte o arguirá de falso, em petição dirigida ao juiz da causa, expondo os

motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado(CPC, art. 391). Neste caso, o incidente será processado nos mesmos autos.

2.4.6. Exibição de documentos

A exibição de documentos é um pedido em que a parte que pretende provar suas alegações por meio de documentos que se encontram em poder da outra parte, faz ao juiz para que ele determine a sua exibição, sob pena de serem considerados como verdadeiros os fatos que a parte interessada pretendia provar com o respectivo documento.

2.4.7. Perícia

A prova pericial poderá ser um exame, vistoria ou avaliação, cabendo ao profissional elaborar o laudo pericial, que conterà os dados técnicos necessários à elucidação dos fatos e à formação da convicção do juiz. Leite (2013, p. 689) faz as seguintes considerações sobre a perícia:

Escolhidos dentre os profissionais de nível universitário, os peritos deverão estar devidamente inscritos no órgão de classe competente, ao qual compete expedir certidão comprobatória da especialidade na matéria sobre que os peritos deverão opinar. Quando se tratar de exame que tenha por objeto a autenticidade ou falsidade de documento

(v.g., exame grafotécnico), bem como matéria de natureza médico-legal, a escolha do perito deverá recair preferencialmente entre os servidores públicos que exerçam os correspondentes cargos técnicos nos órgãos da Administração Pública. O perito tem o dever de bem cumprir o ofício, observando os prazos legais e empregando toda a sua diligencia. Poderá, todavia, escusar-se do encargo, desde que alegue motivo legítimo. A escusa será apresentada dentro de cinco dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la (CPC, arts. 146 e 423). O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por dois anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer.

2.4.8. Prova pericial emprestada

Consiste na transferência de provas realizadas no bojo de um processo para outro, mediante certidão. Esta prova será inserida no processo como prova documental, devendo ser utilizada, apenas de forma excepcional, haja vista, que as provas devem ser produzidas no mesmo juízo onde se encontra a lide. Leite (2013, p. 694), fala que:

Há controvérsia sobre o cabimento da prova pericial emprestada, que é aquela produzida em outro processo distinto. Para uns, a prova emprestada é nula por violar os princípios do contraditório e da

ampla defesa. Outros sustentam a sua validade, por estar em conformidade ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

2.4.9. Inspeção judicial

É definido como uma diligencia de ordem processual, realizada pelo juiz de ofício ou a requerimento da parte, com o principal objetivo de esclarecer os fatos que interessem ao julgamento da causa. Oliveira (2004, p. 141) afirma que:

A inspeção judicial poderá dirigir-se a pessoas ou coisa que sejam fontes de provas de fatos relevantes que envolvem a causa.

A inspeção dá oportunidade de o julgador constatar in loco aquilo de que somente tinha percepção por meio de documentos ou de afirmações nos autos. Traduz meio hábil de firmar a convicção do julgador. Poderá ser levada a efeito a requerimento da parte interessada ou de ofício pelo juiz. Ao deslocar-se para o local da inspeção, poderá o juiz fazer-se assessorar de quantos peritos julgar necessário.

Concluída a diligencia, determinará o juiz que se lavre laudo circunstanciado, onde se mencionará tudo que se apresente útil ao julgamento da causa.

Santos (1977 apud OLIVEIRA, 2004, p. 142) recomenda que:

[...] em se tratando de inspeção de pessoa, serão assegurados todos os direitos pertinentes à dignidade humana, afastando do ato a pessoa do seu adversário e permitindo-lhe fazer-se assistir de

pessoa de sua confiança, inclusive do seu procurador e do seu assistente técnico. O adversário da pessoa examinada poderá, entretanto, participar do ato do exame por meio de seu procurador e do seu respectivo assistente técnico.

2.5. Licitude dos meios de prova

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5, inciso LVI, dispõe que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”. Esta norma harmoniza-se com o disposto no novo CPC, em seu art. 369, in verbis:

Art. 369 - As partes tem o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 2015a)

Vale dizer, que a norma supracitada, possui aplicabilidade no processo trabalhista. Uma prova para ser legal, precisa ser obtida de forma lícita, conforme determina a vigente Constituição. Além disso, observa-se que, conforme o disposto no art. 369, esse meio de obtenção da prova além de ser legal deve ser moral para que tenha validade no processo. Portanto, não há conflito entre as duas normas.

Cabe dizer, que a utilização da prova emprestada pode ser admitida no processo, contanto, que seja dado a parte o direito



ao contraditório. Saad, Saad e Branco (2008 p. 570) afirmam que: “A prova emprestada, oriunda de outro processo, só se torna válida se admitido o contraditório. É permitido ao juiz incorporá-la ao conjunto de provas, mas, no caso, terá sempre de ouvir a parte interessada”.

Saliente-se, que a doutrina constitucional tende a minorar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções que a exclusão desse tipo de prova possa acarretar aos casos de excepcional gravidade. De acordo com as palavras de Moraes (2014, p. 116):

Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizados, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Pode-se concluir com nenhum princípio é absoluto e que a depender da gravidade do caso concreto, excepcionalmente, se admitirá a prova ilícita como prova do processo.

3. PROVA ILÍCITA

3.1. Conceito de prova ilícita

Pode-se conceituar as provas ilícitas, aquelas obtidas de forma a violar a norma, seja de direito material, seja de direito processual. De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5, inciso LVI, tem-se que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”. Segundo a definição de Avolio (1999, p. 161):

Reputam-se ilícitas as provas obtidas com infração a normas ou princípios de direito material. Embora essa violação ocorra no plano do direito material, a ilicitude repercute no plano do direito material, a ilicitude repercute no plano processual, tornando a prova inutilizável. A maioria dos ordenamentos comparados prevê atualmente a inutilizabilidade no processo das provas ilícitas, segundo critérios próprios: na Itália e Alemanha, por disposição expressa dos respectivos Códigos de Processo Penal; nos Estados Unidos, por construção jurisprudencial a partir do enunciado da IV Emenda à Constituição, consubstanciada na exclusiva *ryrule*; na Espanha, por disposição genérica contida na Lei Orgânica do Poder Judiciário sobre as provas obtidas a partir de violação dos direitos ou liberdades fundamentais; e na França, pela interpretação de dispositivos processuais que regulam as nulidades. De acordo com Marinoni e Arenhart (2004, p. 326): Em princípio, são rejeitadas, entre outras a prova obtida através de pessoas introduzidas clandestinamente no domicílio daquele contra o qual se pretende produzir a prova; A prova obtida por meio de interceptação clandestina de conversa telefônica; a utilização de um diário íntimo, contra a vontade ou mesmo sem a autorização do seu autor;

e ainda a prova obtida por meio de tortura.

O direito a prova é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para a obtenção das mesmas. Entretanto, se há a proteção dos direitos que podem ser violados pela prova ilícita, também é necessária a tutela dos direitos que não podem ser demonstrados através de outra prova. Pesam se aí os princípios da proporcionalidade e da intimidade. Marinoni e Arenhart (2004, p 327) relatam que:

Em 1970, por exemplo, o “Bundesgerichtshof”, apreciando uma ação de divórcio, afirmou que o interesse em provar determinados fatos em juízo não poderia justificar a indevida invasão da esfera pessoal de um indivíduo. Esse julgamento, entretanto, não contou com a adesão de boa parte da doutrina, e alguns chegaram a registrar que o Superior Tribunal Federal alemão incorreu em erro na individuação dos valores balanceados. No caso específico, concluiu-se que não se tratava de contrapor o direito da personalidade de uma das partes ao interesse objetivo à descoberta da verdade, ou ao interesse subjetivo à obtenção de um meio de prova, mas sim de balancear o direito de um dos cônjuges com o direito de outro, pois, se o primeiro pretendia justamente ser tutelado contra a invasão indevida na sua esfera de intimidade, o segundo

tinha um direito igualmente respeitável à dissolução do vínculo matrimonial.

Portanto, percebe-se que existem casos, os quais estão contrapostos direitos fundamentais, que são tutelados pelo direito, por isso que se fala de balanceamento dos valores em jogo. Na realidade deve -se contrapor, diante das circunstancias do caso concreto, o direito que seria realizado através da prova, e não o direito à prova, ao direito de personalidade que foi desconsiderado.

Cabe ressaltar que existem alguns doutrinadores que condenam em absoluto a utilização da prova ilícita como meio de prova, como é o caso de Saad, Saad e Branco (2008, p. 577), que afirmam:

Tais palavras se prendem a uma ação penal, mas temos como certo que elas tem sentido genérico, pois, é inadmissível que um processo comum ou trabalhista provas obtidas com ilicitude. A justiça não pode nem deve acumpliciar-se com o ilícito para aplicar a lei no caso concreto.

3.2. Distinção entre prova ilícita e ilegítima

As provas ilícitas são chamadas de provas vedadas, que por disposição de lei não podem ser trazidas a juízo ou



invocadas como fundamento de um direito. Pelo mesmo motivo, enquadram-se dentro das provas ilegais, ao lado das provas ilegítimas.

Apesar de espécies de provas ilegais, as prova ilícitas não se confundem com as provas ilegítimas. Enquanto, as provas ilícitas são aquelas obtidas com violação ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Disto conclui-se que determinadas provas ilícitas podem, ao mesmo tempo, ser ilegítimas, caso a lei processual impeça a produção da prova em juízo. Segundo Avolio (1999, p. 161), tem-se que:

1. Reputam-se ilícitas as provas obtidas com infração a normas ou princípios de direito material.
2. Embora essa violação ocorra no plano do direito material, a ilicitude repercute no plano processual, tornando a prova inutilizável.
3. A maioria dos ordenamentos comparados prevê atualmente a inutilizabilidade no processo das provas ilícitas, segundo critérios próprios: na Itália e Alemanha, por disposição expressa dos respectivos Códigos de Processo Penal; nos Estados Unidos, por construção jurisprudencial a partir do enunciado da IV Emenda à Constituição, consubstanciada na exclusionaryrule; na Espanha, por disposição genérica contida na Lei Orgânica do Poder Judiciário sobre as provas obtidas a partir de violação a direitos ou liberdades fundamentais;

e na França, pela interpretação de dispositivos processuais que regulam as nulidades.

As provas obtidas sem a observância das garantias previstas na Constituição federal ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento denotará desrespeito ao princípio do devido processo legal. Entretanto, cabe ressaltar que, uma coisa é violar uma regra de direito material no momento da obtenção da prova. Outra completamente distinta é violar uma regra processual no momento da produção da prova. Cabe ressaltar, ainda que a obtenção da prova não se confunde com a produção da prova, pois esta se dá por meio de um ato processual e aquela acontece fora do processo. A confissão mediante tortura é prova ilícita; a confissão em juízo, perante o juiz da causa, sem a intervenção de advogado, é prova ilegítima. Ambas são antinormativas, entretanto uma é ilícita, enquanto a outra é ilegítima.

3.3. Prova ilícita no direito do trabalho

Ao requerer a prestação de tutela jurisdicional em um litígio trabalhista, deve o demandante apresentar as provas preexistentes sendo facultado a este a postulação pela produção de demais provas cabíveis. Deste modo, a produção de prova passa a ser o propósito fundamental do processo, porquanto

meio de busca pela verdade. Apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 foi abordado o tema atinente às provas ilícitas de forma clara.

No direito processual trabalhista, inexistente a previsão legal acerca da ilicitude da prova, entretanto, a CLT, que prevê normas tanto de direito material quanto processual, destinou apenas alguns de seus artigos ao direito probatório, sendo estes limitados à prova testemunhal, documental e pericial, nos quais há grande possibilidade de ocorrência de ilicitude, não havendo qualquer previsão legal especial concernente a admissibilidade ou afastamento das provas obtidas por meios ilícitos.

O emprego da prova ilícita, ainda que dependente da ponderação dos valores, somente pode ser admitido quando a prova foi obtida ou formada ilicitamente, quando inexistia outra maneira para a demonstração dos fatos em juízo. A prova ilícita somente pode ser admitida quando é a única capaz de evidenciar fato absolutamente necessário para a tutela de um direito que, no caso concreto, merece ser realizado ainda que diante do direito da personalidade atingido. Para que o magistrado possa concluir que se é justificável ou não o uso da prova, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência de um dos direitos acima do outro, de acordo com valores do seu momento e diante das circunstâncias do caso concreto.

Para a doutrina e jurisprudência, existem três teorias para a prova ilícita no processo.

São elas:

a) Vedação total: toda e qualquer prova obtida ilicitamente é inadmissível no processo;

b) Permissiva: basta que o conteúdo da prova seja lícito para que a mesma possa ser admitida como lícita ao processo, embora tenha sido obtida de forma ilícita;

c) Proporcionalidade ou ponderação: o juiz valorará conforme seu entendimento no caso concreto, qual o princípio deverá ser prestigiado e qual será sacrificado. Segundo entendimento de Leite (2008 apud SCHIAVI, 2009, p. 540), in verbis:

[...] as partes tem o dever de agir com lealdade, em todos os atos processuais, mormente, na produção da prova. O princípio da licitude da prova encontra residência no art. 5º, LVI, da CF, segundo o qual „são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos“Esse princípio tem sido mitigado por outros: o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, segundo o qual não se deve chegar ao extremo de negar validade a toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, como, por exemplo, uma gravação sub-reptícia utilizada por empregada que deseja fazer prova de que fora vítima de assédio sexual de empregador ou superior hierárquico, sem o conhecimento deste. A revista íntima também pode ensejar a violação ao princípio, salvo se o empregador



adota todos os meios necessários à preservação da intimidade e da dignidade do trabalhador.

Ainda seguindo o mesmo entendimento, Schiavi (2009, p. 540) em suas palavras diz que:

[...] acreditamos que a regra da proporcionalidade é a melhor para se admitir a pertinência da prova obtida por meio ilícito no processo, pois nenhuma regra processual é absoluta, devendo ser sopesada em confronto com outro direito fundamental. Além disso, prestigia a justiça da decisão no caso concreto, possibilitando ao juiz diante do conflito de princípios, escolher entre dois males, o menor, ou escolher a melhor justiça.

4. GRAVAÇÃO CLANDESTINA

Diante do avanço dos meios eletrônicos e novas de tecnologias que a todos os dias se modernizam, verifica-se na prática que as pessoas sentem a necessidade de utilizá-las em seu dia-a-dia. Neste contexto, observa-se que a cada dia as pessoas sentem a necessidade de guardar essas informações como forma de documentar, tanto os conteúdos de suas conversas quanto as gravações de vídeos, os quais muitas vezes, acabam sendo difundidos em redes sociais. Entretanto, quando se trata, especialmente, da utilização dos seus resultados no processo,

as garantias dos direitos individuais assumem, nas vedações probatórias, um contorno publicístico, sob a ótica do devido processo legal, de garantias em nome da jurisdição.

4.1. Conceito

A gravação clandestina consiste no registro de conversa telefônica (gravação clandestina propriamente dita) ou da conversa entre presentes (gravação ambiental) por um dos seus participantes, com o desconhecimento do outro. Como na gravação clandestina a gravação é do conhecimento de um dos seus interlocutores e não parte de um terceiro, jamais poderá ser confundida, ou mesmo conceituada como interceptação.

A gravação clandestina de conversa telefônica pode ser vista como grave violação ao direito à intimidade da pessoa. Todavia, o sigilo constitucional das comunicações não pode ser considerado absoluto, sujeitando-se, assim, ao princípio da proporcionalidade, até para que se evite que a sua tutela sirva de pretexto para causar danos aos direitos de outra pessoa. Assim, a eventual invasão de privacidade seria justificada se analisada a situação concreta, a fim de se observar os direitos colocados em confronto, a partir da concepção de que a captação da conversa telefônica não resulte de meios ardilosos e não represente uma injustificável restrição da esfera dos direitos da personalidade.

Segundo análise jurisprudencial, a inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas é entendimento que vem

sendo abrandado, sendo o princípio da proporcionalidade o instrumento a ser utilizado como forma de aproximar os extremos da situação analisada. No caso das gravações clandestinas de conversa telefônica, a jurisprudência vem caminhando para o entendimento de que a gravação de uma conversa por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro, não se enquadra no conceito de interceptação telefônica, e de consequência, não é considerada meio ilícito de obtenção de prova.

Avolio (1999, p. 108) fala com propriedade em sua obra sobre a gravação clandestina, in verbis:

A prova obtida através de gravação clandestina seria irrestritamente admissível. Qualquer pessoa pode gravar sua própria conversa. O que se proíbe é a divulgação indevida. Isto porque, em nosso ordenamento, a comunicação do teor da carta ou de outros dados, pelo destinatário a terceiro, sem o assentimento do remetente, não configura crime contra a inviolabilidade da correspondência, embora possa tipificar o de divulgação de segredo.

4.2. A importância da teoria da proporcionalidade no direito brasileiro

Neste momento inicial, é importante citar o que

se entende por proporcionalidade num sentido geral. A proporcionalidade surge vinculada à limitação do poder estatal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias individuais. De modo geral, ao Estado cabe proceder a limitação destes direitos, de forma a atender o interesse público; dessa forma, o agir estatal deve observar a proporcionalidade nos meios a serem empregados e nos fins a serem obtidos.

Além disso, o mencionado princípio possui como principais elementos: a adequação, segundo o qual os meios eleitos pelo Estado devem ser adequados para atingir os fins almejados; a necessidade ou exigibilidade, que determina que o meio escolhido seja o menos gravoso para o cidadão; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a relação custo-benefício para o Poder Público, de forma que o ganho obtido seja necessariamente maior do que o prejuízo suportado pela coletividade.

Sobre o referido princípio em relação à Constituição Federal, Castro (2007, pp. 109110) diz que:

[...] é bem verdade que o princípio da proporcionalidade ainda não é um cânone expresso no texto constitucional, mas está claramente implícito quando o legislador constituinte de 1988 adotou a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV); o sistema misto do controle jurisdicional da constitucionalidade (art. 102 e incs.); o sistema



difuso em que a inconstitucionalidade de uma lei pode ser declarada por um juiz a quo, somente gerando efeitos entre as partes; e o sistema concentrado em que a inconstitucionalidade de uma lei é declarada por um Tribunal Superior, gerando efeitos vinculados erga omnes.

Na seara das provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade surgiu como uma corrente intermediária concernente à possibilidade de admissão destas no processo penal, com o objetivo principal de evitar posicionamentos muito radicais. Este princípio diz que nenhuma garantia constitucional tem valor absoluto ou supremo de modo a tornar inválida outra de equivalente importância. Tem-se, assim, a confrontação de pesos e contrapesos, adotada pelo Direito Alemão. Ocorre que a posição dominante, aquela em que a prova ilícita é inadmissível, foi atenuada por intervenções pontuais, isto é, voltadas para a resolução de casos especiais, em que seria mais prudente a aceitação à prova colhida por meio ilegal.

Para esta teoria, então, as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas. Com isso, é impossível a ocorrência de conflitos insolúveis entre valores defendidos pela Constituição Federal. Nesse andar, surge a proporcionalidade para solucionar estes conflitos, sopesando valores e definindo qual prevalecerá

no caso concreto.

Sob o entendimento de que esta corrente “limita os limites dos direitos fundamentais”, verifica-se que a teoria da proporcionalidade vem admitindo a prova ilícita, sempre em caráter excepcional e em casos visivelmente graves, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. Avolio (1999, p. 64) aponta que:

Em vários princípios que informam o direito processual é possível identificar manifestações da proporcionalidade, sendo esta que fundamentaria, aliás, a opção pelo predomínio ora de um deles, ora de seu oposto, nos diversos procedimentos. A própria relação “direito material – direito processual” é de “meio-fim”, trazendo ínsita a marca da proporcionalidade : o excesso de formalismo no processo, assim, poderia inviabilizar a aplicação do direito material. Especificamente no âmbito desse estudo, poderíamos traçar os limites da aplicação da proporcionalidade. A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto entre os valores constitucionalmente relevantes postos em

confronto.

Ainda falando sobre o princípio constitucional da proporcionalidade, pode-se citar o posicionamento de Mota (2011, p. 60), in verbis:

No seio da teoria constitucional brasileira, as divergências residem menos no reconhecimento da positividade constitucional da proporcionalidade do que na pluralidade de seus fundamentos, a exemplo do que ocorre com a teoria constitucional alemã.

De outra parte, mais do que para assentar a sua sede positiva no direito constitucional, convém o exame das distintas fundamentações da proporcionalidade como forma de apresentar seus principais traços característicos, que conduzem ao procedimento de controle racional da colisão entre padrões jurídicos válidos que prescrevem orientações conflitantes, a serem realizadas no melhor grau possível, em determinada situação concreta.

Esse procedimento, o procedimento da proporcionalidade, impõe, através dos mandamentos jurídicos que o compõem, as etapas argumentativas a serem percorridas por aquele que deve decidir qual dos padrões jurídicos conflitantes deve prevalecer, conforme as circunstâncias do caso.

O princípio da proporcionalidade (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) está associado à ideia de

justiça, devido processo legal etc.), aos direitos fundamentais, assim como à estrutura normativa dos sistemas jurídicos. Cada uma dessas relações pode ser vista como um tipo de fundamentação da proporcionalidade.

Com efeito, pode-se dizer que a proporcionalidade relaciona-se à ideia de justiça, é pressuposta pela tensão entre os princípios constitucionais, é ínsita aos direitos fundamentais, assim como deriva da própria estrutura do sistema jurídico.

É bom que se tome nota das palavras de Moraes (2014, p. 116), no que diz respeito sobre o princípio da proporcionalidade:

Na jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade pro reo, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência. Desta forma, repita-se que a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.

Portanto, conclui-se que se pode utilizar a prova ilícita,

sempre como exceção, na aplicação do caso concreto, desde que esteja em jogo e em posição contrária um outro princípio ao qual se atribuiu igual ou maior valor, diante da relatividade dos valores fundamentais.

4.3. A gravação clandestina nos tribunais

As decisões dos tribunais acerca do tema abordado são elencadas abaixo:

EMENTA: COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA - INTERCEPTAÇÃO VIOLAÇÃO DO SIGILO - MEIO DE PROVA INADMISSÍVEL NO PROCESSO DO TRABALHO - EXCEÇÃO - Nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, compete ao Autor a demonstração da ocorrência dos fatos controvertidos, que dão origem ao direito reivindicado. [...] No contexto da ressalva contida na parte final do inciso XII, assim como no art. 1º, da Lei n. 9.296/96, combinados com o art. 332, do CPC, não se afigura possível a interceptação telefônica para outros fins “inclusive trabalhistas” que não os previstos expressamente: investigação criminal e instrução processual penal. Assim, seja na origem, seja por derivação de investigação criminal, eventual interceptação não pode perpassar aquela seara, posto que, embora a árvore não esteja

contaminada, os seus frutos estariam. Todavia, em alguns casos, diferentemente da interceptação, a gravação clandestina, que é a gravação de conversação diretamente por um dos interlocutores, partícipe da conversa, deve ser admitida. Se não houver a participação ou a interceptação de terceiro, ainda que com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, a ilicitude se despotencializa, porque é o próprio interlocutor gravando diretamente conversa da qual é agente. Apesar de bastante restritiva, essa exceção deve ser admitida, pois várias empresas já adotam esse método, apesar da comunicação ao interlocutor que a conversa está sendo gravada. (TRT-3 - RO 961508 00035-2008-077-03-00-3, Relator: Luiz Otávio Linhares Renault, Quarta Turma, DJMG. 08/07/2008)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - DEFERIMENTO DE PROVA - TRANSCRIÇÃO DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES - LICITUDE - Conforme estabelece o art. 131 do CPC, cabe ao juiz, verificando a pertinência, a adequação e a legitimidade da prova, decidir sobre a necessidade de sua produção para a formação de sua convicção pessoal acerca da lide. Assim, não fere direito líquido e certo dos réus o ato judicial que determina a transcrição, por um perito, de fita magnética contendo gravação telefônica feita por um dos interlocutores da conversa, figurante no

pólo passivo da relação processual. Na espécie, não se verifica a violação a princípio legal sobre prova, conforme jurisprudência firmada pelo STF. (TRT-3 - Acórdão do Processo nº 01068-2006-000-03-00-3 MS, Relatora: Juíza Convocada Adriana Goulart de Sena, 1º Seção Espec. de Dissídios Individuais, publicado em 24/11/2006).

EMENTA. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA. A aceitação no processo Judiciário do Trabalho, de gravação de diálogo telefônico mantido pelas partes e oferecida por uma delas, como prova para elucidação de fatos controvertidos em juízo, não afronta suposto direito líquido e certo da outra parte, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, porque essa garantia se dá em relação a terceiros e não aos interlocutores. Recurso Ordinário a que se nega provimento, para ser confirmado o acórdão regional, que negou a segurança requerida. (TST-SDI-I ROMS n 11134/90, Relator: Ministro Ermes Pedro Pedrassani, decidido em 17.09.1991, DJ. 27.09.1991).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF.

I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação “the fruits of the poisonous tree” não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (STF - AI-AgR 503617 PR, Relator: Min. Carlos Velloso, j. 01/02/2005, Segunda Turma, DJ. 04/03/2005)

Corroborando com o firme entendimento jurisprudencial, Moraes (2014, p. 121), in verbis:

Nesse sentido e no referido julgamento, assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence a existência de exclusão da ilicitude da gravação obtida por um dos interlocutores, vítima de corrupção passiva ou concussão já consumada, apesar do desconhecimento do outro interlocutor, e, conseqüentemente, a

possibilidade de sua utilização.

Nesse mesmo sentido, reiterando esse posicionamento, decidiu o STF que “é lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista”.

Na atualidade, embora não haja lei expressa a respeito do assunto, tornou-se bastante claro e firme o entendimento do Superior Tribunal Federal (STF) no sentido da admissibilidade, em alguns casos, da gravação clandestina (telefônica ou ambiental) como meio lícito de prova.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no decorrer do presente trabalho, pode-se afirmar que o estudo da prova no direito processual trabalhista é de grande importância no que diz respeito à resolução das lides postas em juízo, uma vez que somente através da apresentação das provas é que o juiz poderá sopesar a veracidade do que foi alegado pelas partes na demanda.

A prova é instrumento apto a proporcionar que as partes

influem na convicção do juiz sobre os fatos que afirmarem. Desta forma, o tema é atual e bastante relevante, porquanto no ordenamento jurídico pátrio, é vedada a admissibilidade da prova ilícita, segundo o preconizado no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988. Todavia, examinou-se que nenhum princípio ou garantia é absoluta, ainda que previsto constitucionalmente, podendo, no caso concreto, sucumbir diante de outro com maior relevância.

Destarte, diante da análise realizada a respeito da prova ilícita e sua admissibilidade no processo do trabalho, estudando as pertinentes correntes doutrinárias, a presente pesquisa pugna pela invocação do princípio da proporcionalidade para que, quando houver desavença acerca da licitude ou admissibilidade da prova, sejam ponderados os direitos materiais em jogo, devendo prevalecer o de maior proeminência.

Ao analisar as possibilidades de aplicação do princípio da proporcionalidade, a jurisprudência e a doutrina, não raramente, têm entendido que não se pode adotar uma posição extremista, sendo observado que diversos tribunais vêm adotando a teoria intermediária, tendo por admissíveis, em certas hipóteses, as provas obtidas por meios ilícitos. Segundo, inclusive, objeto de estudo do presente trabalho a admissibilidade da gravação clandestina como meio de prova admissível pelo direito do trabalho.

A prova obtida por meios ilícitos será apreciada pelo juiz



á luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos. Conforme o apresentado neste trabalho, imperiosa se faz a afirmação de que no tocante às provas ilicitamente obtidas o magistrado, valendo-se de seu poder discricionário, empregando o princípio da proporcionalidade, ponderar os valores dos direitos materiais conflitantes, considerando que nenhuma garantia constitucional tem valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra de equivalente grau de importância. Além de proporcionar a defesa os valores e fundamentos do direito processual trabalho, quais sejam a facilitação da colheita das provas, a proteção do trabalhador hipossuficiente e a promoção da legislação trabalhista e social.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Rafael. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC. Instituto de Direito Contemporâneo, 26 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/01/26/carga-dinamica-da-prova/>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações e gravações clandestinas atualizadas em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Emenda Constitucional nº 24, de 9 de dezembro de 1999. Altera dispositivos da Constituição Federal pertinentes à representação classistas na Justiça do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc24.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal Federal. AI-AgR 503617 PR, Relator: Min. Carlos Velloso, j. 01/02/2005, Segunda Turma, DJ. 04/03/2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766143/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-503617-pr>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos. Brasília: Coordenadoria de Serviços Gráficos de Administração do Conselho da Justiça Federal, 2015b. Disponível em: <<http://www.tst.jus>>.



br/documents/10157/1563615/Livro-versao2014igual_IndRem.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Raimundo Amorim de. Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas. Curitiba: Juruá, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo do conhecimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito processual do trabalho. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão do Processo nº 01068-2006-000-03-00-3 MS, Relatora: Juíza Convocada Adriana Goulart de Sena, 1º Seção Espec. de Dissídios Individuais, publicado em 24/11/2006. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 961508 00035-2008-077-03-00-3, Relator: Luiz Otávio Linhares Renault, Quarta Turma, DJMG. 08/07/2008. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129545510/recurso-ordinario-trabalhista-ro961508-00035-2008-077-03-00-3>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MOTA, Marcel Moraes. Direitos fundamentais e antecipação de tutela. Fortaleza: OMNI, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Prova no processo do trabalho. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Leone. Manual de processo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castello. Curso de direito processual do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. 8. ed. São Paulo: Método, 2011.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. Curso de direito processual do trabalho. 10. ed. São Paulo: Método, 2013.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao Código de Processo Civil: artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



CAPÍTULO 6

O USO DE ERVAS MEDICINAIS: REMÉDIO E TRADIÇÃO

Gabriela Vasconcelos Lucena¹

Resumo: O presente artigo consiste em análise antropológica da utilização de determinadas plantas medicinais. São apresentadas as origens dessa ação e as diferentes maneiras de empregar algumas ervas e plantas. Destacam-se atividades de diversos vegetais: aquelas que são atribuídas pelo povo e aquelas as quais são comprovadas pela ciência moderna.

Palavras-chave: Plantas medicinais. Origens. Atividades atribuídas e comprovadas.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar a utilização de plantas na medicina popular em Fortaleza.

A partir de bases e métodos antropológicos, balanços bibliográficos e entrevistas com vendedores e usuários de ervas e plantas, pretendemos analisar as origens do uso desses vegetais assim como os diversos fins para os quais são utilizados.

¹ Graduada do Curso de Ciências Sociais da Universidade Estadual do Ceará – UECE.



Primeiramente, tentaremos expor quais foram os primeiros povos a utilizarem plantas e ervas na medicina e como muitas dessas foram tornando-se populares por seu poder de cura.

Adiante, mostraremos as várias formas de utilização de ervas e plantas pelo povo fortalezense: seja para fins medicinais, seja em atividades as quais envolvem superstições.

Por fim, exibiremos exemplos de atividades de plantas que são atribuídas pelo povo, mas que não possuem atividade comprovada pela ciência.

2. ERVAS E PLANTAS: UMA RECEITA ANTIGA PARA A SAÚDE

Esses vegetais já fazem parte da dieta e da “farmácia particular” de muita gente há milhares de anos.

O homem pré-histórico observava o comportamento instintivo dos animais na hora de restaurar suas feridas ou encobrir suas enfermidades. No seu passeio contínuo pode observar que certas espécies de plantas eram aptas para o consumo alimentício, outras eram tóxicas e outras, medicinais.

Atualmente, sabemos que um dos povos que mais utilizam ervas na alimentação diária, na prevenção e cura de doenças são os orientais, mais especificamente os Chineses.

Os chineses acreditam na energia dos alimentos e no

poder de cura de algumas ervas e plantas, por isso existe a tradição do chá de ervas, das sopas e alimentos em geral à base de vegetais (inclusive a soja, muito apreciada por eles, pelo seu poder nutritivo e medicinal - por exemplo, na promoção da lactação).

Por causa dos hábitos saudáveis, os chineses sempre foram conhecidos pela longevidade – cujas técnicas são buscadas incansavelmente pelos médicos chineses, os quais partem do princípio de que é preciso entender como o processo de envelhecimento ocorre para, então, descobrir o que é necessário fazer para retardar o processo de envelhecimento do organismo.

Um médico Chinês ilustre chamado Meng Shen (621-713) viveu 92 anos e foi lembrado, em particular pela população chinesa, pela sua observação: “Uma pessoa que realmente sabe como alimentar-se deveria sempre manter em mãos bons alimentos e ervas”.²

No Ocidente, por sua vez, especialmente no Brasil, conhece-se que os Índios foram aqueles que introduziram na cultura de nós brasileiros os conhecimentos acerca dos bens que as nossas ervas e plantas nativas podem nos proporcionar.

É característica marcante na cultura desses povos a importância e o amor dados à natureza, especialmente à terra, ao solo e a todos os seus frutos e, por serem eles que dão

² LU, Henry C. Alimentos Chineses para Longevidade – A arte da longa vida. Tradução: Adriana Favano. São Paulo: Roca, 1997, pág. 22.



alimento e que curam, a terra é sinônimo de vida para esses nossos sábios irmãos.

A cura e o tratamento de doenças são resolvidos com as ervas colhidas ao redor da aldeia e o uso de ervas e plantas é apenas uma das várias heranças culturais que os índios têm nos deixado.

Tobi, um índio de uma tribo Guarani existentes no Estado do Rio, conhece muitas ervas e garante que ajudam na cura de aproximadamente 680 males, entre eles mau-hálito, azia, úlcera, gastrite, varizes, cansaço físico e mental, fraqueza sexual, memória fraca e reumatismo, além de algumas serem boas para o fígado e para os rins. As mais procuradas, diz Tobi, são a porangaba e o sene, indicadas para a perda de peso. A cada 15 dias, são vendidos cerca de 60 quilos delas.³

3. ERVAS E SEU USO POPULAR

A maioria das pessoas contemporâneas que moram em grandes cidades como Fortaleza, utilizam ervas para fins curativos por recomendações de alguém próximo, um parente, por exemplo. Isso acontece por que não confiamos a nossa saúde a qualquer pessoa, uma vez que é fundamental para uma vida com qualidade.

Recorremos às ervas geralmente após tentarmos um

³ Informação presente em um artigo da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro - FAPERJ - disponível na internet, através do site: http://www.faperj.br/boletim_interna.phtml?obj_id=166

tratamento com medicamentos sintéticos, isso por que esses atraem os pacientes com a promessa de uma cura rápida e total, fato que, muitas vezes, não ocorre e, pelo contrário, pode acarretar muitos efeitos colaterais.

Sabendo disso, muitos pesquisadores de todo o mundo partem para estudos mais profundos sobre o poder medicinal das plantas, criando, em laboratórios, medicamentos à base de ervas – os chamados fitoterápicos.

A Aspirina, por exemplo, originalmente foi extraída de uma planta, a *Salix alba* (daí o nome ácido salicílico). A morfina veio da papoula. O Taxol, remédio contra câncer de mama, foi produzido a partir de uma árvore chamada teixos.

No Brasil, há vários cientistas empenhados nessa tarefa. Uma pesquisa realizada na Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) comprovou a eficácia da artemísia contra a malária e já há negociações com laboratórios para a produção de um remédio à base da erva. “É indicada para os casos em que a terapia convencional não funciona mais”, explica o farmacologista João Ernesto de Carvalho.⁴

Há quem prefira ter uma plantação de ervas no próprio jardim e fazer o seu próprio remédio, é o caso de dona Maria 72 anos, que sofre com diabetes e, por pouco, não largou a terapia convencional porque se sentia muito mal. “Já cheguei ver minha taxa de açúcar em 466 e um mês depois de tomar o chá minha

⁴Trecho extraído da revista ISTOÉ on line, reportagem de 30 de setembro de 1998.



taxa de açúcar caiu para 140 (o normal é 110). Antes tudo o que colocava na boca amargava. Era uma tristeza. Consigo as folhas e cascas de capa-bode⁵ no meu jardim e fica mais barato. E eu mesma faço meu remédio”, diz ela.

Há também o uso popular das ervas e plantas relacionado a superstições, ou crendices, hábitos que vêm de longas datas. Os índios eram adeptos do uso de ervas e plantas para chamar certos animais e pedi-los ajuda, por exemplo, comiam pimenta para tal fim, dentre outras coisas. É comum entre muitos índios, como os da sociedade Kamaiurá (Alto Rio Xingu), o transe provocado pelo consumo ritual do tabaco, que é um dos modos de abrir a mente para absorver mensagens e instruções dos espíritos invocados. Nessas sessões, sentados em círculo, cada um aspira boa quantidade de fumaça numa só baforada de um cigarro que é passado de mão em mão.

Ainda hoje, muitas pessoas acreditam que há plantas com poderes curativos e protetores contra forças negativas, como é o caso da arruda, da comigo-ninguém-pode e do alecrim, usados para afastar o azar, e que banhos com ervas apropriadas têm poderes semelhantes. Outras substâncias, como o sal grosso e o vinagre são respeitados no combate ao azar, assim como o açúcar, o mel e as frutas em geral são utilizados para atrair a sorte.

Superstições, simpatias e medicina popular foram criadas

⁵ Capa-bode: nome científico - *Bauhinia forficata* Link. Ação hipoglicemiante.

a partir de resquícios de religiões de nossos antepassados, como cristianismo (que usa óleo, água e vinho em alguns de seus rituais), e religiões indígenas e africanas (as quais usam objetos como plantas, e minerais e animais).

Há muitos vendedores de ervas em Fortaleza, em locais como Centro da Cidade e Mercado São Sebastião. Um desses vendedores, João, diz que têm clientes que □. buscam ervas e plantas como remédio para o corpo e para a alma□

Já a vendedora de ervas, Tereza, diz não ser supersticiosa, mas ao acordar sempre faz uma oração pedindo proteção. “Quando é sexta-feira 13, antes de sair, deixo uma vela acesa para o meu anjo de guarda e tomo um banho de ervas por medida de segurança”.

As pessoas que usam ervas em superstições, geralmente, não sabem a origem dessas nem o motivo por que a arruda, por exemplo, afasta um mau-olhado ou um mau espírito, elas apenas acreditam no poder da erva, por que era assim que seus antepassados faziam.

4. ATRIBUIÇÃO X COMPROVAÇÃO

Assim como superstições e simpatias são aceitas e repetidas, o uso de receitas com ervas e plantas como remédio “para o corpo” também são imitadas, até mesmo quando essas plantas não possuem atividade comprovada pela ciência,



existindo apenas uma atividade que foi atribuída pelo povo para determinada planta.

Nos casos de auto-medicação com determinadas ervas cujas propriedades não têm atividade comprovada contra determinada doença, corre-se riscos, pois há numerosas plantas que podem causar fortes reações, inclusive a morte.

Exemplos de atividades atribuídas, mas que não são comprovadas: Canelinha (*Cróton zehntneri* Pax et Hoff)- a sua folha e o seu ramo jovem são utilizados pelo povo para má digestão e dor no estômago, porém, a atividade comprovada é que servem como sedativo e aromatizante; Manjerioba-do-Pará (*Senna alata* (L.) Irw. Et Barn)- sua folha e seu gomo foliar são utilizados para regras irregulares, hemorróidas, laxante e antifúngico, enquanto que é comprovado que são tóxicos renais; Pimenta-do-reino (*Piper nigrum* L.)- acredita-se que o fruto pode causar suspensão das regras, mas, cientificamente, é anti-séptico local; Tipi (*Petiveria alliacea* L.)- acredita-se que toda a planta pode ser usada contra reumatismo, mas a ciência diz que é tóxica; Vassourinha (*Scoparia dulcis* L.)- toda a planta, inclusive a raiz, é utilizada pelo povo para curar ou evitar tumores, bronquite e tosse, no entanto, a sua atividade comprovada é hipoglicemiante; entre outras plantas e ervas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo é muito breve, não tendo espaço, portanto, para mais detalhes e exemplos. Acreditamos que expusemos bem os vários aspectos do uso de ervas e plantas, enfatizando o costume popular e algumas contradições que os circundam.

Esperamos ter conseguido analisar antropologicamente o objeto de estudo, assim como tê-lo abordado de forma concreta e interessante.

Tantas ervas e plantas fazem parte de nossa cultura há milhões de anos e vêm proporcionando bem-estar físico e espiritual para seus adeptos.

Apresentam-se como ferramentas de defesa contra as doenças, se utilizadas em corretas quantidade e qualidade e nos mantêm próximos a terra, nossa amiga, nossa mãe.

REFERÊNCIA

ABREUMATOS, F.J. **Plantas da medicina popular do Nordeste: propriedades atribuídas e confirmadas**. Fortaleza: Edições UFC, 1999.

LU, Henry C. **Alimentos Chineses para Longevidade – A arte da longa vida**. Tradução: Adriana Favano. São Paulo: Roca, 1997.

_____, Henry C. **Sistema chinês de curas alimentares: prevenção & remédios**. Tradução: Adriana Favano. São Paulo: Roca, 1997.



SAMAIN, E. **Moroneta Kamayurá; mitos e aspectos da realidade social dos índios Kamaiurá (Alto Xingu)**. Rio de Janeiro: Lidador, 1991.

STÜMER, Joselaine. **Comida: um santo remédio**. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

Sites pesquisados:

http://www.faperj.br/boletim_interna.phtml?obj_id=166, acessado em 04 de dezembro de 2006, às 20h30min.

<http://www.geocities.com/atine50/trevo/trevo.htm>, acessado em 06 de dezembro de 2006, às 20h45min.

<http://www.terra.com.br/istoe/comport/151311.htm>, acessado em 06 de dezembro de 2006, às 16h20min.

http://www.labcat.com.br/index.php/go/fitoterapia/p/_o_3, acessado em 04 de dezembro de 2006, às 21h15min.

CAPÍTULO 7

A ALIENAÇÃO PARENTAL E A IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA

Evanice de Paula Cavalcante de Meneses

Resumo: O presente trabalho tem por intuito apresentar a guarda compartilhada como sendo o arranjo de guarda familiar mais vantajosa no direito de família, esta conclusão é possível, a partir, da análise da alienação parental e conseqüentemente a partir da análise da síndrome da alienação parental, que, como veremos ao logo deste trabalho é o agravante da alienação parental. O direito de família é dentre as especificidades do direito civil um ramo que requer muita atenção e cuidado, pois devido as suas muitas subjetividades acaba por ter um grande número de interpretações, todavia é esta mesma subjetividade que faz com que o direito da família seja de grande interesse por parte dos estudantes de direito. Considerando, pois que, arranjos de guarda que tendem a privilegiar um genitor em detrimento do outro, possibilita e incentiva a alienação parental e conseqüentemente sua síndrome, uma vez que, o genitor guardião do menor acredita que por ter sua posse é seu “dono”. Este trabalho vem no intuito de corroborar a ideia que o genitor mesmo não possuidor da guarda deve sim participar ativamente da criação e educação dos menores, pois assim, acreditamos ser possível o surgimento de uma sociedade mais evoluída e conseqüentemente menos doente emocionalmente.

Palavras-chave: Alienação Parental. Direito de Família. Guarda

Compartilhada.

1. INTRODUÇÃO

No Direito Civil, o Direito da Família é o que está sempre em meio a grandes conflitos, uma vez que, compreende um caráter subjetivo e também porque as relações familiares estão, a cada dia, mais perecíveis. Nas sociedades contemporâneas, as relações principalmente às amorosas e/ou familiares estão “em cordas bambas”, as mulheres não casam mais por uma dependência financeira, por tanto não aguentam mais dos companheiros todos os maus tratos ou a rispidez de outrora. Como também os homens não querem mais mulheres dependentes.

Podemos afirmar que nas relações atuais, homens e mulheres não se prendem a um casamento “falido” em nome dos filhos ou por vergonha do que muitos irão falar claro que isso não é uma regra, mas podemos dizer que o individualismo pregado nos tempos atuais deixou as pessoas um pouco mais autossuficientes, influenciando diretamente as relações e, portanto, também influenciando a interpretação do Código do Direito.

Há também as famílias que se constituem no amor, que prezam por uma união estável e a formação de ambientes propícios a criação dos seus filhos, são Famílias que ensejam a igualdade de condições entre os casais no que diz respeito ao



poder familiar, e se por ventura vierem a se separar continuaram em seus papéis de amor e dedicação aos filhos.

Há, entretanto, famílias que rompem os laços conjugais e o fazem de forma agressiva e conflituosa levando ao longo do processo de separação um rastro de rancor e vingança. Isso acontece principalmente quando um dos cônjuges não aceita o divórcio, este não aceita ser “trocado” ou “abandonado” e passa a agir de forma a desmoralizar o outro ou ainda criando situações embaraçosas.

Por todos estes motivos cabe ao Poder Judiciário sempre está atualizado para que possa julgar os novos paradigmas, sempre agindo em função da proteção integral e prioridade das crianças e adolescentes, como rege o Estatuto da Criança e do Adolescente.

E necessário ainda estabelecer que nesses novos paradigmas esteja a Alienação Parental, fenômeno que iremos trabalhar ao longo dos capítulos, mais que já podemos caracterizar como sendo a utilização do filho como instrumento de vingança contra o ex-companheiro. A Síndrome da Alienação parental é a causa da alienação parental, esta pode causar nas crianças ou adolescentes distúrbios muitas vezes irreparáveis.

Considera-se importante pesquisar e identificar a Alienação Parental principalmente por ser um fenômeno “recente”, por não haver um entendimento jurisprudencial claro e efetivo sobre o assunto e por se tratar de um fenômeno

de caráter extremamente subjetivo, até que ponto um filho não querer a visita do genitor é um desejo seu ou uma manipulação de outro ente familiar? Os juristas necessitam ter subsídios e clareza para julgar os casos.

É, portanto, com a intenção de elevar o caso da Alienação Parental no sentido de ser cada dia mais pesquisada e identificada que escrevemos este trabalho. Principalmente porque a desconsideração da Alienação Parental configura-se um atraso no Direito da Criança e Adolescentes, uma vez que, toda e qualquer manipulação ou influência contrária no desenvolvimento dos menores acarreta neles uma violência psicológica.

Porém vale ressaltar que não é somente a identificação do problema que este trabalho visa estabelecer, antes também apontar direcionamentos, uma vez que consideramos a guarda compartilhada a melhor solução no que tange o Direito Familiar e a preservação dos Direitos das crianças e adolescentes, mas isso veremos mais aprofundadamente no capítulo referente ao tema.

Justificamos a escolha da Alienação Parental como tema de nosso trabalho por considerar, diante do muito que já falamos, de extrema urgência a regulamentação clara da Alienação Parental, não podemos deixar de salientar a existência da Lei da Alienação Parental, porém muitos juristas ainda trabalham a hipótese que as ações contrárias ao genitor são produtos da



imaginação da própria criança e não uma influência de outro ente da Família, que pode ser o próprio genitor responsável pela guarda do filho.

Não podemos de modo algum desconsiderar a importância da Alienação Parental, vale a pena ressaltar os últimos casos apresentados na mídia brasileira acerca do nosso tema. Primeiro o caso de uma criança que foi morta por maus tratos na casa do genitor paterno quando este acusava o genitor materno de Alienação Parental. A guarda da criança foi submetida provisoriamente ao pai após a juíza decidir a partir de laudos psicológicos que a mesma sofria de síndrome de alienação parental.

O outro caso apresentado na mídia não foi um caso real, antes foi encenado em uma novela - Escrito nas Estrelas, de 2010. Após a separação não aceita o genitor materno age de modo a manipular os filhos contra o genitor paterno, o genitor materno finge um aborto devido às brigas com o ex-companheiro para que assim os filhos se coloquem contra o pai.

Os dois casos mencionados a cima são importantes para que possamos entender o que de fato é Alienação Parental, quando de fato há síndrome de Alienação Parental, como já colocamos anteriormente a Alienação Parental é de difícil reconhecimento, pois se configura em questões subjetivas, portanto é preciso o estudo de diversos casos, para que não acusemos um genitor de Alienação Parental sem que ele realmente seja um alienador

ou tão pouco afastemos um genitor do convívio familiar, da relação com seus filhos por Alienação Parental.

Faz-se necessário ainda estabelecer os objetivos deste trabalho, que se trata primeiramente da Alienação Parental e a superação desta a partir da Guarda Compartilhada e que tem por objetivos secundários uma exposição do conceito de Família, dos princípios que norteiam o Direito Familiar e ainda como se estabelece o Poder Familiar ao longo da história, há também, a compreensão histórica do que é Alienação Parental e sua consequência à Síndrome da Alienação Parental e para finalizar a importância da Guarda Compartilhada.

Não podemos deixar de esclarecer sempre que os estudos sobre Alienação Parental caminham na direção da preservação da criança e adolescente. A todo o momento este deve ser o viés que norteia o desenvolvimento saudável em todas as esferas da vida da criança e do adolescente. As crianças e adolescentes necessitam de todo o cuidado, seja por parte dos pais, por parte da sociedade ou ainda por parte do Estado, mesmo porque as crianças e os adolescentes são o futuro da nossa sociedade, se por ventura eles crescem com distúrbios psicológicos teremos adultos e conseqüentemente uma sociedade psicologicamente doente.

Para uma melhor compreensão do nosso trabalho, iremos já deixar claro como ele será estruturado. A estrutura deste trabalho se configura em três capítulos nos quais serão



tratados o Conceito de Família, a Alienação Parental e para finalizar a importância da Guarda Compartilhada.

No primeiro capítulo faremos um breve histórico da Família e como se configura o poder familiar tendo em mente que estes conceitos foram mudando ao longo dos tempos. Que atualmente o poder familiar se configura na igualdade entre os cônjuges, que o Direito Familiar preza pelo companheirismo, a fim sempre de preservar do bem estar da criança ou adolescente, que este é um sujeito possuidor de Direitos. Ainda no primeiro capítulo iremos expor os principais princípios que norteiam o Direito da Família.

No segundo capítulo trataremos da Alienação Parental como esta se configura e seu surgimento ao longo da história e trataremos também da sua consequência que é a Síndrome da Alienação Parental, suas causas e suas consequências na vida da criança e do adolescente, como a Alienação Parental se constitui como sendo uma contradição do Direito da Criança e do Adolescente.

Já no terceiro e último capítulo iremos expor os possíveis tipos de guarda familiar, a importância da guarda compartilhada, como esta frustra os planos do genitor que pretende alienar seus filhos contra o outro genitor e contra a Família e ainda a possibilidade de perda da guarda familiar no caso dos pais não serem adequados na criação das crianças e adolescentes.

2. FAMÍLIA

Segundo o dicionário Aurélio, Família é um grupo de pessoas ligadas pelo mesmo sangue, que moram na mesma casa e que tem ancestralidade em comum. Varias Famílias formam as sociedades que são protegidas pelo o Estado, portanto podemos afirmar que é função do Estado proteger e zelar pelo bem das Famílias, do mesmo modo que as Famílias atuam na proteção e suprimento do Estado.

As Famílias sejam elas grandes ou pequenas pobres ou ricas são necessárias, pois é por meio da procriação que estas se constituem e preservam a existência humana. Não podemos deixar de afirmar que atualmente as Famílias não são exclusivamente para a procriação. Na sociedade atual preza-se muito mais para a relação dos cônjuges do que a necessidade de procriar.

Atualmente também não cabe mais pensar em Família por um padrão bilateral¹, no mundo globalizado todas as informações se processam muito rápido e assim também são as relações, um casamento que duravam dez anos hoje dura dois, as pessoas tornaram-se individualistas e não aceitam o outro opinando em sua vida. As Famílias atuais, muitas são

¹ Segundo Rolf Madaleno a noção primeira de família é de ela ser bilateral, como modelo ideal na formação da sociedade, como marido e mulher, companheira e companheiro unidos em relação afetiva, como família formal ou informalmente constituída, cuidando de seus descendentes. Contudo, as relações familiares foram sofrendo profundas modificações com o transcorrer do tempo, tendo o conceito ideal de família biparental passado a ceder lugar à crescente evidência de uma outra forma de organização de família.



monoparentais e/ou homoafetivas, diferentemente do que se via há algumas décadas atrás, cabe, portanto ao Estado e consequentemente as leis garantirem as mudanças da sociedade pós-moderna.

2.1. Os princípios do direito da família

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, como preleciona Rodrigo da Cunha, 'é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania'. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, acrescenta o mencionado autor, que ainda enfatiza: 'Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um declínio do patriarcalismo e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as instituições democráticas. (GONÇALVES, 2005, p. 35)

Antes de qualquer afirmação acerca do Direito da Família é importante considerar a palavra Princípio, segundo o dicionário Aurélio é aquilo que vem antes de tudo. Os princípios

dão as diretrizes para a aplicação das regras por este motivo é relevante considerar de forma sucinta os princípios que norteiam o Direito de Família.

O primeiro princípio a ser considerado é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inserido no Artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988, garante a qualquer pessoa individualmente a dignidade humana², sendo respeitada na sua honra, na sua moral e na sua intimidade. Seja adulto ou criança, ao indivíduo está garantido sua dignidade, que termina exatamente onde começa a do outro. No Direito de Família é preciso estar sempre atento para não ferir a dignidade do outrem.

Outro princípio a ser considerado é o Princípio da Solidariedade Familiar, Artigo 3º inciso I da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário nas relações familiares à existência de solidariedade seja ela afetiva, será patrimonial ou psicológica. Tratando-se de criança ou adolescente a solidariedade deve ser de socorro espiritual e de assistência material. Cabe a cada membro da Família ajudar a cada um em sua necessidade.

O próximo princípio é o Princípio da Igualdade entre os Filhos, Artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, considera que qualquer filho seja ele legítimo ou não, adotado ou não, tem o mesmo direito que todos, proibida qualquer forma de discriminação, relativa à filiação ou ainda qualquer

² Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família. De qualquer modo, por certo é difícil a denominação do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Ver Flávio Tartuce in, *Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro*.



forma de distinção entre os filhos.

Mais um princípio trata-se do Princípio da Igualdade entre Cônjuges e Companheiros, previstos no Artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, e no Artigo 1.511 do Código Civil de 2002, assim como é necessário a igualdade entre os filhos é preciso a igualdade entre os cônjuges, ou seja, homens ou mulheres tem os mesmo Direitos em uma relação familiar, não podendo haver distinção devido ao sexo.

Como afirma Tartuce (2008, p.44):

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão despatriarcalização do Direito de Família, já que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo ou colaboração, não de hierarquia, desaparecendo a figura do pai de família (pater famílias), não podendo ser utilizada a expressão Pátrio Poder, substituída, na prática, por poder familiar.

O próximo princípio trata-se do Princípio da Igualdade na Chefia Familiar, previsto no Artigo 226, § 5º, e Artigo 227, § 7º da Constituição Federal de 1988, e nos Artigos 1.566, incs. III e IV, 1.631 e 1.634 do Código Civil de 2002. Este princípio nada mais é que um aprofundamento do princípio anterior, Princípio da Igualdade entre Cônjuges e Companheiros, uma vez que não há distinção entre os cônjuges ou companheiros não há necessariamente distinção na chefia familiar. Há para

ambos, sejam homem ou mulher, os mesmos direitos e deveres com relação à Família, agindo sempre em prol de suprir as necessidades dos menores, quando houver.

Há também o Princípio do Melhor Interesse da Criança ou da Proteção Integral à Criança, Artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988, há também os Artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, que asseguram interesses e Direitos da criança e dos adolescentes. Cabe aos pais, a sociedade e ao Estado agir de modo a garantir o desenvolvimento das crianças e salvaguardar seus direitos, principalmente a vida, a saúde, alimentação, educação, lazer e etc. Vale lembrar que a criança continua com os mesmo Direitos mesmo que seus pais separem-se³.

O próximo princípio é o Princípio da Não-intervenção ou da Liberdade, Artigo 1.513 do Código Civil de 2002, tal princípio defende a autonomia de qualquer indivíduo a escolha de como seguir sua própria vida, desde que este não atente sobre ela, uma vez que, fere outros princípios do Direito. O que de fato o princípio supracitado intenta é garantir que nem o Estado, nem qualquer ente privado possa intervir coativamente nas relações de Família.

Há ainda o Princípio da Afetividade, Artigo 1.593 do Código Civil de 2002, podemos afirmar que a relação familiar vai além de uma relação consanguínea, há o que se chama de

³ Também complementando o que consta do Texto Maior, o art. 4º do ECA dispõe que “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos Direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.



sócio-afetivo. O afeto por outrem é muito mais importante que um nome na certidão de nascimento ou uma consanguinidade, esse faz prevalecer às relações familiares.

Por último tratamos do Princípio da Função Social da Família, Artigo 226 da Constituição Federal de 1988, a Família se configura por ser a base de sustentação de toda e qualquer forma societária, portanto é de total responsabilidade do Estado a sua proteção, pois a proteção as relações familiares e a proteção do próprio Estado, são os que asseguram a existência do Estado.

A Família deve sempre agir em conformidade do bem estar de todos os seus membros e principalmente agir no sentido de evitar nos filhos distúrbios morais ou psicológicos, pois cabe totalmente aos pais a formação dos seus filhos, entretanto se for comprovado pelo Estado que determinados genitores não são aptos a preservar, a educar e formar seus filhos, o Estado tem poder de determinar a guarda a outrem, primeiramente procuram-se entes da Família, mas caso seja julgado pelo Estado que não aja ente algum capaz de criar tais filhos, esses são encaminhados a outra Família que assim o possa fazer, mas sobre a perda do Direito da guarda só vemos no último capítulo.

2.1.1. Os novos modelos de arranjo familiar

Iremos aqui de maneira sucinta expor os novos modelos de constituição familiar, estes novos modelos se caracterizam

primeiramente em Família matrimonial e Família não-matrimonial. A Família matrimonial é aquela que, como o próprio nome já diz, é advinda da união civil, ou seja, do matrimônio. Já as Famílias não-matrimonial são as uniões estáveis, uniões homoafetivas e monoparentais. Há necessariamente outras formas de Família, porém estas são as principais.

Pensar em família ainda traz a mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou; daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. (DIAS, 2010, p.40)

A Família matrimonial é aquela onde duas pessoas de sexo opostos decidem por livre e espontânea vontade se unirem em matrimônio, estas seguem todas as formalidades exigidas e elas fazem por um casamento civil. A Família matrimonial normalmente segue a forma bilateral, homem e mulher constituindo seus descendentes. Porém as mudanças na sociedade acarretam mudanças na forma de pensar e de formar as famílias.

A noção primeira de família é de ela ser bilateral,



como modelo ideal na formação da sociedade, como marido e mulher, companheira e companheiro unidos em relação afetiva, como família formal ou informalmente constituída, cuidando de seus descendentes. Contudo, as relações familiares foram sofrendo profundas modificações com o transcorrer do tempo, tendo o conceito ideal de família biparental passado a ceder lugar à crescente evidencia de uma outra forma de organização de família. (MADALENO, 2008, p. 6)

A Família não-matrimonial de união estável se configura por ser uma união onde as partes não se casam, ou seja, não seguem as formalidades do casamento civil, porém seguem todos Direitos e deveres de uma relação matrimonial, mesmo não sendo. A união estável é assegurada pelo Artigo 226, §3º da Constituição Federal. É ainda necessário esclarecer que a união estável segue os princípios do Direito da Família.

Há também a Família não-matrimonial de união homoafetiva, é quando duas pessoas do mesmo sexo resolvem estabelecer casamento. Há controvérsias em nomear a relação homoafetiva de casamento uma vez que se considera casamento somente quando estabelecido entre pessoas de sexos opostos. No Brasil não há regulamentação sobre a união homoafetiva, porém esta é aceita baseada no princípio da dignidade da pessoa humana. No Brasil também não é regulamentando a adoção por casais homoafetivos, estes encontram bastante rigidez quando pretendem arcar com tal processo. Na verdade a única união

não regulamentada em nosso país é a união homoafetiva.

Já ao contrário da união homoafetiva a família não-matrimonial monoparental é regulamentada no Artigo 226, § 4º da Constituição Federal de 1988, esta se constitui por sua formação única, ou seja, ou é formada por pais ou formada por mães. Esse modelo de Família se justifica na inseminação artificial, divórcio, abandono de lar, óbito ou outros motivos.

As famílias biparentais ainda são, para muito dos cidadãos, o modelo ideal de família, entretanto o Poder Judiciário não pode se fechar as novas formações familiares. É preciso sim, assim como defende Maria Berenice Dias, que as “novas entidades familiares” sejam reconhecidas perante a Lei e ao Estado.

2.2. O poder familiar⁴

O Poder Familiar foi mudando ao longo do tempo, acompanhando as mudanças históricas, muda-se a estrutura social, mudam-se conceitos e características. O Poder Familiar aceito pelo nosso Direito é uma herança do Direito Romano, mesmo com as mudanças históricas sua essência nos foi dada pelo Direito Romano.

Na tradição arcaica a Família se constitui no poder do Pai, ou seja, o Pátrio Poder. O pai romano conduzia a religião da Família e todos que pertencesse a sua casa lhe deviam

⁴ Segundo Silvio Rodrigues, o Pátrio Poder (hoje Poder Familiar) é o conjunto de Direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. Cf. Direito de família. In: _____. Curso moderno de Direito civil. São Paulo: Nelpa, 2006, v. 5. p. 210.



respeito e obediência, cabia a ele todas as decisões até mesmo de vender ou matar um filho. Com o passar do tempo o Direito Arcaico (Direito Primitivo) perde força e “dar lugar” ao Direito Clássico, este já pensa o Pátrio Poder não mais fundamentado na atrocidade, mas sim fundamentado na piedade.

Paulatinamente os povos estrangeiros⁵ vão influenciando a cultura romana, o cristianismo também ajuda a mudar as concepções de Direito e de Família na Roma clássica, com isto o Pátrio Poder vai se transformando e desenvolve um caráter mais social e de proteção, assim como também se muda a estrutura familiar. Nos primórdios das relações familiares o poder se estabelecia de dentro da Família para fora, ou seja, da Família para o Estado e com o passar do tempo, o poder se modifica e passa a ser de fora para dentro, ou seja, do Estado para a Família.

O Pátrio Poder de fato foi perdendo força ao longo do tempo, as mudanças nas culturas, no modo de pensar das sociedades foi enfraquecendo o tradicionalismo do patriarcado, as Famílias deixaram de ser ordenadas necessariamente pelo pai, sendo também ordenada pelas mães, deixando assim de privilegiar o patriarcado e colocando em lugar de destaque o

⁵ Segundo Carlos Alberto Bittar Filho, na Idade Média ocorreu um conflito entre os sistemas organizadores da família, a propósito do alcance e da extensão do pátrio poder, prevalecendo nós países de direito escrito a orientação romana, na forma da legislação justinianéia e nos de direito costumeiro, o germânico, inspirada mais no interesse do filho do que do pai. A tradição romana, mantida nos países de direito escrito consagrava a predominância do pai em detrimento do filho. O munt germânico concebia o pátrio poder como um direito e um dever dos pais orientados à proteção dos filhos (é o germen da Doutrina da proteção integral perfilhada pela Lei 8.069/90). O cristianismo, de indubitável influência como fator de temperança dos costumes, produziu uma síntese desses dois sistemas. Cf. Waldyr Grisard Filho. In Guarda Compartilhada - Um novo modelo de responsabilidade parental. p. 29. 2000.

bem estar dos filhos.

Podemos então afirmar que nas sociedades contemporâneas o Direito Familiar preza necessariamente pelo bem estar dos filhos, abandonando assim o “Poder Familiar” pelas “responsabilidades parentais”, isto significa que a importância maior das relações familiares está na proteção da criança e não mais nos desejos, muitas vezes, descabido dos adultos.

O Poder Familiar é norteado por importantes implicações, pois os pais são totalmente responsáveis pela educação e criação dos filhos, uma vez que estes não podem ser deixados a desenvolver-se por uma lei natural, como fazem os animais irracionais. Os seres humanos ao contrário dos animais irracionais não se desenvolvem sozinhos, o ser humano não é capaz de crescer e se desenvolver sem um suporte que é dado pela Família. Diante disto podemos afirmar o Poder da Família como sendo a Responsabilidade Parental em relação crianças e adolescentes.

Segundo a professora Diniz (2012, p.514) o Poder Familiar é:

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.



Há vários teóricos que afirmam sobre o Poder Familiar, entretanto podemos afirmar que “todos” seguem esta mesma linha de pensamento, o Poder Familiar com sendo os Direitos e Deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos não emancipados. Outras legislações estrangeiras optam por usar o termo “Autoridade Parental” por considerar que o termo é mais apropriado tratando-se de filhos não emancipados.

É importante considerar que o Poder Familiar é sempre no intuito de preservar as crianças ou adolescentes não emancipados, garantindo a eles uma formação pessoal saudável e um crescimento psicológico sadio. Como afirma os professores Figueiredo e Alexandridis (2011), é importante frisar que um dos principais objetivos a serem alcançados por intermédio do exercício do Poder Familiar é o desenvolvimento sadio e equilibrado do menor. O Poder Familiar é exercido igualmente por famílias matrimoniais como em famílias de união estáveis, o artigo 1.631 do código civil deixa bem claro esta igualdade, uma vez que, para o direito de família a união estável é legalmente válida.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. (BRASIL, 2012a, p. 255)

É importante salientar que independente da origem

da filiação os genitores devem exercer o poder familiar, seja consanguíneo ou socioafetivo os filhos estão sob a tutela do Poder Familiar, ainda que sejam ambos os genitores ou só um. Cabe, portanto as famílias sejam elas matrimoniais ou união estáveis, agir de modo a preservar o desenvolvimento do menor sejam filhos consanguíneos ou adotados.

A principal característica do Poder Familiar é ser irrenunciável. Não cabe a nenhum dos genitores a transferência ou a alienação do menor sob pena de suspensão, perda ou extinção do poder familiar e ainda ser atuado no código penal, mas estas especificidades veremos mais a seguir.

2.2.1. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e sua relação com o Poder Familiar.

Até meados da década de noventa, as crianças e os adolescentes eram vistos pelo nosso Código Civil como “coisas”, só eram consideradas pessoas, cidadãos com Direitos e Deveres após a maioridade. Entretanto com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA⁶ em 1990 as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de Direitos. Antes do Estatuto da Criança e do Adolescente houve Leis e Projetos de Leis que defenderam os Direitos da criança e do

⁶ O Estatuto tem por objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, de tal forma que cada brasileiro que nasce possa ter assegurado seu pleno desenvolvimento, desde as exigências físicas até o aprimoramento moral. ALMEIDA, Luciano Mendes de apud CURY, Munir (Coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 17.



adolescente, mas é com o Estatuto da Criança e do Adolescente que o Brasil dá um grande avanço no sentido de proteger seus menores.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (BRASIL, 2012b, p.985)

A criança e o adolescente são vistos enquanto pessoa de Direitos, com a prerrogativa de requerer cuidados especiais, já

que estes não são capazes de auto desenvolver-se. O Estatuto da Criança e do Adolescente caminha na direção da proteção integral da criança e do adolescente e no respeito e lisura aos seus Direitos.

As mudanças no Direito da criança interferem diretamente no Direito de Família, principalmente com relação ao Poder Familiar, cabe aos filhos o respeito e a obediência a seus pais e aos pais cabe respeitar o Direito dos filhos, que são educação, moradia, amparo, defesa e outros de responsabilidade integral do responsável pela tutela da criança ou adolescente.

O Poder Familiar é irrenunciável, não cabe aos pais transferi-lo a terceiros, a não ser no caso de adoção. No caso de adoção os pais biológicos são destituídos do Poder Familiar, cabendo ao Estado conferir Poder Familiar a outrem. O Poder Familiar tanto é exercido pela mãe quanto pelo pai, mesmo que estes não vivam mais em matrimônio, os direitos e deveres com relação aos filhos não se desfazem porque o casamento se desfez.

Há outro ponto importante trazido pelo ECA ao Poder Familiar, segundo o artigo 23, impossibilidades materiais não justificam a suspensão ou perda do Poder Familiar. O que de fato justifica a interdição do pai ou da mãe, ou ainda do casal é embriaguez habitual, vícios em drogas, prática de crimes, vadiagem ou ainda declaração de ausência, cabendo a determinação judicial os rumos a serem seguidos.



O exercício do poder familiar confere aos pais o direito de impedir que o menor frequente algum local impróprio a sua idade, ou ainda fixar horários, como também fiscalizar e até mesmo limitar o uso de telefone e internet, sempre buscado o bem estar do filho, todavia é preciso esclarecer que os castigos, legitimados no exercício do poder familiar, não podem ser imoderados, sob pena de serem destituídos do uso do poder familiar.

2.2.2. Da suspensão, da perda e da extinção do poder familiar.

O Poder Familiar concede aos pais amplos direitos sobre a vida dos filhos, uma vez que cabe a estes zelarem, protegerem e defenderem seus filhos, pois são seus responsáveis legais, entretanto não é permitido aos pais excessos na disciplina dos filhos, caso isto aconteça os pais podem, segundo o ECA, serem punidos por maus tratos a incapazes.

Segundo a lei nº 10.406/2002 que rege a suspensão, a perda e a extinção do poder familiar.

O artigo 1.637 do código civil afirma:

Se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou ministério público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus

haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2012a, p.255)

A suspensão é temporária, dura somente o tempo que realmente for necessária, portanto não há um limite de tempo, será o quanto o juiz de direito achar ser benéfico ao menor.

O artigo 1.638 do código civil afirma:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (BRASIL, 2012a, p.256)

O procedimento da perda e da suspensão do poder familiar se dá, por meio, de um processo judicial, no qual deverá ser observado o contraditório e a ampla defesa, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente. Havendo a existência de agravantes o juiz decretará a suspensão do poder familiar, ficando o menor confiado a pessoa que se revele idônea até o fim do processo.



3. ALIENAÇÃO PARENTAL

Muitas vezes, um dos genitores implanta na pessoa do filho falsas ideias e memórias com relação ao outro, gerando, assim uma busca em afastá-lo do convívio social, como forma de puni-lo, de se vingar, ou mesmo com o intuito falso de supostamente proteger o filho menor como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho. (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011, p.44).

A alienação parental se configura quando um dos genitores após a ruptura da vida conjugal cria na criança um sentimento de temor ou raiva em relação ao outro genitor. Na alienação parental um cônjuge utiliza o filho como instrumento de agressividade e/ou chantagem direcionada ao ex-parceiro que pode ser ou não o genitor da criança, há também casos em que o alienador ou o alienado não são os genitores, mas sim outro ente da Família, mas a alienação é a mesma, utilizar a criança contra a outra parte.

A alienação parental é prejudicial, pois além de romper com os laços civis da Família, deixa sequelas, muitas vezes, irreparáveis principalmente na criança e o problema é porque na maioria dos casos tais sequelas só são percebidas na fase adulta do indivíduo que apresenta distúrbio nas suas relações amorosas e familiares.

Em muitos dos casos de separação a mãe⁷ fica com a

⁷ Em regra geral as mães detêm a guarda da criança. No Brasil até 2009, 95% das guardas no caso de separação eram detidas pelas mães. Cf. alienação parental, Marco Antônio Garcia de Pinho.

guarda da criança cabendo ao pai o pagamento da pensão e as visitas regulares, porém a mãe com sentimentos de vingança engaja-se a desmoralizar e desacreditar o ex-cônjuge. Os pais muitas vezes nada podem fazer, uma vez que já estão previamente rotulados de culpa e/ou agressor.

É importante perceber e ir contra a alienação parental, pois esta causa nas crianças uma distorção de valores, a criança passa a ter em suas relações uma imagem distorcida da figura do pai, muitas vezes. O genitor alienante manipula a mente da criança principalmente com falsas mentiras ou com cenas forjadas, criando na cabeça da criança uma fantasia uma aversão ao genitor alienado.

Faz-se necessário que o Poder Judiciário esteja “a par” da alienação parental e da sua consequência à síndrome da alienação parental, uma vez que, tais ações vão contra ao Direito da criança salvaguardado na Constituição Federal que garante ao menor uma relação familiar estruturada e saudável, como também vai contra o Direito do genitor alienado que amar e ser amado pelo seu filho.

3.1. A síndrome da alienação parental

A síndrome da alienação parental é o “problema” causado pela alienação parental nas relações conjugais. O termo Síndrome de Alienação Parental – SAP foi proposta pelo

psiquiatra norte-americano Richard Gardner em 1895, sua pesquisa sobre o tema se iniciou em 1890 a partir de análise clínicos.

Como afirmam Figueiredo; Alexandridis, (2011, p.48):

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito a sequelas emocionais e comportamentais de quem vem a padecer a criança vítima daquele alijamento.

Segundo o entendimento de Fonseca (2006, p. 12):

A alienação parental é o afastamento do filho de uns dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de quem padecer a criança vítima daquele alijamento.

Uma questão importante é saber como identificar a Síndrome de Alienação Parental, pois antes de tudo é preciso saber se já não houve ou há histórico de comportamento depreciativo por parte do genitor alienado que confunda suas ações reais com falsas memórias criadas pelo genitor alienante.

Para uma melhor compreensão da síndrome de alienação

parental que torne possível de fato identificar se determinada ação se configura a síndrome ou não, Gardner propôs três estágios divididos em leve, moderada e severa.

No estágio leve da síndrome a criança ou adolescente convive com o genitor alienado sem grandes dificuldades, as manifestações de repulsa são superficiais. No estágio moderado a criança ou adolescente não deseja vê o genitor alienado, a constante influência do genitor alienante faz com que a criança ou adolescente acredite que seu outro genitor é mal ou perigoso. Porém quando se encontra sozinha com o genitor alienado a criança ou adolescente se mantém tranquilo e a vontade, este caso se configura como o de maior porcentagem em relação à síndrome de alienação parental.

Por último o estágio mais severo, neste momento a criança ou adolescente é inconscientemente conivente com as ações do genitor alienante, esses são amigos, confidentes acreditam completamente na ilusão criada, compartilham ilusões contra o genitor alienado. No estágio mais severo da síndrome da alienação parental não há a menor condição de relacionamento entre o filho e o genitor alienado, a criança ou adolescente sofre um distúrbio fortíssimo e é totalmente corrompido por suas alucinações.

A síndrome da alienação parental é maléfica e cruel porque o genitor alienante usa de artimanhas, muitas vezes, “baixas” para manipular a mente das crianças ou adolescentes



como afirma Dias (2010, p.12):

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida.

A não aceitação do fim do relacionamento ou a não aceitação do ex-cônjuge em constituir uma nova Família, às vezes, são as causas do genitor alienante prejudicar seu próprio filho a fim de atingir seu ex-parceiro. Há um sentimento de posse tão doentio por parte do genitor alienante que este acredita que privando seu ex-companheiro do seu filho, irá saciar a dor que seu ex-companheiro causou em nele. A separação de fato acarreta um distúrbio emocional no genitor alienante que transfere seu distúrbio para os filhos.

Não temos dúvidas sobre o perfil psicopatológico dos alienadores parentais. Inventar a “morte” do outro, que permanece vivo vítima de uma patologia comportamental cruel e que tantas injustiças tem causado aqui e alhures, é certamente esse o objeto do guardião que, consciente ou inconscientemente, isola os filhos sob sua guarda judicial, suprimindo

do ex-companheiro um Direito de convivência em verdade decorrente do poder familiar e, antes de tudo, um Direito dos próprios filhos. (SILVA, 2008, p. 25).

3.1.1. O perfil do genitor alienador

A primeira característica do genitor alienante é a mentira, mentiras que repetidas tantas vezes tornam-se verdades, pelo menos na cabeça deste genitor. Seu histórico de relações é contraditório, pois afirmam uma coisa e fazem outra completamente diferente.

Como afirma Duarte (2012, online):

A principal característica desse comportamento ilícito e doentio é a lavagem cerebral no menor para que atinja uma hostilidade em relação ao pai ou mãe visitante. O menor se transforma em defensor abnegado do guardião, repetindo as mesmas palavras aprendidas do próprio discurso do alienador contra o “inimigo”. O filho passa a acreditar que foi abandonado e passa a compartilhar ódios e ressentimentos com o alienador.

O genitor alienador apresenta de fato um comportamento psicótico, não existe para ele um senso de responsabilidade, de confiabilidade, nem mesmo de Direito, eles normalmente não cumprem os acordos feitos perante o juiz, eles são fingidos diante das autoridades ou entre amigos e familiares se mostram

calmos e até mesmo complacentes com o fim do relacionamento, mas na verdade manipulando com sua doçura os da sua volta. Advogados e promotores desavisados ou inexperientes com relação à síndrome da alienação parental provavelmente serão envolvidos no jogo desses manipuladores.

Outra característica do genitor alienador é ter preferência pelo litígio, quanto mais demorado é o processo de separação, mais tempo o alienador tem para influenciar sua vítima, ou seja, a criança ou adolescente. O tempo é aliado do genitor alienador ao mesmo tempo em que a demora no processo abre possibilidades de influenciar e manipular as pessoas ao seu redor, também corrobora para que sua manipulação não seja descoberta.

A grande problemática na síndrome da alienação parental é como diagnosticá-la? O diagnóstico só é possível mediante a perícia psicológica e estudos sociais. No caso de haver suspeita de Alienação Parental o Poder Judiciário indicará uma psicóloga jurídica para analisar principalmente o comportamento da criança ou do adolescente e aí constatar ou não a alienação.

É a partir do comportamento da criança ou adolescente que se afirma existir ou não a alienação por parte do genitor ou como já foi dito anteriormente de outro ente da Família. Atitudes como agressividade verbal ou física justificada por motivo banal ou ainda sentimento de raiva do genitor alienado por algo que não é da competência da criança, onde ela afirmar

que é o posicionamento dela e que nada tem haver com o genitor alienante é característica de alienação parental.

Diagnosticar acerca da alienação parental é uma atividade complicada, pois envolve toda uma Família e uma relação familiar que pode ser completamente destruída, por isso é necessário uma composição de profissionais especialista no assunto para garantir o mais fiel diagnóstico, mas é preciso também que ao ser diagnosticado a síndrome, o juiz esteja apto a decidir de modo a preservar principalmente o menor e também o genitor alienado.

3.2. Os danos causados a criança ou adolescente e ao genitor alienado e a responsabilidade do poder judiciário

Já exposto anteriormente que a alienação parental causa na criança ou adolescente, sérios danos psicológicos, mas é necessário esclarecer com precisão tais danos, como também, estabelecer os danos que podem e que causam no genitor alienado. Ser privado de dar e receber carinho do seu filho causam além de revolta, frustração. Por este motivo acredita-se ser relevante expor os danos materiais e psicológicos sofridos tanto pela criança ou adolescente quanto pelo genitor alienado.

O primeiro dano causado na criança ou adolescente é a privação do outro genitor. Privação “escolhida” pela própria criança ou adolescente já que este acredita que sua relação



com o genitor alienado é um desrespeito ao genitor alienante, isto é, a criança acredita dentre muitas outras falsas histórias que o genitor alienado foi quem abandonou a Família e conseqüentemente abandonou a ela e ao outro genitor que por isto sofre, portanto se a criança ou adolescente mantém sua relação com o genitor alienado conseqüentemente faz sofrer o alienante.

A criança é chantageada pelo genitor alienador que afirma que ela terá que escolher com quem ela deverá ficar, que sairá da sua “querida escola”, que perderá seus coleguinhas. As crianças sendo incapazes de discernir o que é verdade, faz uma escolha e a escolha é não abandonar o genitor alienador. Daí a criança cresce com a ideia que foi abandonada ou trocada pelo genitor alienado.

Este sentimento de rejeição que acompanha a criança ou adolescente até a vida adulta interfere diretamente em suas novas relações, principalmente em suas relações amorosas. A criança ou adolescente que recebeu do genitor alienador toda sua possessividade acaba tornando-se extremamente possessivo também, característica que interfere de modo negativo em suas relações.

Outros danos causados a criança pode ser baixa autoestima, pânico, depressão e ansiedade ou ainda o uso de drogas, substâncias alcoólicas, como também sentimento de culpa por não ter dado ao seu outro genitor a possibilidade

de um convívio verdadeiro e ainda a revolta com o genitor alienante pela manipulação sofrida.

Já em relação ao genitor alienado os danos são normalmente morais. As calúnias e difamações causadas pelo genitor alienante fazem com que muitas pessoas, até mesmo os entes da Família ou o juiz, no caso de já haver processos, acusem o genitor alienado daquilo que ele não fez, portanto o genitor alienado é apontado como um transviado, tudo em razão das afirmações falsas do genitor alienante.

A culpa também esta presente na vida do genitor alienado, culpa por não ter sido capaz o suficiente de reverter à situação que foi colocado, por ter perdido o crescimento do seu filho amado, que pode acarretar também um processo de baixa autoestima e também o envolvimento com drogas e álcool. Mesmo porque por mais que a alienação parental seja provada, ela provavelmente será tardiamente, o que acaba impossibilitando de qualquer maneira uma relação positiva entre genitor alienado e o filho.

Em relação à responsabilidade do Poder Judiciário deve ser na punição do genitor alienante e também na reparação, tanto para a criança que sofre o abuso como para o genitor alienado. Ao alienar a criança ou adolescente o genitor responsável por tal ato descumpri a regra primeira que é a sua proteção, pois o coloca em risco de distúrbios psicológicos e abusa dos seus Direitos de ter uma Família, portanto cabe ao Poder Judiciário

propor medidas punitivas e indenizatórias para as vítimas.

As vítimas diretas da síndrome da alienação parental são as crianças ou adolescentes e o genitor alienado, portanto tanto um quanto ao outro são passíveis de receber uma indenização, pois é necessário que elas sejam ressarcidas pelo constrangimento que passaram e pelos danos experimentados.

Há, porém uma questão importante a ser destacada para que aja a indenização é preciso que a causa esteja de acordo com os elementos da responsabilidade civil, entretanto no caso de alienação parental o genitor alienante não se encaixa nos elementos da responsabilidade civil objetiva. Cabe, portanto ao juiz, independente da responsabilidade civil, a decisão de indenizar as vítimas. Dependendo da compreensão do juiz pode haver uma indenização pela alienação parental que seria uma indenização menor e uma indenização pela a consequência da alienação que é a síndrome da alienação parental que seria uma indenização maior.

De fato não há ainda uma jurisprudência acerca da alienação parental, mas acreditamos que é necessário que o Poder Judiciário caminhe neste sentido para ressarcir as vítimas inibir que casos de alienação parental se disseminem em nossa sociedade. Entretanto há meios de configurar uma responsabilidade civil e garantir as vítimas o Direito a indenização.

Vejamos os elementos primordiais para se configurar a

responsabilidade civil são eles, a conduta, o nexo causal, culpa e o dano.

A conduta pode ser comissiva ou omissiva e direta ou indireta. Na síndrome da alienação parental a conduta se configura por ser comissiva, pois o genitor alienante manipula a criança ou adolescente através de mentiras, não respeitando a relação desta com o alienado. A conduta do genitor alienante é ilícita, errônea e imoral este impossibilita uma relação estreita e saudável da criança ou adolescente com seu outro genitor e com todo o restante de sua Família.

O nexo casual é a ligação entre a conduta e o dano, também se configura na alienação parental, pois a conduta do genitor alienante e que gera o dano na criança ou adolescente. No caso de ser adolescente há uma especificidade no caso do nexo, pois este teria condições psicológicas de negar a manipulação do genitor alienante, porém o adolescente já esta em síndrome por este motivo se configura o nexo casual.

A culpa, segundo o Artigo 927 do código civil vigente a culpa é “lato senso” que engloba o dolo e a culpa “strito senso”. No caso de alienação parental a intenção do genitor alienante é lesionar o genitor alienado, portanto a culpa se configura por ser “lato senso”.

Já em relação à criança ou adolescente se o alienador for um genitor, uma vez que já colocamos anteriormente pode ser outro ente da Família, a culpa é “strito senso”, pois o genitor



tem por obrigação defender e cuidar da criança e nunca usá-la como meio para vingança. Caso o alienador seja outro ente familiar à intenção também é lesionar uma parte por este motivo também se configura culpa.

O último elemento da responsabilidade civil é o dano este é imprescindível para que exista a indenização. A criança ou adolescente e o genitor alienado podem vir a necessitar de acompanhamento médico, seja com psicólogo ou psiquiatra, podem necessitar o uso de remédios antidepressivos, calmante ou outros. Isto é um dano completo passivo totalmente de reparação material. Há ainda os danos subjetivos que são passíveis de indenização moral.

As crianças ou adolescentes vítimas de alienação parental e conseqüentemente da síndrome da alienação parental podem pedir a indenização material e moral, mas no caso de serem menores é preciso que um genitor seja responsável por tal indenização, entretanto a criança pode deixar apenas para pedir reparação na fase adulta de sua vida, pois segundo o Artigo 198 do Código Civil vigente a prescrição não corre contra incapazes.

Diante deste grave desentendimento entre as partes responsáveis pelo bem estar das crianças e dos adolescentes e que se incentiva a prática da guarda compartilhada. Em 13 de junho de 2008, o então presidente Luis Inácio Lula da Silva sanciona o PL 6.350 que altera o código civil e formaliza a guarda compartilhada, como veremos ao longo do terceiro capítulo.

3.3. Possíveis medidas processuais e materiais

Provado a alienação por parte do genitor ou qualquer outro ente da família, provas estas baseadas em orientações técnicas promovidas por profissionais responsáveis, a equipe de profissionais devem ser multidisciplinar para que se promova a análise cuidadosa do caso. Cabe ao juiz de direito inferir medidas que podem ser materiais ou processuais a depender da gravidade da alienação. Cabendo também ao juiz agir, de modo que, possa anular os efeitos da alienação na criança e adolescente, para que assim, o genitor alienado possa restaurar a convivência familiar com seus filhos.

Vale sempre salientar que as medidas judiciais irão depender do grau em que se encontre a alienação, como afirma Fonseca (2006), assim poderá o juiz: ordenar a realização de terapia familiar; determinar o cumprimento de regime de visitas estabelecido em favor do genitor alienado; condenar o genitor alienante a pagamento de multa, ou prática ensejadora da alienação; alterar a guarda do menor; ainda dependendo da gravidade ordenar a prisão.

Segundo o artigo 6º da Lei 12.318/2010:

- I Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III Estipular multa ao alienador;

IV Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V Determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI Determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente.

Parágrafo único. Caracterizando mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2012c, p.1755)

4. GUARDA JURÍDICA DO MENOR

A guarda de um menor pode advir de situações diferentes, a princípio surgiu do poder familiar legalmente imposto aos pais, visando o pleno desenvolvimento de seus filhos, mais tamanha é sua importância que, como visto, na falta dos pais ou quando eles não apresentem condições de exercê-la, será atribuída a uma família substituta. (QUINTAS, 2009, p. 18).

Mais uma vez fazemos uso do dicionário Aurélio para definir o termo guarda. Guarda ato ou efeito de guardar, proteção e amparo. O verbo guardar segundo mesmo dicionário Aurélio significa vigiar com o fim de defender, proteger ou preservar. Portanto quando se fala da guarda jurídica do menor está se falando do responsável em defender, proteger ou preservar a

integridade física, moral e psicológica de crianças e adolescentes.

A guarda da criança ou adolescente é de responsabilidade direta dos pais, esta é intransferível e inalienável, não cabendo aos pais em hipótese alguma ceder à guarda da criança ou adolescente para outrem, somente um juiz de direito tem poder de decisão de conceder ou não a guarda a outrem que pode ser um dos genitores, um parente ou até mesmo um terceiro fora do ciclo familiar, a critério de preservar, proteger e garantir a melhor condição de vida à criança e adolescentes.

Assim, como na tutela e na adoção, a guarda gera obrigações pessoais, indelegáveis e intransferíveis.

A guarda do menor originalmente é de responsabilidade conjunta dos pais, a guarda deixa de ser conjunta quando há a separação da sociedade conjugal. Enquanto os pais se mantêm casados não há dúvidas que as decisões sobre a vida dos filhos é de responsabilidade de ambos, entretanto com o fim do relacionamento a guarda dos filhos é desdobrada a um dos pais cabendo ao outro genitor (não detentor da guarda) a visita, entretanto isso não significa que uma das partes deixa de ter autoridade e responsabilidade sobre o filho.

A guarda do menor “normalmente” cedida à mãe é devido à imagem idealizada de que a mãe é mais amorosa, dedicada, cuidadosa e responsável, entretanto o juiz não pode decidir a partir do pensamento do senso comum, cabe, portanto ao juiz sempre a serena decisão de nomear o cônjuge



que verdadeiramente apresenta melhores condições reais de salvaguardar a criança ou o adolescente. Há caso nos quais não estão aptos nem o pai nem a mãe de salvaguardar a criança ou o adolescente e o juiz decide por nomear um tutor, que pode ser um outro ente familiar, um terceiro não familiar ou ainda um tutor do estado.

Segundo o artigo 1.584 do código civil a guarda unilateral ou compartilhada poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 10 Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 20 Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 30 Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação

técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2012a, p. 253)

Há três tipos de guarda, aos quais veremos detalhadamente ao longo deste terceiro capítulo. As guardas são: unilateral, alternada e compartilhada⁸. Antes, porém de detalharmos cada um dos tipos de guarda pensamos serem necessários alguns esclarecimentos gerais ainda sobre o assunto.

Segundo o código civil depois de rompido o casamento uma das partes passa a deter a guarda da criança ou adolescente em caso de comum acordo as próprias partes decidem quem será o responsável legal do menor, (o pai ou a mãe) quando não há acordo entre os cônjuges o juiz de direito é quem toma a decisão a cerca da guarda do menor. De fato seria interessante, principalmente para o bem do menor, que os pais adotassem

8 Segundo Goldstein (2006) os diferentes termos usados para conceituar diferentes tipos de guarda (conjunta, dividida, repartida) referem-se à mesma coisa, ou seja, é de fato um mesmo arranjo, sendo, portanto na verdade diferentes modos de visitação. Cf. Denise Bruno, in Guarda Compartilhada, pág. 2



uma postura amigável resolvendo a separação de modo consensual, pois toda e qualquer disputa sempre a de deixar sequelas nos menores.

No caso de consenso entre os genitores é preciso que as partes deliberem além do responsável legal, o regime de visitas, ou seja, decidam sobre a visitação daquele que não detém a guarda, os horários de visita, a repartição das férias e dos dias festivos. Não podemos deixar de esclarecer que mesmo sendo um ato consensual a separação acarreta fragilidade emocional para ambas as partes, portanto cabe ao juiz de direito sempre expor as vantagens da guarda compartilhada, que como já colocamos anteriormente é de fato o melhor instrumento de acerto entre os pais, uma vez que, podemos afirmar a partir de dados históricos que a guarda dividida, na maioria dos casos, leva a profundos prejuízos nos filhos.

Segundo o artigo 1.583 do código civil: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.” (BRASIL, 2012a, p.252)

É ainda importante salientar que em caso de divórcio mesmo que consensual a definição da guarda, o acordo de visitação devem ser validados por uma chancela judicial, que só ocorre após ouvidoria do ministério público.

4.1. Modos de arranjos da guarda jurídica do menor

Nos dias atuais é crescente a prática do divórcio, entretanto esta prática não pode trazer como consequência um desequilíbrio emocional nas crianças e/ou adolescentes, uma vez que, enquanto pais suas ações devem sempre caminhar no sentido de preservar e proteger os menores. De modo algum fazemos apologia ao “Felizes para Sempre”, entretanto entendemos que é de total responsabilidade dos pais o desenvolvimento emocional, físico e intelectual dos menores, portanto qualquer ação contrária a este direcionamento o Estado de Direito tem por obrigação responsabilizar os responsáveis.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, os pais devem seguir algumas obrigações legais, assim também rege o artigo 1.634 do código civil algumas das obrigações dos pais para com os menores, dentre elas podemos destacar o inciso primeiro “Compete aos pais dirigir-lhes a criação e educação”. Porém as obrigações dos pais não competem apenas quando coabitam o mesmo ambiente familiar, portanto mesmo que aja separação entre os cônjuges estes continuam com sua mesma obrigação diante dos menores. (BRASIL, 2012a, p.255)

Havendo a separação logo se discute a guarda do filho, mesmo sendo a separação consensual ou litigiosa, neste caso se definirá quem ficará com a guarda do menor, como já colocamos



anteriormente, pode ser unilateral ou compartilhada. E sempre necessário um cuidado e uma atenção especial principalmente aos menores, pois qualquer ruptura no cenário familiar sempre causa abalos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê duas modalidades de guarda, uma definitiva na qual o menor passa a ser de responsabilidade definitiva de um dos cônjuges, esta modalidade de guarda pode ser deferida por medida cautelar preparatória ou incidental e a outra de caráter provisório, precária, temporária ou especial. Mesmo a guarda definitiva pode ser revista pelo juiz de direito a qualquer momento, como afirma o artigo 35 do ECA.

E a outra modalidade de guarda é a alternada, nesta tanto a guarda material como a jurídica é alternada período a período entre os ex-cônjuges. Assim a cada período pré-estabelecido pelo juiz de direito cada genitor exerce de forma exclusiva e total os direitos e deveres que integram o poder parental.

Como afirma o Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a guarda:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente,

nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta

Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público. (BRASIL, 2012b, p.987)

A diante veremos cada modo de guarda jurídica do menor para uma melhor compreensão de todas.

4.1.1. Guarda unilateral

No artigo 1583 do código civil em seu §1º, “compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) [...]”. (BRASIL, 2012a, p.252)

A guarda unilateral, na qual o pai ou a mãe detém o direito legal sobre o filho é a forma mais comumente usada no Brasil. Portanto uma das partes é responsável pelo filho cabendo à outra parte a visitação e a fiscalização dos atos do detentor da guarda.

Como segue o artigo 1.583 do código civil:

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II - saúde e segurança;
- III - educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que

não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (BRASIL, 2012a, p.252)

A guarda unilateral mesmo sendo a mais comum no Brasil é a mais prejudicial, uma vez que, a guarda unilateral mina a relação do ex-cônjuge não detentor da guarda, já que o ex-cônjuge deixa de está presente no dia a dia do filho.

Segundo Dias (2010, p.40):

Ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, não se pode deixar de atentar para o momento de absoluta fragilidade emocional em que eles se encontram quando da separação (CC 1.583 § 1º). O Estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba muitas vezes, refletindo-se nos próprios filhos, que são usados como instrumento de vingança pelas magoas acumuladas durante o período da vida em comum. Por isso, é indispensável evitar a verdadeira disputa pelos filhos e a excessiva regulamentação das visitas, com a previsão de um calendário minucioso, exauriente e inflexível de dias, horários, datas e acontecimentos.

A guarda unilateral facilita a ação de pais vingativos que se utilização do poder familiar para alienar seus filhos em detrimento ao ex-cônjuge, acarretando assim a síndrome da alienação parental.

Neste tipo de arranjo ainda é esmagador o numero de casos em que a mãe ganha à guarda dos filhos causando muitas

vezes um distanciamento e conseqüentemente um afastamento entre o pai e a criança. As mães são privilegiadas a ficarem com a guarda dos filhos por questões históricas de comportamento, por determinações históricas coube à mulher o papel de cuidar da casa enquanto que ao homem coube o papel de “fora de casa” trazer o sustento da família, porém com o passar dos anos e das revoluções esses modelos de comportamento foram mudando e conseqüentemente mudou-se a visão da jurisprudência, uma vez que, o direito assim como outras ciências seguem em seus estudos e decisões as mudanças histórico/sociais.

Na guarda unilateral mesmo sendo conferida somente a um dos genitores é imprescindível à regulamentação das visitas, pois as relações afetivas entre pais e filhos devem a todo custo serem preservadas.

4.1.2. Aninhamento ou nidação

Na guarda por nidação onde a cada período também pré-estabelecido os pais se revezam mudando para a casa onde vivem os menores, porém esta modalidade é quase que extinta, pois penduram altos custos, uma vez que, é necessário a manutenção de três casa, uma para cada pais, pois estes estão separados e uma para os filhos. Esta modalidade, porém não é prevista em nosso ordenamento jurídico, portanto não cabe nos determos a ela.

4.1.3. Guarda alternada

Como já colocamos anteriormente, na guarda alternada a cada período os pais dividem a guarda definitiva dos filhos. A guarda alternada de fato é uma forma melhor que a guarda unilateral, já que possibilita que ambos os genitores convivam com seus filhos em igualdade de tempo e de direito, porém é relevante esclarecer que mudanças drásticas na dinâmica dos filhos podem ser prejudiciais a sua formação, portanto é preciso que os genitores entendam que eles devem seguir algumas orientações, como por exemplo, morar próximo um do outro para que a rotina da criança não seja alterada radicalmente.

A guarda alternada dá uma esperança ao seguimento da sociedade que luta por uma validação social do exercício da maternidade e da paternidade, ainda não é a melhor solução, em vista que, ainda sugere disputas, porém dá direito a que ambos os genitores sejam, mesmo que por um determinado momento, guardiões dos filhos.

4.1.4. Guarda compartilhada

A guarda compartilhada em nosso entendimento é um grande exemplo de exercício democrático, uma vez que, neste modelo de guarda ambos os genitores são guardiões dos filhos. Em alguns casos a guarda compartilhada pode ser confundida com a guarda alternada, entretanto diferente desta na guarda



compartilhada a guarda não se faz em determinado período, antes é como o próprio nome diz, é compartilhada entre os genitores durante toda a criação dos filhos.

O modelo de guarda compartilhada ainda é uma expressão de direito muito recente, somente em junho de 2008 é que ela foi regulamentada pela Lei da Guarda Compartilhada - Lei 11.698/08. E ainda muito pouco utilizada pelos juízes de direito, mesmo porque muitos juízes de direito ainda consideram que a guarda compartilhada só deve ser recorrida quando há uma boa relação entre os genitores, ou ainda porque argumentam que só seria possível a guarda compartilhada no caso dos genitores morarem próximos um dos outros.

Porém como afirma Brito a convivência entre pais e filhos não podem e não devem estar sujeita a relação dos genitores.

No entanto, cabe recordar que, com frequência, um divórcio onde os ex-cônjuges continuem se relacionando bem não costuma ser regra; ao mesmo tempo em que, com este argumento, volta-se a unificar o que diz respeito a conjugalidade e o que se refere a parentalidade. É preciso enfatizar que o vínculo de filiação e o exercício parental não podem depender de critérios de negociação entre os cônjuges: ao contrário, devem ser assegurados pelo Estado, como prevê a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989). Compreende-se, assim, que nem sempre é possível, nesses casos, buscar acordos, cabendo ao juiz como intérprete dos princípios que estruturam cada sociedade a designação do

exercício unilateral de responsabilidades. Assim, entende-se que é justamente quando o guardião interpõe obstáculos à participação daquele que não possui a guarda que a determinação da Guarda Compartilhada vai marcar, ou definir o primeiro, que ele não é o único na relação de parentalidade com a criança. (BRITO, 2012, online)

Consideramos sim que a guarda compartilhada é de fato a melhor opção em relação ao bom convívio entre pais e filhos, como também para a melhor formação da criança ou adolescente. Considerando ainda que vivemos em Estado de Direito Democrático nada é mais correto que independente da relação dos genitores os filhos possam garantir a convivência amorosa de si com seus pais.

De fato explanaremos a importância e as vantagens da guarda compartilhada no ponto seguinte, exatamente por consideramos este modo de guarda um avanço nas relações familiares.

4.2. Importância da guarda compartilhada

Acredita-se que a guarda compartilhada possibilita o maior exercício igualitário do Poder Familiar. Como já colocamos a regulamentação da guarda compartilhada é recente, mas de significativa importância, depois de sua regulamentação pela Lei 11.698/08 alterou-se dois artigos do código civil em 2002, os artigos 1.583 e 1.584, já anteriormente supracitados.

Faz-se evidente as vantagens da guarda compartilhada frente aos demais modelos de guarda jurídica do menor, esta não garante uma simetria na convivência entre pais e filhos, pois isto se dá em questões subjetivas, porém possibilita condições para uma boa convivência. Na guarda compartilhada o poder familiar igualmente dividido entre os genitores criando-se, portanto condições até mesmo de restauração dos laços, não conjugais, mas afetivos dos genitores separados.

Para Motta (2009, p.597):

A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo como uma postura, como um reflexo de uma mentalidade, segundo o qual o pai e a mãe igualmente importantes para o filho de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes venham ocorrer.

O psicanalista Nick (1997, p.135) atesta sobre a guarda compartilhada afirmando que:

A noção de guarda compartilhada como O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores refere-se à possibilidade dos filhos serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única.

Na guarda compartilhada os filhos residem em uma única casa, seja da mãe ou do pai, mas mantém livre acesso à casa do outro genitor, ou seja, caso o filho resida com a mãe ele sempre terá acesso livre na casa do pai, independente dos pais manterem uma boa relação ou não, mesmo porque o livre acesso pertence ao menor. Ou característica importante da guarda compartilhada é são acerca das decisões da vida do menor, esta é uma das principais diferenças da guarda compartilhada para os demais modelos de guarda, os pais são igualmente responsáveis por toda e qualquer decisão da vida do menor. A responsabilidade é tal qual a de casais não separados.

Dar educação exige o concurso de ambos os genitores, “já que ela não depende da competência exclusiva de um só. (...) O direito de visita não é um ‘direito’ dos pais em relação aos filhos, mas é, sobretudo, um direito da criança. Direito de ter companhia de seus genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a lei impõem àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho. (LEITE, 2007, p. 186).

Em nossos dias atuais vemos a luta incessante por isonomia na relação entre homens e mulheres, entre ricos e pobres porque seria diferente entre pais e mães? A relação de pai e mãe separados não pode ir a contramão de uma sociedade

que louva a democracia. A isonomia entre pai e mãe preserva os laços afetivos destes para com os filhos.

Mas podemos nos questionar será de fato que este modelo de guarda é verdadeiramente possível? Não será possível apenas em pais “amigos” mesmo que separados, ou seja, será que a guarda compartilhada não funciona somente em relações consensuais? Acreditamos que não, mesmo sendo um arranjo recente a guarda compartilhada é um processo eficaz no que concerne a boa convivência entre pais e filhos, podemos ainda ter como exemplo a prática de diversos pais. Na Inglaterra já é praticada a guarda compartilhada há 20 anos, a experiência inglesa só tem contribuído para acreditarmos ser possível uma relação “normal” entre pais e filhos de casais separados.

Se levarmos em conta as mudanças sociais e históricas ocorridas ao longo das últimas décadas e tomarmos a guarda compartilhada como consequência dessas mudanças, poderemos afirmar a guarda compartilhada como uma revolução no direito principalmente no Direito da Família.

Podemos ainda pensar alguns aspectos psicológicos para respaldar a importância da guarda compartilhada.

4.2.1. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada

Como afirma Albuquerque (2005, p.56):

Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma série de perdas para a criança, e procura amenizá-las. A criança se beneficia na medida em que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação.

Uma separação conjugal mesmo que consensual pode trazer aos menores um abalo emocional, uma vez que, a estrutura familiar está se desfazendo e isto para a criança pode parecer, principalmente que o genitor não a ama mais. A guarda compartilhada segue o fundamento psicológico que se a criança continua a perceber ambos os genitores como responsáveis por si, isto diminui os problemas psicoemocionais.

Na guarda compartilhada a presença de ambos os genitores na vida dos filhos é tão constante, os problemas diários são de fato responsabilidade de todos que minimiza qualquer distúrbio que o menor possa ter, já que para ele a presença dos genitores continua ali dia a dia.

Segundo Teyber (1995, p.147): “Os filhos querem estar ligados aos dois genitores e ficam profundamente aflitos quando precisam escolher um ou outro.”

Portanto o fato de não precisar escolher entre um genitor e outro deixa o menor menos angustiado e mais aberto para o convívio com os pais.

E como também afirma Motta (2007, p.52):

Tende também a diminuir os conflitos de lealdade os quais podem ser resumidamente traduzidos como sendo a necessidade da criança ou adolescente de escolher, defender, tomar o partido de um dos pais em detrimento do outro. Quando estes sentimentos estão presentes na criança entende que a ligação, interesse, carinho, afeto, necessidade de convivência e apoio a um dos pais, significa deslealdade e traição ao outro. As consequências emocionais são muito sérias e a criança pode isolar-se, afastando-se de ambos os pais, inclusive daquele que teme estar traindo e magoando.

Coibindo assim qualquer ato de alienação por qualquer que seja o genitor. A grande vantagem da guarda compartilhada é o fato da vida cotidiana dos filhos “continuarem” como eram antes do divórcio. O relacionamento com os genitores continua próximo e amoroso, sem que os filhos sejam coagidos a escolher há ainda possibilita dos ex-cônjuge voltarem a ter um convívio harmonioso, já que a proximidade dos filhos trás a eles uma proximidade também. A guarda compartilhada ajuda a diminuir os problemas emocionais, sentimento de rejeição, facilita a socialização e a identificação com os problemas e sua superação.

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados

têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes. (ALBUQUERQUE, 2005, p.60)

Um fato relevante que configura vantagens da guarda compartilhada é a reconstrução de suas vidas, segundo estatísticas somente 25% das mães com guarda única constituem novas famílias, já as mães de guarda compartilhada configura 45%. Isso se dá necessariamente pelo fato de que na guarda compartilhada os cônjuges estão mais “livres”, sabendo que o outro está ali tanto quanto ela.

Segundo Grisard Filho (2009, p.175) as vantagens são:

PAIS	FILHOS
Ambos os pais se mantêm guardadores.	Convivência igualitária com cada um dos pais.
Qualificação na aptidão de cada um deles.	Inclusão no novo grupo familiar de cada um de seus pais.
Equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional.	Não há pais periféricos.
Compartilhamento do atinente a gastos de manutenção.	Menor problema de lealdade.
Maior cooperação.	Bom modelo de relações parentais.

Há, porém desvantagem assim como toda e qualquer relação não é porque é bom para 99% dos casos que é será bom para os 100% dos casos, entretanto não podemos negar a superação da guarda compartilhada frente aos demais arranjos de guarda, esta é a forma mais social e democrática de relação

dos genitores e também a que tem por natureza a diminuição de conflitos e problemas psicoemocionais. Há ainda muito a se estudar, a melhorar, mas o importante é que o primeiro passo foi dado e que os juízes de direito a cada dia caminham no sentido de compreender a guarda compartilhada como a solução mais acessível ao bem estar do menor e também dos genitores.

Algumas desvantagens segundo Grisard Filho (2009, p.176):

PAIS	FILHOS
Maiores Custos (moradias apropriadas)	Adaptação e duas moradias
Permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar.	Problemas práticos ou logísticos
Constante adaptação	-
Necessidade de um emprego flexível	-

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda compartilhada surge da intenção dos pais não detentores da guarda de seus filhos poderem compartilhar a criação e educação dos mesmos. Ao longo da história do direito civil, que se permeia na evolução histórica das nossas sociedades, vimos que em um determinado momento era privilegiado o pai, depois passou-se a privilegiar a mãe, acredita-se que hoje não deva haver privilégios, antes ambos os pais devem participar da vida dos seus filhos ativamente.

A guarda compartilhada é no intuito de preservar a qualidade de vida do menor, acredita-se que esta atenua os impactos negativos causados pela ruptura familiar, como também frustra possíveis planos de alienação parental, uma vez que, os pais estarão juntos, lado a lado, na criação dos filhos.

Sabemos que no Brasil este tipo de arranjo de guarda ainda é um fenômeno recente, se levarmos em conta o tempo de uso da guarda compartilhada de outros países. Todavia este “atraso” pode ser viável, uma vez que, garantimos exemplos confiáveis, garantimos que este arranjo de guarda é, de fato, plausível. Como também o “atraso” do nosso país nos possibilita ainda nos aprofundarmos em estudos, e, assim garantir as melhores soluções no que confere a preservação do menor.

Afirmamos ser a guarda compartilhada o melhor arranjo de guarda pelo seu progresso frente a outros arranjos, como também pelo seu modo de desenvolvimento. A guarda compartilhada solidifica amizades que se construíram após o rompimento conjugal, como também possibilita que casais que se divorciaram em meio a brigas possam se reconciliarem e, desta maneira, voltem a ter uma relação harmoniosa como foi nos primórdios da relação.

A guarda compartilhada, como já explicitamos ao longo deste trabalho, frustra qualquer intenção de alienação, e com isso impede que os menores cresçam psicologicamente doentes. A síndrome da alienação parental deve ser a todo custo evitada,



pois esta acarreta nas crianças e/ou adolescentes traumas muitas vezes irreparáveis, traumas muitas vezes não detectados em quanto criança, mas que, serão na fase adulta motivo de frustrações.

A nosso vê, e, é isso que rege todo nosso trabalho, a forma mais eficaz de controlar, inibir e frustrar a síndrome da alienação parental é necessariamente o arranjo de guarda, pois qualquer outra política será posterior a alienação, enquanto que, a guarda compartilhada se coloca antes que qualquer alienação, sendo, portanto possível a inibição do ato.

Diante do que foi exposto ao logo do trabalho concluímos que, a guarda compartilhada, mesmo sendo um arranjo de guarda recente no Brasil, mesmo ainda apresentando certas dificuldades, devido principalmente ainda está em estudos, devido também a subjetividade do direito de família, é o meio mais “seguro” no que tange o arranjo de guarda, pois proporciona aos pais e aos filhos uma convivência harmoniosa, um lar de confiança, sem traumas e bloqueios emocionais.

A guarda compartilhada reduz em grande maioria dos casos qualquer doença psicológica que o menor possa vim a ter devido a ruptura conjugal. Sendo assim é preferível e interessante que o judiciário brasileiro tome conhecimento da evolução histórica e social que o direito de família vem passando, para que assim, possa inferir processos justos e que vissem necessariamente o bem estar do menor.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE. F.S. **As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e a litigiosa.** Revista Brasileira de Direito de Família. Síntese. Porto Alegre, v.7, n.31, ago/set, 2005, p.50-65.
- BRASIL. **Código Civil. Vade Mecum.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.
- _____. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).** Vade Mecum. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.
- _____. **Lei nº 12.318 de agosto de 2010. Dispõe sobre Alienação Parental.**). Vade Mecum. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012c.
- BRITO, Leila Maria Torraca. Negatória de Paternidade e Anulação de Registro Civil: certezas e instabilidades. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=236>> Acesso: 09. abr. 2012.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil brasileiro: direito de família. 27 ed. São Paulo, 2012. v.5.
- DUARTE. Marcos. Alienação Parental: a morte inventada por mentes perigosas. Disponível em: <http://www.paisporjustica.com.br/index.php?subaction=showfull&id=1294684180&archive=&start_from=&ucat=8&page=site/leidaalienacaoparental> Acessado em: 09.mar.2012.
- FIGUEREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. Alienação Parental. São Paulo: Saraiva, 2011.



- FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa. Síndrome de Alienação Parental. *Pediatria*. São Paulo: *Pediatria*, 2006, n. 28, v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. São Paulo. Saraiva, 2005.
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito da Família*. 2 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2008.
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada: uma nova visão para novos tempos*. São Paulo: *Revista Literária de Direito*. 1997.
- NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*. In BARRETO, Vicente (coord) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Forense, 2009.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. São Paulo: Fontanar, 2008.
- TARTUCE, Flavio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TEYBER, Edward. Ajudando as crianças a conviver com o divórcio. São Paulo: Nobel, 1995.

CAPÍTULO 8

MAIORIDADE PENAL E O PANORAMA ATUAL DA VIOLÊNCIA NO BRASIL.

Renata Amaral Mesquita Loiola¹

Resumo: O presente trabalho alberga uma reflexão sobre a diminuição da maioridade penal e o provável impacto sobre o índice de criminalidade no Brasil. O supedâneo teórico se deu através de minuciosa análise de revisão bibliográfica, em livros, doutrinas, artigos, internet, periódicos, pertinentes ao tema. A responsabilização criminal no Brasil é atingida quando o indivíduo atinge dezoito anos completos, podendo a partir daí ser considerado responsabilizado criminalmente pelos atos ilícitos que venha a cometer. Surge, então um questionamento acerca do Código Penal: Manter ou Reformar. Quais os desafios a serem enfrentados para retardar o aumento da violência no País.

Palavras-chave: maioridade penal, criminalidade juvenil, menor de idade, facções criminosas no Brasil. Legislação penal.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade trazer à baila uma reflexão sobre o instituto da Maioridade Penal focada

¹Pós-graduado no curso de Direito Processual Penal da rede de ensino LFG/Anhanguera. 1ª Tenente PMCE



no questionamento principal de se manter ou não a idade inicial mínima de dezoito anos completos, para a responsabilização do autor por eventuais que venha a praticar. Analisando os entraves legislativos, a realidade social e temporal como fator impulsionador de mudança e as prováveis consequências da alteração do tratamento legal conferido ao menor infrator.

Dessa forma, o presente artigo será concatenado em 6 capítulos para melhor acomodação do tema abordado. No primeiro capítulo, desmembrará o questionamento acerca da Reforma do Código Penal, elencando os aspectos contraditórios de uma possível mudança em sua maneira de albergar o menor inimputável.

O segundo capítulo abordará os principais regramentos que disciplinam a maioria penal, bem como o critério adotado pela Constituição Federal de 1988.

Já o terceiro capítulo, apresenta as principais correntes que repousam sobre a questão dos artigos 227 e 228 da carta magna ser ou não considerado cláusula pétrea. Já que trazem em seu bojo a Doutrina da Proteção Integral.

O quarto tópico trará relevante enfoque no artigo 4º (quarto) da compilação das Regras Mínimas das Nações Unidas, conhecidas como Regras de Beijing, conjunto de regras que devem ser observadas pela comunidade internacional no que tange ao tratamento reservado à criança e ao adolescente.

O quinto capítulo, denominado O inimputável e a

consciência da Ilicitude, trará à tona a situação da capacidade do menor de idade em se portar de acordo com as normas de conduta e sua potencial consciência das consequências da prática de atos criminosos. Tendo em vista o pilar constitucional da proteção à pessoa em desenvolvimento.

O sexto e último capítulo elenca as consequências sociais negativas, ao optar o legislador pela inimputabilidade criminal do menor de 18(dezoito) e como essa prerrogativa pode ser utilizada para fomentar organizações criminosas e, por conseguinte, agravar a situação da violência no País.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Código Penal: manter ou reformar?

O aumento na criminalidade no Brasil, tem suscitado uma série de questionamentos quanto ao Sistema Penal vigente no País. Visto que a Segurança Pública enfrenta uma grave crise que não se sabe ao certo se haverá uma solução.

O Dever do Estado é de garantir um estado de bem estar social, salvaguardando direitos básicos como saúde, educação, moradia e segurança. Contudo o aumento desenfreado da criminalidade revela uma enorme falha do Poder Público no que tange a todos esses direitos, sobretudo, na segurança. A violência deixou há muito de ser um problema apenas dos



grandes centros urbanos, e passou a ser um mal generalizado que afeta todo o País.

Diante desse cenário de extrema tensão social, urge o sentimento de necessidade de Reforma da Justiça Criminal, do Código Penal e do Código de Processo Penal. Ante a ineficiência da legislação atual em promover uma resposta adequada ao anseio social de se livrar da cultura do medo instalada no País. Realidade bastante delicada dentro desse panorama da violência que o País está submerso, é o relevante percentual de jovens e crianças como autores nesse cenário, integrando e até mesmo encabeçando facções, territórios marcados pelo tráfico de drogas, dentre outras organizações criminosas.

3. TRATAMENTO LEGAL CONFERIDO AO MENOR.

3.1. Critério biológico

A legislação Penal Brasileira em vigor adotou o critério biopsicológico para aferição da imputabilidade penal, segundo que preleciona o artigo 26 do Código Penal:

“É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Contudo, a lei em questão excepciona ao adotar o critério biológico ao tratar a questão da imputabilidade penal, introduzindo um dispositivo etário para marcar o início da responsabilização penal, a despeito de considerar como inimputável aquele que tem idade inferior a dezoito anos. Haja vista, a qualidade de pessoa em fase de desenvolvimento, portanto, incapaz de porta-se de acordo com a conduta legalmente imposta.

A Lex Major em seu artigo 228, “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. A Carta Magna confere, assim um tratamento específico aos Jovens e Crianças pautado no critério biológico (idade) para diferenciar essa parcela da população. Assim, não são alcançados pelo Código Penal Comum (Decreto Lei 2841 de 1940), os menores de 18 anos. Estes, são regidos por uma legislação especial específica, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente(ECA). Confere saliento na leitura do artigo 27 dessa Lei.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A legislação aplicada ao menor de idade no que toca ao cometimento de delitos, Estatuto da Criança e do

Adolescente(ECA) se pauta na adoção das chamadas medidas socioeducativas. Que apresenta um caráter essencialmente pedagógico e ressocializador com intuito de devolvê-la ao convívio social, em tese pode ser interpretada como uma forma mais branda de “punição” se comparada a Legislação Penal Comum.

2.2. Critério biopsicológico

Adoção do critério essencialmente biológico para deixar de responsabilizar penalmente o adolescente em conflito com a lei não encontra respaldo na sociedade hodierna, já que as crianças e os adolescentes tem uma visão bem diferente daquela em que tinham os menores da década de 40(quarenta), momento histórico em que foi promulgada a legislação penal vigente até hoje.

Nas palavras de Barbosa:

“O melhor critério é o biopsicológico, considerando-se que a idade de dezesseis anos é a idade de aquisição facultativa dos direitos políticos (BARBOSA, 1992, p. 16)”

4. CLÁUSULA DE INTANGIBILIDADE DO ARTIGO 228 DA CARTA MAGNA

Diante da atual panorama da Segurança no Brasil frente à significativa participação de crianças e jovens na criminalidade. Tem-se levantado variadas correntes de pensamento, sobretudo as que surgem no seio da sociedade, no sentido de questionar esse marco etário inicial de 18 anos para a responsabilização perante o Código Penal Brasileiro. Haja vista, que o agravamento da violência e da criminalidade ressalta a “sensação” de impunidade e de insegurança. Acarretando aí uma grande pressão social por mudanças que possam conter, senão solucionar o problema da violência no País.

Nessa esteira surgem diversas correntes que enxergam a redução da idade como uma das formas de solucionar o problema social da violência, vez que torna possível a responsabilização do indivíduo pelas condutas ilícitas que vier a praticar.

Diante desse clamor social, amplamente divulgado através das diversas mídias sociais, existindo inclusive várias PECs (Proposta de Emenda à Constituição) que sugere a redução da Maioridade Penal, apresentam-se alguns entraves legais bem proeminentes, uma vez que há um impasse: Seria o artigo 228 da Constituição considerado uma cláusula pétrea?

A Constituição brasileira em seu artigo 228 estabelece o sistema etário de responsabilização do indivíduo em conflito com a Lei. Ficando o artigo classificado do capítulo VII: “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”

Parcela da doutrina que considera os Direitos e Garantias

Individuais, protegidos pela cláusula de intangibilidade, conforme a inteligência do art. 60, § 2º, da CF/88, são aqueles elencados no artigo 5º do mesmo ordenamento. Entende ser possível a modificação do artigo por não o considerarem cláusula pétrea devido a topografia do artigo.

O Título II da CF/88 elenca os “DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS” explícitos que merecem atenção e gozam da cláusula de imutabilidade não podendo ser alterados por Emendas Constitucionais.

Para a corrente que defende esse entender, qual seja os Direitos e Garantias Individuais, protegidos pela cláusula de intangibilidade, conforme a inteligência do art. 60, § 2º, da CF/88, são aqueles elencados no art. 5º do mesmo ordenamento. O artigo 228, por se encontrar em título diverso não estaria abarcado por tal proteção.

É pacífico o entendimento que os Direitos e Garantias Fundamentais exorbitam os do art. 5º da CF, inclusive pela inteligência do parágrafo segundo, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

No entender do ilustre jurista Alexandre de Moraes, os Direitos e Garantias Fundamentais exorbitam aqueles elencados no Título II, conforme se depreende do trecho retirado de sua

doutrina “[...] direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade [...]”

Ainda no pensamento desse doutrinador:

Assim, o artigo 228 da Constituição Federal encerraria a hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º, cuja possibilidade já foi declarada pelo STF em relação ao artigo 150, III, b (Adin 939-7 DF) e conseqüentemente, autentica cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4.º, IV.” (MORAES, 2005, p. 2176)

5. REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS

O aumento exponencial da quantidade de jovens delinquentes, colocam em xeque a eficiência desse tipo de tratamento legal reservado aos menores.

Adotar um critério essencialmente biológico, qual seja, a faixa etária, tem levantado relevantes discussões no que tange ao marco inicial da chamada imputabilidade criminal, onde o jovem delinquente responderá criminalmente pelos atos que venha a praticar contrariando as normas legais.

Esses meninos e meninas tem sido alvo do interesse de Organizações Criminosas dentre outros fatores por não



serem alcançados pelo Código Penal. Além de se livrarem mais facilmente das sanções aplicadas, essas são ainda bem mais complacentes se comparadas a legislação comum. Assim, os menores formam um verdadeiro exército arregimentado por grandes traficantes e chefes de Facções e Organizações Criminosas.

No caso de serem flagrados ou descobertos, é verdadeira “regra” o menor de idade assumir a autoria do isolada do crime, mesmo que tenha sido cometido por outrem, para preservar os demais parceiros. Tornam-se, assim um escudo de proteção para os grandes criminosos.

Nas palavras do Ilustríssimo Miguel Reale:

“Tendo o agente ciência de sua impunidade está dando justo motivo à imperiosa mudança na idade limite da imputabilidade penal, que deve efetivamente começar aos dezesseis anos, inclusive, devido à precocidade da consciência delitual resultante dos acelerados processos de comunicação que caracterizam nosso tempo. (2007, online)”

O artigo 4º de que trata as Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça, da Infância e da Juventude preceitua:

“Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito

de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual”.

Sob a égide da proteção ao desenvolvimento mental, psicológico e emocional. Que argui ser menor de idade aquele que não tem a necessária compreensão das consequências dos seus atos, por estar ainda não terem adquirido a inteira maturidade emocional para serem responsabilizados pelos próprios atos. O próprio regramento estabelecido pelas Nações Unidas no que compete a responsabilização dos jovens, considera que a maturidade emocional, mental e intelectual leva em conta critérios circunstanciais.

A compilação das Regras Mínimas das Nações Unidas, conhecidas como Regras de Beijing, não estabelece a idade mínima de 18 anos, e sim, elenca critérios subjetivos que incluem o contexto histórico e social no qual o jovem esteja inserido, que lhe permite adquirir prudência e discernimento em seu proceder.

Não define pois uma idade que marca o início da punibilidades, ficando esta, a cargo do legislador que levará em conta valores culturais, intelectuais, e emocionais para aferir o grau de maturidade e consciência do menor em conflito com a

lei.

6. O INIMPUTÁVEL E A CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Um menor de 14 anos de idade, tem plena capacidade de discernir sobre o que seja ou não uma conduta social reprovável. Quando ele decide delinquir, roubar, matar, manusear uma arma de fogo. Ele o faz com a exata convicção de que pratica uma conduta criminosa. Da mesma forma que, quando é flagrado pela polícia, acaba por assumir a autoria do crime, mesmo que tenha sido cometido por outrem, por ter plena ciência de que a Legislação Penal Comum não o pode alcançar. Motivado, ainda, pelo respaldo que terá dentro estrutura hierárquica da organização criminosa, ao adotar tal postura.

As circunstâncias sociais e culturais nas quais os jovens e adolescentes estão inseridos, difere completamente das décadas passadas. A velocidade da divulgação de informações, a facilidade do acesso a tecnologias, o volume de conhecimento difundido é estratosférico em comparação ao momento histórico em que foi elaborado o atual Código Penal.

Um adolescente de 16 anos, tem maturidade suficiente para contrair matrimônio, ter uma vida sexual ativa, inclusive com a possibilidade de já nessa idade terem mais de um filho. Em 2016 o Código Civil realizou algumas modificações para se adequar melhor a esse novo contexto social reduzindo a maioridade civil de 21 anos para 18 anos. Mudança essa, de

substancial importância, já que o ordenamento jurídico deve acompanhar as transformações globais, sob pena de não ser efetivo.

Ao optar pelo critério biológico, o legislador estabelece uma presunção absoluta de que o menor de dezoito anos é incapaz de entender o caráter ilícito de sua ação, interpretando-o como possuidor de um desenvolvimento mental incompleto.

Nas Palavras do ilustre Antônio Carlos da Ponte (2001,p.21):

“A imputabilidade pode ser definida como a aptidão do indivíduo para praticar determinados atos com discernimentos, que tem como equivalente a capacidade penal. Em suma é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato de determinar-se segundo esse entendimento”.

A questão do critério biológico, sob o pretexto da proteção do desenvolvimento mental completo e da maturidade emocional das crianças e jovens, produz significativos paradoxos em sua aplicação cotidiana. Na prática de um indivíduo que cometa um homicídio minutos antes que completar 18 anos, seja considerado completamente inimputável em razão da idade. Nessa esteira interpretativa, o legislador interno nos faz crer, que se um indivíduo que completa 18 anos no dia 15 de agosto



e vem a cometer um crime às 23:59 horas (vinte e três horas e cinquenta e nove minutos) do dia 14 do mesmo mês, não tem maturidade mental, emocional e psicológica e às 00:00(zero horas) do dia 15 de agosto, possuirá o necessário discernimento para ser responsabilizado.

Nos dizeres de Mirabete:

“Há imputabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento [...] Quem não tem essa aptidão de entendimento e de determinação é inimputável, eliminando-se a culpabilidade. É essa via de regra, a noção de imputabilidade penal existente entre os autores da doutrina jurídica. No caso da legislação brasileira, é manifesto que não se levou em consideração “os desenvolvimentos mentais do menor, que não está sujeito à sanção penal ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. (MIRABETE, 2002, p. 210)

7. CONSEQUÊNCIAS DA INIMPUTABILIDADE EM RAZÃO DA IDADE

As crianças e os jovens são arregimentadas cada vez mais cedo para ingressarem na criminalidade. Esses, medida que vão se ambientando no cometimento de delitos, se tornam mais

ousados e violentos, com capacidade de arquitetar e executar crimes, inclusive com uso de instrumentos e técnicas de tortura que acabam por escandalizar muitos adultos. São verdadeiros peritos em sua área de atuação.

Aprendem a manusear armamento pesado, obedecem uma cadeia de comando paralela, negociam, cobram, vigiam, aterrorizam, e exercem todas as funções que compõe a cadeia criminosa. A sensação de impunidade os torna cada vez mais audaciosos e destemidos.

A falha no sistema de segurança como um todo, desde a legislação vigente até a fiscalização das medidas aplicadas propicia um ambiente fértil para o banditismo.

A inábil aplicação de medidas socioeducativas que tem a finalidade precípua de reinserir os jovens na sociedade acabam por corroborar com o sentimento de impunidade, uma vez que aplicadas as medidas, estas não tem a devida fiscalização e se tornam, em sua maioria, ineficientes seja em seu aspecto punitivo, seja em seu no quesito da ressocialização.

Segundo dados enorme quantidade de crimes não resolvidos em que não se sabe o autor, tornam quase impossível saber em dados reais o percentual de jovens cometem delitos. A ineficiência do sistema de segurança pública não permite mensurar a quantidade de jovens delinquentes, já que aqueles que de fato são apreendidos e dessa forma podem ser mensurados e catalogados constitui parcela insignificante, bem



aquém da realidade empírica que se observa.

8. CONCLUSÃO

Não se pode olvidar, portanto, que a problemática da criminalidade constitui fruto das desigualdades sociais e da incapacidade do poder público de prover a adequada assistência garantindo a dignidade e a paridade de condições entre os indivíduos. Contudo, a desigualdade social não pode ser utilizada para eximir o adolescente em conflito com a lei da necessária responsabilização penal por seus atos. Haja vista existirem considerável parcela de jovens que tem uma situação financeira abastada, acesso à educação, bem como base familiar estruturada e ainda assim optam por delinquir.

Os estudos realizados, demonstraram que muitos dos delitos cometidos por menores quando compõe facções criminosas são gravados e exibidos pelos próprios executores. Nesses vídeos, os agressores demonstram poder exibindo tortura (física e psicológica), armas, drogas, objetos caros e dinheiro. Essas organizações se utilizam da violência extrema e de atos executórios próprios da tortura como forma de chocar e aterrorizar facções rivais.

A disputa por território e hegemonia no tráfico de drogas constitui uma das principais causas dos sangrentos embates entre membros de facções. Assim, os inimputáveis, por esta condição, constituem a mão de obra barata e extremamente

atraente nessa disputa

Diante de todo o exposto, percebeu-se que o exponencial aumento da criminalidade e, sobretudo, levando-se em consideração o relevante papel desses indivíduos têm no cenário do crime, faz-se necessário uma nova reflexão que leve em conta não somente o critério biológico, adotado pelo código penal brasileiro, como também o cenário social completamente distinto daquele em que foi elaborada a legislação penal vigente.

Dessa forma, reforço o entendimento que a legislação atual não só é falha em os proteger da delinquência juvenil, como contribui para o aumento da delinquência juvenil, visto que, os principais argumentos que repudiam a responsabilização penal, são frutos do pensamento da proteção integral à criança e ao adolescente. Contudo, cega para o fato de o instituto da maioridade penal, exerce verdadeiro escudo não só para o adolescente conflituoso, como também para aqueles que se utilizam deles como instrumentos para assegurar seus objetivos ilícitos, tornando-os, assim, verdadeiros atrativos para grandes criminosos. Já que estes, são regidos por uma legislação mais branda, qual seja, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Some-se a isso, o fato da sociedade se ver com as mãos atadas diante do crescente número de menores infratores no cometimento de delitos atentatórios a vida e a integridade física, com o uso e violência e técnicas de tortura cada vez mais agressivas, que ficam completamente “impunes”, devido ao fato



de estarem albergados pelo instituto da inimputabilidade penal até os 18 anos.

Por todo exposto, resta comprovada a completa ausência de efetividade da penal em vigor, facilmente percebidos pelo aumento exponencial da violência. Considerando, ainda a baixa taxa resolutividade dos crimes, haja vista, tal legislação tornar engessada atuação dos instrumentos persecutórios do Estado concorrem significativamente para agravar o cenário de caos e violência instalado no País.

Dessa forma, acreditamos que adotar o critério biopsicológico, em lugar do atual sistema, seria uma ferramenta mais adequada. Capaz de avaliar o nível de consciência do menor em conflito com a lei e responsabilizá-lo conforme seu entendimento.

REFERÊNCIAS

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed., São Paulo: Atlas, 2006. P. 60.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Atlas, 2002.

RESSEL, Sandra. **Menoridade Penal**. In: *Âmbito Jurídico*, 2018. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/>

index.php?n_link=%20revista_artigos_leitura&artigo_id=1860>. Acesso em: 19 ago. 2018.

RIOS, Viviane Bacelar Morais Sarmiento. **Menoridade Penal: Mitos e Verdades**. In: Jus Brasil, 2018. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/148710486/menoridade-penal-mitos-e-verdades>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CAPÍTULO 9

CRIMINOLOGIA FEMININA: A INSERÇÃO DA MULHER NA CRIMINALIDADE: TRÁFICO DE DROGAS

Sabrina Melo Saraiva

Resumo: A pesquisa em tela detém a relevante missão de abordar a criminologia com destaque para a inserção feminina na criminalidade. É preciso considerar que as condições sociais das mulheres, por vezes, favorecem o seu ingresso as organizações criminosas, sobretudo, no que toca a traficância de substâncias entorpecentes. O objetivo geral consiste em demonstrar as causas e consequências da participação das mulheres na criminalidade e seus efeitos sociais e no seio familiar sob a ótica da jurisprudência mais atual do STF. A presente pesquisa caracterizar-se pela natureza qualitativa. Quanto ao procedimento técnico, portanto, optou-se pela pesquisa bibliográfica e a análise jurisprudencial para traçar um comparativo entre o que leciona a doutrina e o que julga a jurisprudência no que se refere ao envolvimento das mulheres com a criminalidade no Brasil. Foi realizada uma análise de conteúdo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, bem como decisões do Supremo Tribunal Federal, considerando aquelas publicadas nos últimos cinco anos. Ao final deste estudo foi possível verificar que prevalece como causas da entrada de mulheres para o tráfico de drogas por vulnerabilidade social ou por relações íntimas/afetivas com traficantes, sendo predominantes as jurisprudências que tratam sobre o assunto. Todavia, foi possível encontrar casos em que a mulher comanda o tráfico, fazendo valer o argumento de que existe uma busca das mulheres em ocupar cargos historicamente



masculinos, no caso apresentado neste estudo verificou-se, inclusive, que o TJ-RS sopesou o comando do tráfico de drogas com o entendimento do STJ de substituição da pena privativa de liberdade nos presídios por prisão domiciliar, visto que a ré tinha um filho com deficiência, fazendo prevalecer os direitos do mesmo, preferiu promover a prisão de fato da ré, considerando que como usava seu domicílio para o tráfico, na verdade, apresentava riscos ao mesmo, inclusive, possibilidade de corrompê-los. Diante do exposto, é possível dizer que não existe uma única causa para entrada da mulher no tráfico de drogas, porém, prevalece a vulnerabilidade social como um dos principais pilares, acreditando-se que é um campo fértil para atuação do Poder Público.

Palavras-Chave: Tráfico de Drogas. Mulher. Criminologia.

1. INTRODUÇÃO

O crescente consumo de drogas e suas consequências tornam-se um dos problemas mais graves da sociedade. A cada dia aumenta o número de pessoas que delas se tornam dependentes e que são por elas gradativamente destruídas. Na atualidade, o uso abusivo de drogas constitui um problema social e uma grande questão de saúde pública, acometendo, principalmente, os grupos mais jovens e também os adultos, nos quais as consequências podem ser fatais, dada a possibilidade de acidente de trabalho, de trânsito e violência na sociedade. O ingresso e permanência de jovens no mundo das drogas são reconhecidos como um problema social de graves consequências, principalmente, quando esse ingresso se associa ao aumento

da criminalidade, seja pelas pequenas infrações que chegam a cometer para sustentar o vício ou pelo tráfico ilícito de drogas.

As consequências para a sociedade são óbvias, as drogas acompanhadas da violência, tomam as ruas e invadem as famílias, sem distinção de cor, raça ou classe social. A falta de eficiência nas políticas públicas voltadas para a sociedade influencia as condições socioeconômicas da população, colocando a sociedade em riscos sociais, visto que suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde e lazer, são atendidas de forma precária.

Quando o assunto volta-se para a inserção de mulheres no tráfico de drogas, verifica-se diferentes posicionamento na literatura publicada sobre as possíveis causas e consequências, de um lado aqueles que destacam a problemática da vitimização e submissão da mulher criminosa, como Barcinski et al. (2013) e Cortina (2015) e, de outro, aqueles que buscam um ponto de vista diferenciado, destacando a busca por um status, pela possibilidade de ocupação de posições masculinas, como Barcinski e Cúnico (2016). Assim, o interesse por este estudo foi levantado, enfocando-se na criminologia feminina para discorrer sobre o assunto.

Nesse sentido, o estudo foi levantado pelo seguinte questionamento: Quais as causas e consequências sociais da inserção da mulher na criminalidade, sobretudo, no tráfico de drogas?



É importante identificar os motivos que levam as mulheres a optar pela criminalidade, pois dessa forma o Estado poderá criar políticas públicas para prevenir esse tipo de situação que tanto prejudica os cuidados com as crianças que enfrentam a lamentável situação de crescerem longe de suas genitoras encarceradas. Salienta-se, ainda, que é preciso analisar os argumentos colacionados na jurisprudência moderna para determinar em que hipóteses as mulheres criminalizadas podem regressar a liberdade.

Nesse contexto, a pesquisa em tela detém a relevante missão de abordar a criminologia com destaque para a inserção feminina na criminalidade. É preciso considerar que as condições sociais das mulheres, por vezes, favorecem o seu ingresso as organizações criminosas, sobretudo, no que toca a traficância de substâncias entorpecentes. Nesse contexto, essa problemática é abordada demonstrando os efeitos sociais causados pela prisão das mulheres.

A escolha do tema é justificada pela importância do papel da mulher na sociedade e na família, pelas motivações que induzem sua entrada na criminalidade e nas consequências advindas dessa realidade. Esse tema é de notória atualidade, em razão das recentes decisões dos tribunais superiores sobre a condição das mulheres encarceradas no Brasil.

O objetivo geral consiste em demonstrar as causas e consequências da participação das mulheres na criminalidade e

seus efeitos sociais e no seio familiar sob a ótica da jurisprudência mais atual do STF.

E nos objetivos específicos em: apresentar o contexto social das mulheres presas sob a ótica da criminologia; relacionar as motivações para a entrada da mulher na criminalidade e a visão dos Tribunais Superiores relacionados as consideradas como pequenas traficantes e as mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos incompletos.

Buscar-se-á ainda, explicar o tratamento legal e jurisprudencial destinada as mulheres que adentram aos tortuosos caminhos da criminalidade.

Discorrer sobre a legislação penal brasileira, a evolução no que trata acerca da temática, levando-se em conta os projetos e leis já existentes.

Apresentar assim, uma série de conceitos e orientações acerca de como melhorar a legislação vigente em detrimento em combater o aliciamento e conseqüente inserção das mulheres na criminalidade, votadas a atuação no tráfico de drogas.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

A Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para a repressão à produção não autorizada



e ao tráfico ilícito de drogas; definiu crimes além de prever outras providências.

A referida lei fez mais que revogar as leis anteriores referentes à substância entorpecente (terminologia adotada pelas Leis 6.368/76 e 10.409/02) ou drogas (atual expressão). Seu escopo foi apresentar a sociedade um avanço em relação à política adotada pelo Brasil ao combate às drogas, que evoluiu de um modelo mais repressivo castrador de liberdade para adotar um viés de políticas públicas tendo por inspiração a política europeia que tem por finalidade a redução de danos, a prevenção e a recuperação dos dependentes químicos.

A substituição dos termos foi necessária por considerar-se que nem toda substância que causa dependência química pode ser classificada como entorpecente, ressalta-se que só são consideradas drogas aquelas constantes em uma relação publicada pelo órgão do Ministério da Saúde. Quanto ao fato de haverem outras drogas que causam dependência e não estão listadas pelo Ministério da Saúde, Leal (2008, p. 3) informa que:

É uma posição hoje completamente superada, seja na doutrina, seja na jurisprudência, cujo entendimento converge para defender a solução legal de que a droga esteja taxativamente descrita na Portaria ministerial para o fim de se estabelecer o juízo positivo de tipicidade da conduta.

Ressalta-se que no caso de ser constatada alguma outra substância entorpecente que não esteja listada pelo Ministério da Saúde, tendo como base o princípio da legalidade, sua produção, comercialização, distribuição, venda ou consumo não constituirá crime. Greco filho e Rassi (2008, p. 12): “A qualificação jurídica de droga é toda substância natural ou sintética suscetível de criar um efeito sobre o sistema nervoso; uma dependência psíquica ou física; e um dano à saúde pública e social”. Nesse contexto, pode-se dizer que drogas são substâncias ou produtos que tenham como consequência a dependência física e psíquica do indivíduo, alterando suas funções orgânicas, porém, para fins jurídicos, tais drogas devem está listadas pelo Ministério da Saúde.

A lei em comento traz em seu bojo a humanização do direito penal aplicado aos doentes em função de dependência química. Uma das principais inovações trazidas pela Lei 11.343/06 foi a despenalização do art. 28 desta lei, que trata da posse de droga para consumo próprio (usuário de drogas), não sendo mais tal crime punido com pena de detenção. Salienta-se que a vertente de atenção da política de atenção ao usuário e dependentes químicos e a reinserção dos mesmos na sociedade, de acordo com Gomes (2007, p. 27):

Trata-se, portanto, de uma importante mudança ideológica, principalmente porque a nova Lei determina a observância do equilíbrio entre as

atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social.

Nesse contexto, o consumo de drogas e o comércio das mesmas é expressamente proibido, assim como, as condutas advindas do uso e comércio das mesmas. Oportuno se torna dizer que despenalização e descriminalização são institutos inconfundíveis, despenalizar é aplicar uma sanção menos severa, como é o caso da referida Lei, isso porque o réu será responsabilizado criminalmente e poderá ser obrigado a frequentar reuniões de pessoas viciadas, realizar tratamentos médicos, dentre outras imposições judiciais. Já descriminalizar significa isentar o indivíduo de qualquer responsabilidade na esfera criminal sob os atos lesivos por este praticado.

A Lei de Drogas também acrescentou novos tipos penais, como o crime de financiamento do tráfico; o crime previsto para quem oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem (artigo 33, § 3º da Lei 11.343/06) e o crime de condução de embarcação ou aeronave sob efeitos de drogas. Com isso, a lei 11.343/06 trouxe essa nova modalidade de conduta, que fica entre o consumo pessoal e o tráfico, se configurando como o indivíduo que eventualmente e sem objetivo comercial oferece

droga para alguma pessoa de seu relacionamento, para consumir em conjunto, sendo esta conduta disposta no parágrafo 3º do art. 33 da citada lei, que diz:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [...] § 3º: Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem.

Tal conduta não possuía disposições expressas nas leis anteriores, ressalta-se que nesta lei o indivíduo que tiver tal conduta não será enquadrado em crime por tráfico de drogas, mas será punido, conforme o art. 28 da Lei Antidrogas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Acredita-se que no Brasil a política antidrogas não deve ser apenas interno, o uso e o tráfico devem ser tratados com o entendimento mundial de prevenção e redução de

danos, diferenciando-se da política norte-americana de combate repressivo, este que deve ser tomado pelo legislador primeiramente no que se refere ao combate a entrada das drogas que é o fato primordial em qualquer país.

A Lei de Drogas adotou uma postura mais severa em relação ao traficante de drogas, haja vista o aumento da pena mínima em abstrato para o crime de tráfico de drogas. Bom é lembrar que a maior falha do legislador, especificamente neste ponto, foi não diferenciar a aplicação de penas destinadas aos traficantes em potencial e aos ‘pequenos’ traficantes utilizados como mulas para a propagação do tráfico nacional e internacional de substâncias entorpecentes. Se de um crime mais significativo para o ordenamento jurídico, sendo o agente mais severamente punido, condenado por apenas este crime se não tiver cometido nenhuma das condutas elencadas no art. 33 da mesma lei. Conforme afirma Gomes (2007, p. 200): “Praticando o agente, no mesmo contexto fático, tráfico de drogas e de maquinários, deve responder apenas por aquele, ficando este absorvido, o que não impede o juiz de considerar essa circunstância na fixação da pena”.

Ressalta-se que para que o indivíduo seja enquadrado no artigo supracitado faz-se necessário que se colham provas suficientes sobre o real uso do maquinário, haja vista que não possui nenhum maquinário específico para a fabricação de drogas, um mesmo maquinário pode ser usado para

uma atividade inocente. Outro fator a ser destacado é que a comprovação que o maquinário era utilizado para a confecção de drogas é bastante complexa, mas é imprescindível que seja realizada, Greco Filho e Rassi (2008, p. 124):

Observa-se que a finalidade de utilização ilícita é elemento do tipo e, portanto necessária à caracterização do delito inclusive para fins de flagrante. Não terá justa causa a prisão que não vier sustentada por elementos suficientes de prova de que o objeto de que se trata tem, de fato, a destinação irregular.

A possibilidade de redução da pena daqueles que se envolveram no tráfico de drogas em função das promessas supostas vantagens econômicas imediatas, na atualidade, é considerada como uma possibilidade real no momento de aplicação da pena pelos julgadores. Na realidade, as pessoas chamadas de ‘mulas’ são instrumentos usados para a internacionalização do tráfico e não guardam potencialidade lesiva contra a sociedade. Como exemplo à redução da pena, Gomes (2007, p. 203) afirma:

Caso o agente seja detido após montar um laboratório clandestino de drogas, mas antes de praticar qualquer conduta prevista no artigo 33, caput, sua pena mínima será de três anos. Por outro lado, caso sua prisão ocorra após ter efetivamente colocado o laboratório em funcionamento, sua



pena mínima, caso preencha os requisitos do § 4º do artigo 33, poderá ser de um ano a oito meses! Veja que para a conduta menos grave há a possibilidade de aplicar pena mais gravosa, e clara afronta ao princípio da isonomia. O intérprete deve ser convocado para resolver esse impasse. A única solução será a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, também sobre a pena do artigo 34, incidindo a causa de redução de pena de um sexto a dois terços sobre a pena de três anos.

A pena também poderá ser aumentada de um sexto a dois terços conforme dispõe o art. 40 da referida lei, o qual dispõe condutas que poderão aumentar essa pena como a transnacionalidade do delito, o uso de função pública, no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância para favorecimento do tráfico de drogas, se o tráfico tiver ocorrido dentro de instituições fechadas como hospitais, prisões, transportes públicos, entre outros. E, ainda, caso o tráfico tenha sido praticado com alguma forma de violência, quando o tráfico for feito entre Estados da Federação e destes com o Distrito Federal, e para aquele que financia e/ou custeia a prática do crime. Ressalta-se que a pena é agrava também em casos de envolver crianças e adolescentes.

Nucci (2006, p. 793) elucida que a causa de aumento da pena se justifica “quando for maior a aglomeração de pessoas, e mais fácil, ágil e disseminado tornar-se à mercancia da droga, se justifica a causa de aumento da pena”. Desta forma, o agente

sofrerá aumento de pena conforme for a sua capacidade lesiva à sociedade, se fizer circular a droga em um ambiente onde há um maior número de pessoas concentradas estará passível de aumento da pena.

Acredita-se que a realidade social de cada réu deveria motivar a sanção a ser aplicada pelo julgador, pois mesmo ciente de que a pobreza e a necessidade de ordem financeira não são motivos aptos a justificar o ingresso na criminalidade, grande parte das ‘mulas’ se envolve nesse tipo de ilícito em função dessas motivações.

2.1. A mulher na sociedade

Durante muito tempo a mulher teve como papel social apenas o cuidado com a família, cuidar da cada, dos filhos e do marido era sua função principal, com o passar do tempo e com a busca cada vez forte de conquistar seu espaço, a mulher foi sendo inserida no mercado de trabalho e hoje ocupa cargos que eram característicos do sexo masculino, como trabalhos braçais e liderança. Acontece que as raízes da sociedade patriarcal continuam em vigor no Brasil, mesmo que os tempos tenham sido modificados e a mulher já não tenha a família como sua função principal, permaneceu com o fato de ter maior responsabilidade que os homens nessa questão.

Fato inegável é a presença da mulher na sociedade em

toda sua história, todavia, quando se busca livros de história, percebe-se que a abordagem tradicional pouco se ocupa de falar sobre a posição das mulheres em cada período, o que pode induzir o entendimento de que a mulher possui uma menor importância no percurso da humanidade e suas conquistas

De acordo com Silveira (2007), as diferenças biológicas entre homens e mulheres, ou seja, a diferença entre seus corpos, talvez tenha sido a primeira diversidade percebida em sociedade, com essas diferenças servindo como base para a divisão sexual do trabalho, bem como para conferir significados aos elementos masculinos ou femininos, associando ao masculino tudo aquilo que era produzido pela ação humana, e ao feminino tudo aquilo que era já era determinado pela natureza. Essa associação também pode ser percebida com a racionalidade, o cálculo que foi atribuído aos homens e aos sentimentos e emoções que foram atribuídos às mulheres, principalmente, quando o assunto era procriação e maternidade. Dessa forma, quase que naturalmente os papéis sociais foram sendo atribuídos aos homens e às mulheres.

Apesar de, atualmente, as mulheres terem conquistado seu espaço, sua igualdade perante o homem, ocupando cargos em empresas que antes só os homens podiam assumir, sendo a principal fonte de renda e dividindo a mesma autoridade com o homem à frente de suas famílias, de acordo com Probst (2003), ainda existe muito preconceito. Permeia a sociedade

uma antiga visão de que a mulher é mais frágil, e infelizmente, ainda se pode constatar uma submissão das mulheres.

No decorrer da história da humanidade, a mulher lutou pelos seus direitos e conquistou espaços, constituindo um mundo com menos discriminação, onde homens e mulheres buscam um bem-estar em conjunto. Hoje a mulher assume papéis de gestão dentro de uma empresa, assume uma família a partir de sua renda, é mãe, é mulher, é profissional, é considerada, como um ser frágil e ao mesmo tempo forte, inspiradora de canções, capaz das maiores peripécias para conquistar seu espaço. (PROBST, 2003).

Conforme é destacado por Rezende e Pereira (2010), ao se inserir no mercado de trabalho a mulher passou a assumir diferentes papéis, continuando a atuar no ambiente familiar como mãe, esposa e dona de casa, todavia, acrescenta-se o papel de profissional, estudante, sem contar os demais papéis sociais relacionados à amizade e à vaidade.

Coelho (2006) destaca que nos últimos tempos a mulher deixou de assumir apenas o papel de cuidadora, assumindo além desse papel o de provedora do lar, sendo realizada relativa divisão de tarefas tanto domésticas quanto financeiras.

A família sofreu modificações no decorrer do tempo, as características tradicionais formadas por homem e mulher na figura de pai e mãe e filhos, onde o pai é o arrimo de família, trabalhando fora de sua casa e a mulher exerce o papel de



cuidar da casa e das crianças, já não são mais predominantes, as mulheres passaram a ter outros papéis sociais, apesar de sua presença no ambiente familiar continuar a ser de grande importância.

Assim, a mulher assume uma dupla jornada de trabalho que na maioria das vezes é mais exaustiva que o homem se submete diariamente, cabendo-lhe a responsabilidade da labuta de casa, do cuidado dos filhos, da educação e do preparo dos alimentos, já sendo perceptíveis as conquistas femininas no Brasil em todas as esferas, mesmo que ainda se consiga perceber as raízes patriarcais que por vezes submetem às mulheres ao preconceito de gênero.

2.2. A figura feminina no tráfico de drogas e a problemática do cárcere

O número de prisões femininas no Brasil é bem inferior que o número de prisões masculinas, todavia, essa é uma realidade antiga. Apesar de a mulher acumular em sua história uma posição de frágil e cuidadora, é capaz de cometer crimes que nem mesmo se imagina, sendo perceptível nos últimos anos um aumento considerável do número de mulheres de presidiárias, conforme destaca Pimentel (2013, p. 53):

A prática de crimes por mulheres não é um fenômeno recente, mas, no Brasil, as estatísticas

revelam um aumento significativo do número de mulheres envolvidas em diversas expressões da criminalidade. Dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ligado ao Ministério da Justiça, demonstram o crescimento acentuado da população carcerária feminina na última década, proporcionalmente maior do que o aumento que aconteceu no universo masculino. Enquanto, em 2001, o número de mulheres em cumprimento de pena nos regimes fechado e semiaberto, e submetidas à medida de segurança na modalidade internação era de 5.517, em 2005 esse número sobe para 8.484 e, em 2010, para 16.612. Isso significa um aumento de 301,1% em uma década. Já a população carcerária masculina, embora maior em números reais – 159.210 homens, em 2001 e 244.784, em 2010 –, apresentou um aumento de 153,7%, ou seja, metade do crescimento da população carcerária feminina.

Conforme é possível perceber nota-se o crescimento significativo que vem tendo o número de mulheres em penitenciárias por crimes cometidos, sendo este crescimento, inclusive, maior que o dos homens.

De acordo com dados apresentados pelo relatório da Pastoral Carcerária, Conectas Direitos Humanos e Instituto Sou da Paz (2012), o Brasil conta com um número de 508 unidades de mulheres encarceradas, sendo que deste total apenas 58 são exclusivamente femininas, havendo, portanto, um grande número de presídios mistos, com as mulheres representando

7,4% do número total de presos no país.

Importante mencionar que mesmo com esse crescimento não se verifica uma maior preocupação do Estado com presídios femininos, o que pode ser percebido a partir do fato de nem mesmo haverem pesquisas oficiais com dados sobre os presídios femininos, fuçando a cargo de fundações e pesquisas acadêmicas essa preocupação (ASBRAD, 2007).

Contextualizando o ambiente penitenciário, deve-se destacar as condições subumanas a que são submetidas essas presidiárias. Queiroz (2015) retrata as dificuldades que enfrentam essas mulheres, considerando que o sistema as trata da mesma forma com que os homens são tratados, esquecendo-se que elas possuem necessidades específicas de seu gênero, como o fato de menstruar, simples, mas que gera uma série de problemas para essas mulheres.

Queiroz (2015) afirma que higiene e dignidade são o que essas mulheres buscam, todavia, a realidade é de bebês que nascem em banheiros, comidas vindo com cabelo e fezes de rato, escuras, encardidas e superlotadas, é assim que a autora descreve essa realidade.

Nenhuma grávida ou mãe que amamenta tem regalias na cadeia. Em geral, as camas são dadas às mais antigas. Se não contarem com a caridade das demais, as mães têm de dormir no chão com seus bebês. [...] A lei garante à criança o direito de ser amamentada pela mãe até, ao menos, os seis meses

de idade. Apesar de tecnologias como caneleiras eletrônicas já permitirem que a amamentação seja feita em prisão domiciliar, isso raramente acontece.

Dessa forma, entende-se que a realidade dos presídios femininos no Brasil, assim como também é perceptível nos presídios masculinos, todavia, é necessário se atentar a peculiaridade de gênero.

Dentre as pessoas que integram os grupos considerados como pequenos traficantes se destaca a figura feminina, em geral, mulher pobre que assume a chefia da família após a prisão de seu marido/companheiro. Por serem historicamente consideradas como um gênero frágil, as mulheres tornaram-se opções interessantes para o traslado de drogas. Essa realidade ocasionou a superlotação dos presídios femininos em vários estados brasileiros.

Sobre o tema em debate, em recente entrevista veiculada na internet, o professor Lourenço (2018, on line) asseverou que: “Interessante notar que, muitas das internas tinham seu próprio negócio de comercialização varejista de droga e estavam conseguindo alguma emancipação financeira através dele”. Entrar na criminalidade, para as mulheres, segundo os ensinamentos de Barcinsk (2018, p. 1843) significa equiparar-se a hegemonia masculina sobrepondo-se as demais mulheres. Todavia, por outro lado, Cortina (2015, p. 769) elucida que:

[...] a feminização da pobreza pode ser considerada como um dos aspectos para a compreensão da crescente inserção das mulheres no tráfico de drogas e a sua criminalização, enquanto lógica seletiva do sistema penal, considerando que o tráfico é hoje um crime prioritário para as agências de controle da exclusão social e da pobreza. [...] Refletindo sobre esses dados, constata-se que os estudos atuais sobre a criminalidade feminina consideram que a taxa de encarceramento feminino não é equivalente à masculina porque as mulheres ainda são subjugadas pelos controles informais do Sistema Penal, em processos educativos/ persuasivos, muito mais do que os homens. Assim como os homens, nem todas as mulheres que cometem crimes são punidas, porque o sistema penal seleciona para o cárcere pessoas em situação de vulnerabilidade social, sejam homens ou mulheres, não somente no Brasil, mas em vários países do ocidente.

É o que se tem chamado de seletividade do Direito Penal. Vale destacar nesse ponto, a Teoria da Vulnerabilidade Seletiva de Zaffaroni (2008), que considera que existe um estereótipo criminal que coloca em risco um julgamento justo, havendo o que o autor chama de seletividade estrutural. Assim, tem-se uma via de mão dupla que pode prejudicar a efetividade da justiça, de um lado aquele indivíduo que possui um estereótipo criminal em uma pequena diligência já se coloca em posição de risco criminalizante, independentemente da culpa, com esse estereótipo, o colocando em posição vulnerável; de outro,

aquele que não possui tal estereótipo, mesmo quando culpado, demanda de um grande empenho para ser colocado em situação de risco criminalizante. Tem-se, portanto, uma criminalidade real e uma criminalidade aparente. Como bem afirma Santos (2008, p. 20):

A estigmatização penal é a única diferença entre comportamentos obviamente idênticos, porque a condenação criminal depende, além das distorções sociais de classe, de circunstâncias de sorte/azar relacionadas a estereótipos criminais, que cumprem funções sociais definidas: o criminoso estereotipado é o ‘bode expiatório’ da sociedade, objeto de agressão das classes e categorias sociais inferiorizadas, que substitui e desloca sua revolta contra a opressão e exploração das classes dominantes.

Dessa forma, entende-se que essa seletividade no Direito Penal brasileiro precisa ser modificada, buscando-se uma investigação policial mais democrática em que o estereótipo criminal não seja a principal base.

Após pesquisa desenvolvida por Macedo (2018, p. 03) dentre os fatores mais comuns para a entrada na traficância podem ser apontados: a pobreza, a ausência de formação escolar, a possibilidade de lucro fácil e imediato, relações íntimas afetivas com traficantes, a garantia da permanência no vício, o desemprego, e principalmente a respeitabilidade e ascensão social que pessoas ligadas ao tráfico de drogas impõem na

comunidade em que vivem.

Por vezes, a continuidade do tráfico de drogas por parte das mulheres decorre do dever de cumprir compromissos financeiros com os grandes traficantes considerados fornecedores, além de sustentar os filhos e levar alimentos e material de higiene para o marido/companheiro preso.

As decisões judiciais vêm considerando o papel social da mulher no seio familiar, a necessidade da presença materna na vida dos filhos com fulcro no estatuto da melhor infância, dentre outras motivações para decidir se nos casos concretos que envolvem esse tipo de situação é possível devolver a liberdade da ré.

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) vem se posicionando de forma distinta sobre a matéria, pois nos casos em que a genitora oferece risco ao desenvolvimento físico e psíquico dos filhos em razão do tráfico de drogas a prisão é mantida, do contrário a ré poderá responder ao processo em liberdade com a determinação de qualquer das medidas restritivas de direito diversa da prisão, conforme o entendimento de cada julgador.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa caracterizar-se pela natureza qualitativa, tendo em vista a exposição de conceitos e definições acerca da temática a ser abordada, a saber, ‘Criminologia

feminina: A inserção da mulher na criminalidade – Tráfico de Drogas’. Assim sendo, define-se como de natureza exploratória e explicativa, posto a exploração dos conceitos e da temática trazida em pesquisas bibliográficas relacionadas. Buscou-se, sobretudo, a exposição do tema nas legislações do ordenamento jurídico brasileiro que tratam da matéria, bem como na jurisprudência mais moderna do STJ.

Quanto ao procedimento técnico, portanto, optou-se pela pesquisa bibliográfica e a análise jurisprudencial para traçar um comparativo entre o que leciona a doutrina e o que julga a jurisprudência no que se refere ao envolvimento das mulheres com a criminalidade no Brasil. Foi realizada uma análise de conteúdo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, bem como decisões do Supremo Tribunal Federal, considerando aquelas publicadas nos últimos cinco anos.

Desta forma, o pesquisador buscará definição e explicações sobre o que acontece, na compreensão das causas e efeitos, em um processo estruturado, contendo os dados quantitativos e na coleta destes, baseadas em métodos experimentais.

Destarte, o trabalho de pesquisa terá como problema precípua, a interpretação dos resultados e dos rendimentos de um determinado grupo de ações em casos concretos, com relação à aplicação da legislação vigente e dos resultados obtidos quanto às punições e reincidências, bem como, as expectativas diante das inovações legais e novas técnicas e formas de



fiscalizações e denúncias acerca da criminologia feminina, no tocante a inserção da mulher na criminalidade, na modalidade do Tráfico de Drogas’.

Ademais, visando buscar as várias leituras possíveis da avaliação realizada acerca da atual situação da legislação penal, sendo uma delas, nos resultados de investigações e ações punitivas, e o que é proposto oficialmente nos novos projetos de lei.

Para isso, traçaram-se caminhos explicativos na pesquisa quantitativa e qualitativa. O referencial teórico diz respeito à Perrenoud (1999) e Vigotski (2010).

4. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS DADOS

Nesta etapa são apresentadas e discutidas as jurisprudências e decisões do STJ relacionadas à presença da mulher no tráfico de drogas, com a identificar as motivações e consequências trazidas por sua entrada no mundo do crime. Ao realizar a pesquisa no portal eletrônico JusBrasil, ordenando-as por relevância, a primeira que se destaca é a decisão monocromática do STJ

HABEASCORPUS Nº 423.140-SP (2017/0284638-8)
DECRETO DE 12 DE ABRIL DE 2017, ESPECÍFICO ÀS
MULHERES. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILEGIADO.
ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. DECIDO.

Ante o exposto INDEFIRO o pedido de INDULTO. (...) Respeitado o entendimento contrário, o agravo não merece provimento. Inicialmente, cumpre esclarecer que o simples fato de ter incidido o redutor previsto na Lei de Drogas, na pena imposta à agravante, não altera a natureza do delito por ela praticado. Isso porque, o § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 não criou um novo tipo penal, apenas abrandou a pena contida no "caput" do artigo 33 da referida lei aos traficantes ocasionais, quando preenchidos os requisitos de primariedade, de bons antecedentes, de não dedicação às atividades criminosas e de não integração de organização criminosa. Deste modo, o delito pelo qual ela cumpre pena é o de tráfico de drogas. [...] Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA Relatora. (STJ - HC: 423140 SP 2017/0284638-8, (grifo da autora).

Conforme é possível perceber a decisão do STJ foi de negação à concessão de indulto à mulher presa por tráfico de drogas, destacando tratar-se de um crime equiparado ao hediondo, portanto, vedado constitucionalmente. Do próprio texto da decisão é possível depreender que a sentenciada é descrita como traficante ocasional, réu primário, com bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e não integração em organização criminosa, essas linhas convergem com o posicionamento de autores como Macedo (2018) e Cortina



(2015), que mencionam fatores como pobreza, relacionamento com íntimos/afetivos com traficantes, possibilidade de dinheiro fácil, dentre outras questões sociais como causa para entrada dessas mulheres no mundo do tráfico de drogas. Nesse mesmo sentido, é interessante destacar um julgado da Segunda Câmara Criminal de 2017 que traz o caso de tráfico de drogas por uma mulher para dentro do presídio durante visita, com entorpecentes em grande quantidade encontrados a partir de revista íntima, in verbis:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES DE ENTORPECENTES. TRÁFICO. CONDENAÇÃO. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. [...] O delito é de natureza permanente, de modo que a acusada o consumou já no momento em que adquiriu as drogas com a intenção de levá-las ao presídio, e permaneceu cometendo-o, na situação de flagrância delitiva, até ser pega na condição que o foi. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. REVISTA ÍNTIMA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. As pessoas que se dirigem ao presídio para visitar os detentos sabem previamente que poderão ser submetidas à revista, tratando-se, tal procedimento, de legítimo exercício do poder de polícia do Estado, de cunho preventivo, o qual objetiva garantir a segurança social. A revista em visitantes

do presídio é comum, sendo de conhecimento público que qualquer pessoa que ingressa como visitante no estabelecimento prisional está sujeita a tal procedimento, não havendo falar em nulidade... da prova por ilicitude. (Apelação Crime Nº 70074414970, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS. (TJ-RS - ACR: 70074414970 RS, Relator: Luiz Mello Guimarães. (grifo da autora).

Conforme é possível verificar a partir do grifo na jurisprudência supracitada, a vulnerabilidade da mulher é mencionada, bem como se ratifica uma significativa parcela de mulheres que enquadram-se como traficantes ocasionais, envolvidas pelas circunstâncias que as cercam.

Apesar da decisão monocromática apresentada anteriormente, faz-se importante destacar a decisão do STJ também relacionada ao Habeas Corpus n. 143.641, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, que dispôs que: “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”. Assim, é possível verificar jurisprudências que seguem essa decisão mesmo nos casos de crime por tráfico de drogas, visto que o que fica em destaque é a proteção da criança, considerando-se

que a mãe é fundamental para garantir o disposto no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que diz:

3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Dessa forma, a substituição trazida pela decisão do STJ na verdade busca a proteção da criança, bem como a proteção da gestante e do nascituro, e da puérpera e do recém-nascido, e, ainda, de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, considerando filhos que dependam dos cuidados de suas mães. Os juízes consideraram que o sistema prisional brasileiro, com sua atual precariedade não permite que seus direitos sejam atendidos, optando-se pela prisão domiciliar como forma de cumprir esses direitos. A seguir apresenta-se um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) de 2017 que tem como base esse entendimento:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MULHER GRÁVIDA E MÃE DE UMA CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS. A paciente preenche os requisitos para a

substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Conforme documentos juntados, ela encontra-se grávida e possui uma filha pequena, isto é, uma menina de 07 anos. Em razão da tenra idade, indubitavelmente, ela depende dos cuidados da mãe, sendo isso imprescindível. Assim, nos termos do art. 318, inciso IV e V, do Código de Processo Penal, é cabível a concessão de prisão domiciliar à paciente. ORDEM CONCEDIDA, POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70075122002, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, (TJ-RS - HC: 70075122002 RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas.

Dessa forma, é possível verificar que os direitos e garantias de gestantes e nascituro, puérperas, crianças menores de 12 anos de idade e filhos com deficiência são alcançados também na esfera criminal, quando sopesados a um crime equiparado ao hediondo, os direitos e garantias citados prevalecem.

Em contrapartida aos casos de entrada no crime de tráfico de drogas por vulnerabilidade da mulher, também é possível encontrar casos em que mulheres lideram o tráfico de drogas, todavia, essas jurisprudências são mais raras. No julgado a seguir apresenta-se um caso em que uma mulher aparece como frente de comando:

HABEAS CORPUS. DELITOS DE TÓXICOS



(ARTIGOS 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06). [...]. O agente público Anderson, quando ouvido, acrescentou que as denúncias eram no sentido de que o ponto de tráfico de drogas era comandado por uma mulher, que possuía um filho com deficiência. [...]. Quanto à alegação de que a paciente, caso condenada, será beneficiada com a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, bem como com a fixação de... regime de cumprimento de pena diverso do fechado (...). Contudo, diante das denúncias de que a acusada utilizava-se de sua residência como ponto de tráfico de... droga, não há certeza de que a convivência da paciente com seus filhos é a melhor solução a ser seguida, ou que essa possa protegê-los; pelo contrário, é capaz de corrompê-los. Ausência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70074251281, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS. (TJ-RS - HC: 70074251281 RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez.

Conforme é possível perceber no caso em tela, a mulher também tem entrado no tráfico de drogas como uma forma de assumir posição historicamente pertencente aos homens, fator que é destacado por autores como Lourenço (2018) e Barcinsk (2018), podendo-se dizer que na prática também não existe um consenso em relação às causas e consequências da entrada

nesse mundo por parte das mulheres. Importante salientar nesse caso, a posição tomada pelo TJ-RS (2017) em relação à prisão domiciliar justificada pela condição de ter um filho com deficiência, isso porque é mencionada como uma ameaça aos seus direitos na verdade, colocando-os em risco, bem como pela possibilidade de corrompê-los, verificando-se, assim, entendimento difuso pela jurisprudência, porém, sempre com destaque à garantia dos direitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao ler jornais, revistas, livros, enfim, qualquer fonte ou referência histórica sobre a presença da mulher na sociedade e sua representação é possível perceber a posição inferior que lhe é dada frente ao homem, apesar de hoje já ter conseguido muitas conquistas assemelhando-se a posição do homem, muito ainda tem por ser conquistado e por décadas foi limitada e submetida à autoridade masculina.

Assim, as mulheres foram vistas e consideradas inferiores aos homens, mas sempre com uma determinação a ponto de ir a busca de seus objetivos, e o objetivo mais forte foi ir a busca para ingressar no mercado de trabalho. Apesar de o mundo ter mudado as mulheres ainda são destinadas as atividades domésticas e o cuidado com a família, enquanto aos homens cabe ao papel de homem da família.



Ser mãe era principal função da mulher na sociedade, amar seus filhos e dedicar-se a eles com sacrifício era quase que uma obrigação feminina, recusar esse papel era considerado algo anormal, inaceitável, o amor de mãe era algo imperioso, inerente à natureza da mulher. E não bastava ser mãe, a mulher também deveria considerar seu papel na sociedade, devendo educar-se política e economicamente para contribuir com o conhecimento social, educando seus filhos para a vida em sociedade.

Partindo para a esfera do crime é possível perceber no estudo que em muito assemelha-se a essa posição histórica e social, identificando-se que o papel da mulher nesse âmbito, por vezes, está relacionada ao cuidado, à limpeza do local, embalagens, entre outras atividades que podem ser julgadas como leves para esse ambiente.

Ao final deste estudo foi possível verificar que prevalece como causas da entrada de mulheres para o tráfico de drogas por vulnerabilidade social ou por relações íntimas/afetivas com traficantes, sendo predominantes as jurisprudências que tratam sobre o assunto. Todavia, foi possível encontrar casos em que a mulher comanda o tráfico, fazendo valer o argumento de que existe uma busca das mulheres em ocupar cargos historicamente masculinos.

No caso apresentado neste estudo verificou-se, inclusive, que o TJ-RS sopesou o comando do tráfico de drogas com o

entendimento do STJ de substituição da pena privativa de liberdade nos presídios por prisão domiciliar, visto que a ré tinha um filho com deficiência, fazendo prevalecer os direitos do mesmo, preferiu promover a prisão de fato da ré, considerando que como usava seu domicílio para o tráfico, na verdade, apresentava riscos ao mesmo, inclusive, possibilidade de corrompê-los.

Diante do exposto, é possível dizer que não existe uma única causa para entrada da mulher no tráfico de drogas, porém, prevalece à vulnerabilidade social como um dos principais pilares, acreditando-se que é um campo fértil para atuação do Poder Público.

Ademais, acerca da impunidade, muitas vezes o criminoso não chega a ser detido, e estas perpassam, em regra, pelas relações de poder, sem detê-lo, as mulheres serão presas mais facilmente que os homens.

Essa privação de poder, então, resulta, também, em dificuldades para se defender em processos penais, bem como, para sair da prisão (seja por que os homens possuem mais recursos para fuga, seja por terem maiores condições de defesa pelas vias próprias do sistema jurídico-penal).

Percebe-se, assim, que a exclusão social da mulher reproduz-se no universo da criminalidade, tornando-a mais vulnerável à prisionização.

Isto posto, fica explícito que o perfil das mulheres presas

atende à seleção discriminatória do sistema penal, pois submete à prisão mulheres jovens, mães de mais de um filho ou de mais de uma filha, em vulnerabilidade social, com relatos de abuso de drogas e chefes de famílias mono parentais.

Os resultados apontam ainda para a necessidade da implementação de políticas públicas específicas, pautadas para prevenir as situações de vulnerabilidade que têm orientado essas mulheres para o ingresso no tráfico de drogas, bem como oportunizar, àquelas que já estão nas prisões, alternativas de geração de trabalho e renda.

REFERÊNCIAS

BARCINSK, Mariana. **Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. Ciênc. saúde coletiva.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. **Lei n. 11.343, 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas.** Ementa: Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www>.

planalto.gov.br/_03/lei/10.409.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. **Lei n. 8.072, 25 de julho de 1990. Crimes hediondos. Ementa: Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/_03/lei/10.409.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Forense, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/nsumo+peessoal+crime+infracao+penal+sui+generis>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

MACEDO, NATALHA. **População Carcerária Feminina X Masculina (2000-2010)** Disponível em: http://www.ipcluizflaviogomes.com.br/dados/5_Evolucao_crescimento_carcerario_feminino>. Acesso em 30 jul. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Método, 2016.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.



