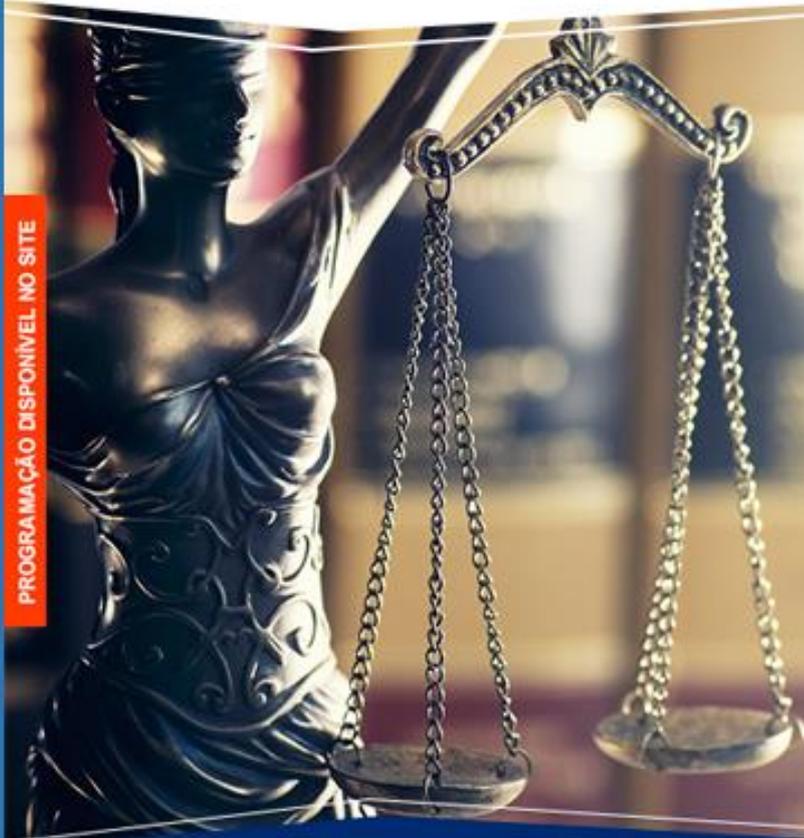


08 a 10
NOV.

**4ª SEMANA CIENTÍFICA
DO CURSO DE DIREITO**

PROGRAMAÇÃO DISPONÍVEL NO SITE



Horário: 18h30

Local: Tribunal do Júri - Núcleo de Prática Jurídica
Bloco E.



Anais da 4ª Semana Científica do Curso de Direito da Unitri

Número 4, nov. 2016

**Anais da 4^a Semana Científica do Curso de
Direito da Unetri**

Número 4 – novembro 2016

**ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO TRIÂNGULO – UNITRI**

Mantenedora: Associação Salgado de Oliveira de Educação e Cultura – ASOEC
Av. Rio Branco, nº 181 – sala 707 – Rio de Janeiro – RJ

Mantida: Centro Universitário do Triângulo – UNITRI
Avenida Nicomedes Alves dos Santos, 4545, bairro Gávea, CEP: 38411-106
Uberlândia – MG – Fone (34) 4009-9000 – Fax: (34) 4009-9125
www.unitri.edu.br

Chanceler: Prof. Joaquim de Oliveira

Reitora: Prof^a Marlene Salgado de Oliveira

Vice-Reitor: Prof. José Maria Mina

Pró-Reitor Administrativo: Prof. Wallace Salgado de Oliveira

Pró-Reitor de Planejamento e Finanças: Prof. Wellington Salgado de Oliveira

Pró-Reitor de Desenvolvimento de Recursos Humanos: Prof. Jefferson Salgado de Oliveira

Diretor Administrativo: Prof. Marco Antônio Socreppa

Gestor da Área Jurídica: Prof. Gil Ferreira de Mesquita

Gestora do Núcleo de Prática Jurídica: Prof^a. Lílian Santos Cardoso da Costa

Contatos com o Curso de Direito

Telefone: (34) 4009-9138

E-mail: direito@unitri.edu.br

Esta é uma publicação anual do Curso de Direito da Unitri

Corpo Editorial para este número:

Prof^a. Ana Flávia Alves Canuto

Prof. Anderson Rosa Vaz

Prof. Gil Ferreira de Mesquita

Prof^a. Maria Conceição Martins Ferreira Castro

Prof^a. Rafaella Cardoso

ISSN 2595-3249

Sumário

Apresentação	5
A análise jurídica do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior: a fruição do direito à educação em períodos de crise <i>Camilla Fernandes Moreira e Thiago Ribeiro Ibrahim</i>	7
A fragilidade da prova testemunhal no artigo 167 do CPP e o fenômeno das falsas memórias <i>Leonardo Martins Couto</i>	23
A poliafetividade frente ao direito brasileiro <i>Ruskaya Dias Andrade Ferreira e Gédida Maria de Bessa Zanovello</i>	59
A questão de nacionalização de produto têxtil no Brasil <i>Marcela De Lisieux Felipe Prestes De Oliveira</i>	81
A responsabilidade civil do Estado em face de ato omissivo <i>Guilherme Marcelino Jesuíno de Jesus</i>	100
A subjetividade das decisões judiciais nas ações de <i>trade dress</i> <i>Pedro Augusto de Almeida e William dos Reis</i>	126
Análise das implicações e das alterações fomentadas pela Lei Complementar nº. 147/2014 no âmbito da administração pública municipal <i>Adeildo Chaves da Silva, Amanda Reis Gomes e Raquel Rosa Domingos Ferreira</i>	146
Análise do princípio da presunção de inocência em face dos fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 126.292, de 2016 <i>Amanda Reis Gomes</i>	166
Cenário da bomba-relógio e a vedação absoluta à tortura <i>Guilherme Moraes Silva e Alvino Damião da Cruz Neto</i>	197
Conflitos entre o direito à privacidade e a liberdade de informação e a consequente responsabilização civil em caso de violação pelas empresas de jornalismo <i>Fernando Antônio dos Santos e Maria Conceição Martins Ferreira Castro</i>	218
Judicialização da política e ativismo judicial: causas e consequências <i>Rafhaella Cardoso Langoni e Bruna Gabriela Tavares e Azevedo</i>	250
Responsabilidade das construtoras por créditos resultantes dos contratos de subempreitada: uma análise crítica <i>Luziene Aparecida Silva Borges e Maria Conceição Martins Ferreira Castro</i>	265
Direitos políticos, igualdade de gênero e democracia: uma resenha sobre o filme “As Sufragistas” <i>Marta Batalini e Luiz Cesar Machado de Macedo</i>	283
Resumos aprovados e apresentados	289
Normas para publicação	291

Apresentação

A quarta edição da Semana Científica do Curso de Direito da Unetri foi realizada de 8 a 10 de novembro de 2016, contando com a participação valorosa de professores, acadêmicos e egressos.

Por sugestão do Núcleo Docente Estruturante – NDE o formato do evento foi reformulado, passando a contar com outras atividades além das sessões de comunicação oral para apresentação dos resumos e trabalhos completos aprovados pela Comissão Científica.

No dia 8 de novembro aconteceu uma edição do **Cine Clube** com exibição do filme **As sufragistas**, produção britânica de 2015, que discute as manifestações ocorridas no início do século XX para que as mulheres alcançassem o direito ao voto no Reino Unido.

Os trabalhos foram coordenados pela professora do curso de Direito, Marta Batalini, que juntamente com o Prof. Luiz Cesar Machado de Macedo (UFU) realizaram um empolgante bate-papo com os participantes do evento e, a convite da Comissão Científica do evento, prepararam uma resenha informativa que finaliza a lista de trabalhos desse número.

Também no dia 8 foi realizado o minicurso **Fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil**, ministrado pelo Prof. Eduardo Rodrigues dos Santos (Unetri). Na ocasião foi realizado o lançamento de seu livro “Princípios constitucionais processuais”, recém-publicado pela editora Jus Podivm,

A mudança na programação deixou a Semana Científica mais dinâmica e contou com a lotação de ambos os espaços. As inscrições para os dois eventos foram realizadas mediante entrega de um litro de leite longa vida, sendo a arrecadação total doada a instituições filantrópicas da região, como é costume nos eventos do Curso de Direito.

Os trabalhos inscritos e aprovados foram divididos em três sessões de comunicação oral, sendo uma delas dedicada exclusivamente aos trabalhos completos, que estão publicados nas páginas seguintes desses Anais e abrangeram as seguintes áreas do conhecimento jurídico: direito constitucional, direito administrativo, direito de família,

direito tributário, direito internacional, direito empresarial, responsabilidade civil, direitos humanos e economia, demonstrando a riqueza das pesquisas apresentadas.

Conforme consta das regras da Semana Científica, para fazerem parte dos Anais do evento os trabalhos aprovados devem contar com a presença de seus autores na sessão de comunicação designada pela Comissão Científica. Assim, fazem parte deste número os 13 trabalhos completos e a lista com os 27 resumos.

A coordenação do evento e a Comissão Científica consideram exitosa a experiência de trazer à Semana Científica atividades diversas daquelas realizadas nas edições anteriores, vez que contribuem de maneira efetiva para a formação do perfil dos egressos que se pretende.

Agradecemos a todos os autores, alunos ouvintes e professores que moderaram as sessões de comunicação oral, sem os quais o brilho do evento não seria o mesmo.

Prof. Gil Ferreira de Mesquita

Coordenador Geral da 4ª Semana Científica do Curso de Direito da Unitri

Comissão Científica:

- Prof^a. Ana Flávia Alves Canuto
- Prof. Anderson Rosa Vaz
- Prof^a. Maria Conceição Martins Ferreira Castro
- Prof^a. Rafaella Cardoso

A análise jurídica do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior: a fruição do direito à educação em períodos de crise

*Camilla Fernandes Moreira*¹

*Thiago Ribeiro Ibrahim*²

7

Sumário: 1. Introdução, 2. Análise econômica do Direito. 3. Análise jurídica da política econômica. 4. Das políticas públicas. 4.1. Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES. 5. Crises econômicas. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho compõe-se em uma pesquisa e paralelo entre a Análise Jurídica da Política Econômica, sua influência acerca das Políticas Públicas, suas maiores finalidades e desafios e seus opostos em relação à Análise Econômica do Direito. Foi proposta também uma discussão da influência das crises econômicas em todo esse aparato teórico e os novos dispositivos de ações governamentais, criando uma nova vertente do direito que dá maior validade do teor jurídico em toda essa esfera econômico-financeira, visando à garantia da fruição de direitos humanos e fundamentais. Nesse sentido demos foco ao Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES, e as evidentes desvantagens criadas pelo mercado em momentos de instabilidade econômica. Tal programa, mesmo estando ainda em desenvolvimento, já tem sido afetado em decorrência do período de crise econômica vigente no Brasil, o que tem produzido consequências acerca da fruição do direito à educação. Tais impactos e consequências por ocorrência da crise ainda serão analisados posteriormente na medida em que se desenvolva a pesquisa, para que possamos adquirir maior informação acerca da quantidade de contratos, sua redução, a preferência de alguns cursos em detrimento de outros, as regiões mais afetadas, etc.

Palavras-Chave: Análise Jurídica da Política Econômica, Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior, Crises Econômicas.

1. Introdução

O trabalho desenvolvido teve como finalidades a procura pelo conhecimento acerca das relações pertinentes à Economia, a Política e também ao Direito. Para tal produção científica analisamos os possíveis embates, quando se fala de vantagem e desvantagens, da chamada Análise Econômica do Direito. Buscamos com isso mostrar a

¹Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unitri. Mestre em Ciências Sociais. E-mail: camillafernandesmoreira@yahoo.com.

²Discente do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unitri. Pesquisador em Projeto de Iniciação Científica. E-mail: thiagoribeiroibrahim@gmail.com.

atual afetação da economia na esfera jurídica e com o amparo teórico conquistado por pensadores da área conseguimos notar um possível descaso com as bases essenciais da missão do direito.

O instituto da AED tem como principal escopo dar maior eficiência e eficácia nos mecanismos judiciais, nas decisões tomadas pelos juristas e com isso deixaria de lado a essência fundamental de direitos e garantias que deveriam ser colocadas em práticas aos cidadãos. Esse tipo de consequência, advinda da busca incessante pelo lucro, sempre mostrou para as pessoas da área acadêmica do direito a necessidade de interferência da doutrina na formulação de uma nova teoria que pudesse questionar a busca única da esfera econômica no que seria mais vantajoso financeiramente, mas sim no que seria justo e certo, garantido a possibilidade da fruição de direitos fundamentais e também humanos.

Assim, foi produzida a teoria da Análise Jurídica da Política Econômica. Tal teoria é consistente na possibilidade de adequação das economias de mercado, podendo estas ser interpretadas juridicamente. Vários doutrinadores dessa área são coerentes com essa nova abordagem, aceitando a necessidade da adequação das políticas econômicas, das políticas públicas e até em mecanismos de cooperação internacional em virtude do mantimento na fruição de direitos humanos e fundamentais. Portanto nesse novo modo de pensar jurídico, a política e a economia seriam submetidas ao essencial do ser o que é garantido no direito. As instituições teriam, assim, a necessidade ser mudadas para se adaptarem ao exercício da fruição de direitos humanos e fundamentais, não o oposto.

Pontuamos também, em nossa pesquisa, a influência das Políticas Públicas, as quais hoje em dia aparecem como maiores mecanismos de aplicação para que diante disso possa ser realmente praticada a fruição dos direitos supracitados. O caráter de relação entre tais políticas e o direito não tem sido levada em consideração por grande parte dos juristas e acadêmicos, mas por consequência do interesse mundial que é dado apenas às avassaladoras movimentações econômico-financeiras e das práticas advindas desses mesmos interesses, é de crucial importância o aparecimento do direito como mecanismo de proteção a essas políticas.

A AJPE surge então como mecanismo necessário para possível mantimento da fruição dos direitos humanos e fundamentais, mesmo com os embates fervorosos entre as essenciais buscas de lucro moldadas pelos possuidores de meios de produção e o que geraria perdas ao cidadão necessárias para tal busca. As Políticas Públicas teriam também a necessidade de influência do direito, para proteção e garantia destes, e para que tais políticas, quando se fala de ações governamentais, não tenham como consequência à redução da já descrita fruição seria essencial uma nova visão de todo esse aparato teórico (AJPE).

Daremos foco a um tipo de Política Pública de interesse educacional, especificamente no Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES, e os impactos afetados a essa política frente a períodos de intensa turbulência econômica. Buscaremos de uma forma mais reduzida, mas de extrema importância, relacionar os momentos de crise financeira e as ações geradas por economistas diante desse fenômeno podendo ser de grande impacto negativo na esfera jurídica, o que nos sujeita a pensar de uma forma mais ampla na atuação dos órgãos jurisdicionais nessas mesmas políticas já mencionadas, em especial no FIES.

2. Análise econômica do Direito

Precisamos, primeiramente, discorrer um pouco sobre as práticas capitalistas, político-econômicas, seus principais objetivos e relacioná-los ao Direito, demonstrando os impactos dessa ligação produzindo um fenômeno de mercantilização a alguns dispositivos garantidores essenciais para configuração daquilo que chamamos de justiça. Surgi então dispositivos teóricos acerca deste assunto, os quais relacionam o direito à economia, dando a ele caráter de mecanismo de eficácia, buscando eficiência reduzindo suas possíveis onerosidades. Assim manifesta-se um dos maiores movimentos acerca da dinâmica entre o Direito e a Economia, a Análise Econômica do Direito.

Podemos adotar tal corrente pelo conceito descrito por Marcelo Benacchio quando diz que a Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* é uma espécie de compreensão do pensamento jurídico por meio da aplicação da teoria econômica para o exame de desenvolvimento, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, aplicado sob o embasamento da eficiência econômica (BENACCHIO, 2011).

A Análise Econômica do Direito seria então uma tese defendida por vários Economistas e especialistas da área que abordam várias vantagens e benefícios na prática econômica por utilização do Direito, quando esse vem acalantar seus maiores interesses. Tal instituto, também chamado de *Law and Economics*, é visto como um método pelo qual se estuda a teoria econômica de forma relativa à estruturação, formação, impacto e consequências comportamentais de fatores aplicáveis a institutos jurídicos ou textos normativos (PIMENTA; R. P. LANA, 2010, p. 2 e 3).

Foi na década de 60 que apareceram os primeiros estudos a respeito desse novo dispositivo teórico, os quais buscavam a utilização de modelos e ideias de base na Ciência Econômica com prática e aplicação no Direito. Tal movimento possui como maiores expoentes Coase, Calabresi, Becker e Posner. Um dos mais relevantes nessa área foi Posner, professor da Universidade de Chicago, o qual apresentou, em 1972, a primeira obra a respeito da AED, no seu livro *Economic Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito). Para esse autor, a Economia seria a ciência de escolha com caráter racional no mundo em que os recursos são limitados quando se aborda necessidades humanas. Assim, a principal incumbência da Economia é explorar o que o homem procura, de forma racional, para maximização de seus objetivos de vida, suas satisfações e por isso seus próprios interesses. (POSNER, 2007, p. 25).

Posner, com novas ideologias filosóficas de caráter pragmático, sustentou a teoria da maximização de riqueza como essência ética pautada no Direito, produzindo em série vários artigos em meados da década de 1970, e após isso na data de 1983, consolidou tais escritos no livro: *"The Economics o Justice"* (A Economia da Justiça). Sua tese causou calorosos embates em grande parte do globo. Sua proposta básica consistia nas instituições jurídico-políticas, devendo estas serem avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza, e o Direito, com isso, deveria ser visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, devendo promovê-la. No mais, Posner acreditava que a possibilidade de alcance no progresso por meio de ação humana deveria ser calculada, o que valorizaria as teorias científicas, no momento em que tais hipóteses viessem a ser capazes de atuar como máquinas para explicação, prevenção e, por meio da tecnologia, controle do ambiente físico e social (POSNER, 2007, p. 26 e 27).

O movimento relacionado à Análise Econômica do Direito é composto por muitas correntes de interpretação, no Brasil foi mais aceita pelos teóricos da Escola de Chicago, que teve sua base na doutrina de Posner. Com isso, como é aceito por vários, a AED é considerada como compreensão de normas jurídicas, aplicando-as em regras econômicas, tendo como essência uma teoria científica que tenta prever os efeitos de sanções legais durante comportamento humano. Alexandre Rosa afirma que o fator convergente existente no movimento da AED é a implementação de pontos de vista econômicos em relação ao trato de questões que tinham fundamentações eminentemente jurídicas. (ROSA, 2011, p. 59).

Pelo que temos recorrido até agora, devemos esclarecer que a Análise Econômica do Direito gerou uma tentativa de reformulação no Direito, mas com um sentido econômico, e assim têm buscado resolver vários problemas jurídicos os quais se relacionam com a eficiência do direito em si, tendo como exemplos os gastos para efetivação de seus institutos e também os muitos impactos que sempre tem aparecido em eventuais intervenções judiciais, incluindo aquelas que têm vínculo com Direito Civil. Com isso, a Análise Econômica do Direito precisa ser vista como um movimento interdisciplinar, que utiliza em todas as searas jurídicas as premissas da ciência econômica, com mais ênfase nos institutos que são atrelados a valores, utilidades e eficiência (PIMENTA; R. P. LANA, 2010, p. 13 e 14).

Mesmo com essa breve elucidação acerca do tema já podemos definir a AED como um método para estudos da teoria econômica de forma relativa, com impacto na estruturação, formação e também nas consequências comportamentais humanas, as quais teriam uma ocasional utilização nos institutos jurídicos e textos normativos (PIMENTA; R. P. LANA, 2010, p. 15). Daí surgiria um questionamento, qual deveria ser visto com um olhar mais cuidadoso. O uso da teoria da Análise Econômica do Direito, pelas buscas mais evidentes desse instituto, retiraria do Direito alguns elementos que sempre foram tutelados de forma coesa e fundamental? Aquilo que deveria sempre ser justo agora não estaria sendo trocado pelo que é apenas eficaz, produtivo ou somente econômico?

3. Análise jurídica da política econômica

Após tal indagação acerca dos dispositivos e buscas apenas de caráter mais econômico, para conquista de maior produtividade dos mecanismos jurídicos, aparecem também novas correntes doutrinárias da parte judiciária, divergindo em alguns pontos das temáticas citadas anteriormente. Ainda nesse pensamento várias foram as análises jurídicas feitas por teóricos como Marcus Faro de Castro, que questionaram os pilares em relação à simples interpretação formal da Lei e até da Constituição, a interpretação das referidas normas com configuração substantiva calcada na finalidade de uma proteção a aqueles ditos mais vulneráveis em sociedade e também a Análise Econômica do Direito, que busca um alcance de soluções mais “eficazes” a serem dadas em disputas jurídicas, os institutos não se aliam para possível funcionalidade e a produtividade da economia, por um lado, e da equânime proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos por outro, promovendo assim um ideal de justiça econômica (CASTRO, 2009, p. 21).

Se verificarmos em primeiro lugar a interpretação formal, conseguimos visualizar as formas jurídicas e suas construções dogmáticas as quais não tem levado em consideração os principais fatos que criam situações reais tocantes e de simples

configuração dadas injustas, tais como a pobreza, a miséria, a fome, a escassez de recursos, a morte de pessoas por patologias frequentemente curáveis, entre muitas outras. Em outro caso vemos a interpretação substantiva, esta não tem levado em consideração as implicações, em relação à política econômica e seus principais efeitos, das soluções acerca de casos concretos, essenciais para configuração da justiça. E por fim, levamos em consideração a AED, ao consolidar por meio da famosa “análise de custo benefício”, não levar em consideração relações entre interesses de caráter materiais e valores não econômicos, os que são sempre impactantes para a promoção do que podemos chamar justiça econômica (CASTRO, 2009, p. 21).

Assim aparece a tese da Análise Jurídica da Política Econômica, que vem como possível dispositivo capaz de conceituar a política econômica como um conjunto de regras politicamente instituídas apto para organização da produção, da troca e também do consumo no ambiente de vida social. Ademais, a tese da AJPE ampara vários outros pressupostos a serem considerados por sua forte perspectiva e também sua abordagem da realidade social. O instituto em questão aparece também como instrumento de impulso para novas aberturas interdisciplinares com estudo no Direito e sua interação em especial com conceitos metodológicos e também conceituais em relação à Economia, a Antropologia Econômica, a Ciência Política, a Sociologia Política e Econômica, a Teoria de Relações Internacionais, entre várias outras (CASTRO, 2009, p. 23).

Segundo o autor:

Essa abertura procura ampliar os canais de abordagem dos fatos sociais de maneira a reforçar e organizar a capacidade do jurista de proceder à apreciação crítica da realidade empírica. Além disso, a abertura da análise jurídica à interdisciplinaridade é buscada também com o intuito de auxiliar na abordagem e problematização das relações entre interesses materiais, de um lado, e valores, interesses ideais, ou ainda motivações psicológicas para agir, de outro (CASTRO, 2009, p. 23).

Tendo em vista tal abordagem, a AJPE refere-se a estas relações, alguns com caráter pertencente aos interesses materiais, mas outros teriam valor de ação social, e com tal dinâmica é crucial a sua utilização com especial atenção, procurando buscar sua compreensão, nas distintas situações empíricas, os principais debates entre as políticas econômicas e as concepções acerca do que deve ser considerado como “bem”, “justiça” ou “direito”, seja elas formadas por grupos ou indivíduos (EVANS, 2005).

Marcus Faro de Castro (2014, p. 43) continua ainda na seguinte tese, já em outro trabalho desenvolvido acerca da AJPE, dizendo que todas as economias de mercado podem ser interpretadas juridicamente, podendo esta ser feita por meio de diferentes combinações do que chamamos de “agregados contratuais”, configurados como uma espécie de fator organizacional advindo de atividades de produção, de troca ou ainda de consumo. Com isso, a economia poderia ser avaliada como um conjunto de ações por meio das quais estes três modelos de práticas econômicas são estruturados, seja na produção, na troca ou ainda no consumo, e a política econômica seria assim compreendida como conjunto de normas e princípios juridicamente instituídos que estruturam vários aspectos essenciais dessas práticas.

Esse, sem dúvida, seria um dos aspectos cruciais para configurarmos a AJPE e também desenvolvermos suas principais atuações, mostrando a grande dinâmica existente nessa temática. Dessa forma, a AJPE leva em conta as decisões das políticas econômicas que estariam relacionadas, de forma distinta, às ações atuais e planejadas de grupos e de indivíduos, o que teria reflexos sobre a formação de suas concepções acerca do que seriam, ou pelo menos deveria ser, os seus direitos. Com isso, é necessária uma compreensão em relação análise jurídica no tratamento de questões importantes para a caracterização da política econômica, tanto no plano interno como no da cooperação econômica externa (CASTRO, 2009, p. 24).

Ainda nessa linha de raciocínio Castro nos ensina que:

A AJPE pressupõe que as instituições e políticas devem servir a ordens compatíveis com a equânime fruição dos direitos humanos e fundamentais e que os indivíduos e grupos não devem ser escravizados a instituições cuja estrutura oponha obstáculos a tal fruição. Sendo plenamente convencionais, são as instituições (políticas públicas, políticas econômicas, mecanismos de cooperação internacional) que devem ser mudadas para se adaptarem ao exercício da fruição de direitos humanos e fundamentais, não o inverso (CASTRO, 2009, p. 46).

Assim, por meio de todo esse aparato teórico temos a possibilidade de definição do AJPE como instrumento jurídico não apenas de eficácia, mas de busca de uma justiça econômica, podendo garantir uma maior fruição de caráter equânime dos direitos humanos e fundamentais. Essa equanimidade traduziria uma justiça e levaria conseqüentemente a uma prática empírica daquilo que é garantido pela norma a todo e qualquer indivíduo, mas essa nova ideologia não se resumiria ao que é escravizado pelas circunstâncias ou pelo senso comum (CASTRO, 2009, p. 49).

Gadrey e Jany-Catrice questionam a possibilidade de a economia ser “eficiente”, mas também injusta, por divergir em interesses ideais, relacionados aos seus objetivos morais, culturais, sejam eles de caráter individual e coletivo, buscando uma cooperatividade de livre consentimento (GADREY; JANY-CATRICE, 2007).

Contudo, nem as análises econômicas usuais, nem as abordagens jurídicas já mencionadas, conectam de maneira útil os dois lados do desafio de gerar o crescimento econômico com “justiça”, caracterizada como efetiva fruição de direitos fundamentais e direitos humanos por todos os indivíduos ou grupos, realizando assim a justiça econômica (CASTRO, 2009, p. 40-41). Com essa premissa, de que as instituições e políticas devem buscar ordens compatíveis com aquilo que chamam de “equânime fruição dos direitos humanos e fundamentais” e também que os indivíduos e grupos não podem se tornar escravos de instituições que venham a se opor produzindo obstáculos a tal fruição, seriam estas mesmas instituições, sejam elas políticas públicas, políticas econômicas, mecanismos de cooperação internacional, ou qualquer outro instituto desta espécie, que deveriam ser mudados, se adaptando a esse exercício da fruição, não o oposto. (CASTRO, 2009, p. 46-47).

Essa é, sem dúvida, um dos maiores desafios dessa era. Vivemos ainda em um mundo no qual o lucro é o objetivo principal das práticas do mercado, como já foi

declarado em séculos anteriores que tal fato aconteceria, e até hoje a busca do ser não se associa ao seu bem-estar como meta essencial. Por esse motivo nos questionamos e também procuraremos vias para combater as perdas que o homem produz a ele mesmo, nesse caso o que chamamos de equânime fruição de direitos fundamentais e direitos humanos, bases fundamentais a serem garantidas pelos dispositivos jurídicos atuais.

4. Das políticas públicas

O propósito desse capítulo de nossa pesquisa é nos atentar as atuais possibilidades de relacionarmos o direito as chamadas Políticas Públicas, institutos agora cada vez mais evidentes pelas principais mudanças nas estruturas do capitalismo. Diante dessa nova busca voltamo-nos a questionar a eficácia e eficiência, mas agora dos dispositivos que têm como finalidade a construção ou aplicação dos direitos e garantias das leis e também da Constituição Federal. Temos então o maior interesse nas Políticas Públicas, visto que possam ser configuradas como possíveis mecanismos de abertura para conquista da chamada equânime fruição de direitos e garantias fundamentais e direitos humanos, para isso seria essencial um maior aprofundamento dessa temática nas esferas jurídico-doutrinárias.

Existe então uma dinâmica de proximidade, na parte prática, e distância no teor acadêmico, entre o direito e o campo das políticas públicas brasileiras e esse é um ponto crucial para entendermos essa nova perspectiva no país. Sem dúvida podemos elucidar certos traços do ensino jurídico, que embora venha se dedicado a formar magistrados, advogados, promotores, procuradores, defensores políticos, autoridades públicas e políticos, não tem se esforçado na formação de profissionais do direito que estejam prontos para estruturar, operar ou desenvolver políticas públicas e programas de ação governamental. Com isso, talvez seja agora um momento oportuno para esclarecermos os possíveis vínculos a serem atribuídos a essas duas vertentes.

Nas palavras de Maria Paula Dallari Tucci:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são metas coletivas conscientes e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato. (BUCCI, 2006, p. 241).

As Políticas Públicas seriam, portanto, todo e qualquer espécie de metas coletivas que procuram como finalidade a solução dos problemas no âmbito do Direito Público, em sentido amplo.

Em outras palavras as Políticas Públicas são o conjunto de decisões e ações da esfera política frente a várias situações socialmente problemáticas que buscam a resolução delas, ou pelo menos a redução dos níveis preocupantes em circunstâncias sociais relevantes.

Os movimentos atuais de construção das Políticas Públicas veem agora como uma espécie de tentativa de exteriorizar os fundamentos essenciais gravados nos direitos sociais, direitos estes que se elencam no rol de direitos fundamentais buscando concretizá-los por meio de prestações estatais de caráter positivo. A outra parcela de direitos fundamentais, os ditos individuais, são definidos como de primeira geração que dão maior relevância aos atributos de liberdade. Os direitos sociais, por sua vez dados como de segunda geração, são poderes que só poderiam ser realmente concretizados se por imposição deles a outros, onde são agora incluídos os órgãos públicos, com certo número de tarefas de âmbito positivo (BOBBIO, 1992, p. 21).

Ademais, as Políticas Públicas hoje são vistas como mecanismos de ação governamental, um fenômeno que pode ser explicado também por sua grande importância fixando metas e objetivos temporários para que essa mesma ação dos governos republicanos possa dar eficácia concreta na fruição de direitos. A função de governar, nas palavras de Bobbio, relaciona-se ao uso do poder coativo estatal com práticas da coesão social e seria, portanto, a base para um fazer imediato dotado nas políticas públicas (BOBBIO, et al., 1991).

Devemos, com todo esse relato teórico até agora exposto, admitir a possibilidade de associarmos as políticas públicas a um emaranhado de normas, processos e arranjos institucionais assistido pelas garantias do direito, sendo assim também possível enxergarmos o direito como matéria intrínseca, uma espécie de ferramenta central de todas essas políticas.

Um dos grandes embates a ser resolvido, para que descemos maior importância a essa temática, é o de interesse dos futuros juristas brasileiros, o que teria como essencial para tal feito o estimulado a envolvê-los na concepção, gestão ou na pesquisa de políticas públicas. De uma forma mais específica deveríamos ter um olhar mais cauteloso e considerável no âmbito da administração pública, que é, sem dúvida, o protagonista dos institutos dessas políticas (DAINTITH, 1987, p. 8).

As Políticas Públicas, como já descritas anteriormente, estariam sempre operando em consonância ao mercado, pois por motivos evidentes no modo de produção dessa era somos sempre forçados a nos atentar as premissas existentes no capital em toda e qualquer ação governamental. Norberto Bobbio associou os papéis do direito nas modificações basilares do capitalismo e também das funções do Estado, ocorridas estas nas últimas décadas do século XX. Tais mudanças, essenciais na formação na ideologia do Bem-Estar Social, produziram o efeito de levar o direito e várias das normas jurídicas a estarem sempre vinculados à consumação de objetivos públicos de caráter concreto. (BOBBIO 2007, p. 15).

É proposta então a ideia de utilização do direito como mecanismo substancial nas Políticas Públicas, sendo crucial levarmos em consideração a necessidade de testar esse novo dispositivo de forma empírica. Esse seria um dos grandes desafios aos juristas brasileiros, os quais têm suas principais formações e objetivos negligenciados, o que cria a importância de uma nova reflexão jurídica acerca das políticas públicas e também o desenvolvimento de habilidades e métodos de investigação aplicada (COUTINHO, 2010, p. 2-3).

A Constituição Federal de 1988, definida como “constituição cidadã” pelo simples fato da promulgação feita após um período totalmente oposto ao Estado Democrático de Direito, nesse período foram reduzidos e limitados vários dos direitos e garantias da época. Essa nova Constituição enuncia agora, em seus dispositivos específicos, um longo

e detalhado capítulo dos direitos econômicos e também sociais. Ademais, a Carta Magna possui normas chamadas “programáticas”, ou seja, são normas que contem objetivos que devem ser alcançados por meio das tais Políticas Públicas e que tem comandos que ditam os valores que devem ser perseguidos pelo legislador infraconstitucional, juízes e administradores públicos. Diante disso, as questões da eficiência, da eficácia que se vinculam aos direitos sociais e das normas programáticas com referência aos legisladores, juízes e autoridades públicas têm mobilizado vários das constitucionalistas brasileiros (SILVA, 1968).

As então chamadas normas programáticas são de essencial relevância para concretização de direitos sociais, para que estes não se mantenham apenas de forma abstrata, e os mecanismos de maior aparição dessa mesma concretização são as Políticas Públicas. Portanto, o mundo se mostra agora dependente de tais políticas, pela dificuldade cada vez mais evidente da fruição dos direitos humanos e fundamentais, e por tal acontecimento ser sempre mais frequente por essência do capitalismo o direito aparece como possível protetor e gerador dessa fruição.

4.1. Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES

Voltamo-nos agora a temática referente aos direitos sociais, direitos estes dados como fundamentais e já em parte esclarecidos anteriormente, dando uma maior importância ao direito da educação. Em nossa nova jornada ideológica relacionada aos principais direitos e garantias buscadas pelo Estado de Bem-Estar Social o acesso ao direito à educação tem tido grande repercussão atualmente, em todos os seus níveis, inclusive no ensino superior, tendo como objetivo principal a formação para o mercado de trabalho.

É configurado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 o direito a educação, tal direito, visto como direito fundamental da esfera social, tem como principal objetivo a formação de condições para o desenvolvimento de ser, para que assim toda pessoa adquira o mínimo necessário para convivência digna em sociedade. Essa vida digna, necessária para sobrevivência do ser, está conferida no artigo 1º da Carta Capital e dá origem a um dos mais honrosos e importantes princípios desse século, o da Dignidade da Pessoa Humana. O princípio da dignidade da pessoa humana consiste em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e está gravado no artigo 1º do texto constitucional, o qual prescreve:

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:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Desse modo, em ensinamentos de José Afonso da Silva, todos e quaisquer aspectos que são tratados na Constituição Federal devem levar em consideração como princípio norteador o da dignidade da pessoa humana, e por consequência disso a ordem econômica também deve ter como maior objetivo assegurar a todos uma existência digna. Já a ordem social tem como busca maior a realização de uma justiça social, nesse caso a educação, assegurando o desenvolvimento do homem e sua formação para o exercício da cidadania, tais ideias, portanto, devem ser vistas como indicadores de conteúdo normativo eficiente para dignidade da pessoa humana (2005, p. 105).

Em palavras de Fiorillo (2000, p. 14), devemos considerar então a educação como um dos elementos para elaboração daquilo que chamamos de mínimo existencial ou ainda piso mínimo normativo. Tal instituto é visto como uma das condições para convivência em sociedade, para que possamos ter uma vida digna. Portanto, o ser humano não deve ser considerado como mero meio da atividade estatal, mas sim a sua maior finalidade, o Estado só tem razão de existir se ele tiver como objetivo as práticas que atendem aos interesses da sociedade que o criam.

O Estado então tem como função dar garantia aos indivíduos para o acesso prático de seus direitos fundamentais, tendo dentre eles o da educação. Essa função tem sido elaborada por meio das políticas públicas em todas as suas esferas, mais especificamente, no nosso caso, as políticas públicas de caráter educacional com vistas no acesso ao ensino superior e assim chegamos a uma análise no Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - Fies, destinado a promover a entrada das pessoas de baixa renda ao nível de educação superior.

O Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior, o Fies, foi instaurado com a finalidade de contrair com as despesas de ensino dos estudantes de baixa renda para formação deles em institutos de ensino privado por meio da concessão de financiamento.

A criação do instituto do Fies em 1999 não teve impacto relevante na sociedade brasileira, tendo nessa fase tímidas modificações no programa. Mas foi em 2010, com a vigência da Lei 12.202/10, o qual gerou fortes alterações ao instituto, entre elas a possibilidade do financiamento integral das custas educacionais aos estudantes, mediante cadastro no Ministério da Educação.

Essa e outras mudanças de caráter significativo levaram a um aumento relevante no número de inscritos no programa. Os dados conferidos no Relatório de Gestão do Fies de 2012, que está disponível no site do Ministério da Educação, mostrou que 32.654 (trinta e dois mil, seiscentos e cinquenta e quatro) estudantes ingressaram ao financiamento no ano de 2009.

Já 2011, após os ajustes implementados por meio da Lei 12.202/10 os números do programa saltaram para 153.151 (cento e cinquenta e três mil, cento e cinquenta e um) estudantes. Fatores como estes mostram a eficácia e possível desempenho das Políticas Públicas e com as transformações do mundo contemporâneo a crucial necessidade delas.

O crescimento no número de inscritos nos leva a crer que o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior se define como uma política pública efetiva no acesso ao ensino superior. As modificações recentes, no que diz respeito ao programa, nos mostram a consonância de um papel que o Estado deve desenvolver, sendo esse papel o de aplicação das políticas públicas, as quais visam uma maior eficácia nos

direitos fundamentais, entre eles o da educação, porque é só por meio desse direito que poderemos buscar um crescimento lato senso do Estado, mas principalmente no que se refere à esfera econômica e social.

5. Crises econômicas

Desde os primórdios da era capitalista, vários estudiosos da área já nos alertavam acerca dos períodos cíclicos do processo de produção e suas conseqüentes ocorrências. Marx, ainda no século XIX, já nos ensinava que o modo de produção vigente sempre passaria pelas fases de calma, outras de animação crescente, as de prosperidade, as de superprodução, de crise e de por fim de estagnação. Dizia ele que o mercado e a taxa de lucro do próprio mercado seguiam tais fases, com etapas de crescente baixa, e outras nas quais o mercado tinha propensão a superar-se (2004, p. 112). O teórico alemão debatia naquela época acerca da variação dos preços das mercadorias e os períodos de crise, vinculando esse embate às perdas sofridas pelo operário, a redução deste em direitos, a necessidade de busca de aumentos salariais e a procura da estabilidade em garantias do próprio operário. A lei econômica para ele, portando, favoreceria ao dono de meios de produção o advento da segurança em vários dos períodos cíclicos econômicos, mas para isso os operadores de seus meios, nesse caso os trabalhadores, não dispunham dessa mesma segurança (MARX, 2004, p. 114).

Não cabe a nós, da área jurídica acadêmica, minuciar os conceitos ou origens desse fenômeno econômico chamado de crise, mas é essencial na nossa análise de pesquisa a busca pelos principais fatores ocorridos durante esse período na sociedade capitalista atual, para que com isso possamos esclarecer sobre as práticas do mercado no caso desse evento, sua relação à fruição de direitos fundamentais e direitos humanos e os evidentes embates emergidos dessa possível dinâmica.

Com propostas de correntes mais atuais, José Roberto Rodrigues Afonso nos ensina que nas teses da ciência econômica toda e qualquer escolha tem um caráter de incerteza, mas sempre decide o nível de emprego. Com isso, é também necessário antecipar o consumo das classes. As decisões de investimentos também são incertas, pois tem como base os possíveis rendimentos futuros, mas define o nível de renda. Mas deve ser sempre alegado a impossibilidade de certeza sobre o futuro, os empresários tendem a seguirem o que a maioria de seus colegas acredita e que, com isso, sempre ocorrerá em detrimento do que ele espera, práticas estas também cruciais nos períodos de crescimento e baixa no mercado (2011, p. 60).

Keynes, grande teórico econômico, cria em uma de suas teses a relação da incerteza e o processo de tomada de decisões, sendo estes cruciais nas ações praticadas pelos agentes econômicos em vários períodos, entre eles do de crise. Como os detentores de meios de produção e até então gestores da riqueza não possuem informações necessárias para antecipação de acontecimentos futuros, estão eles sempre obrigados a formular, de forma subjetiva, as expectativas acerca dos acontecimentos e terão então que conferir algum grau de crença em relação a essas mesmas expectativas. Pela inevitável aparição de tais incertezas, os agentes econômicos buscarão focarem-se em convenções, acordos acerca de determinadas atividades que obedeceriam a alguns entendimentos prévios e normas baseadas na experiência recíproca. Keynes diz que, perante incerteza densa, o

senso comum premia a convenção contra a ousadia, segundo ele é melhor errar com a maioria do que acertar contra ela (1996, p.162-163).

Quando as incertezas se tornam intensas e com isso causam rupturas às chamadas convenções aumentam as preferências pela liquidez dos agentes econômicos. Em momentos de crise, os agentes passam a buscar cada vez mais formas líquidas de manter seus ativos em detrimento da formação de capital fixo que de fato alimenta a demanda efetiva (AFONSO, 2011, p. 62).

Keynes também alega em suas teorias que a crise resulta de um galopante crescimento nas expectativas negativas e temores nas incertezas, o que chegaria então a um ponto em que essas mesmas incertezas se tornariam tão extensas que levaria a um colapso no cálculo capitalista, e pela consequência de tal acontecimento os agentes econômicos parariam de investir ou ainda, dependendo do grau de incertezas, não mais produziriam. Já não se encontrava nos mecanismos econômicos um mero caráter de flutuação, mas agora teríamos a ocorrência de uma ruptura na ordem. Keynes predicava que nos momentos de surgimento da crise as políticas monetárias não teriam grande impacto, mas seria nesse necessário dar maior flexibilidade nas políticas fiscais (BELLUZZO, 2008).

Já no contexto da crise com grande impacto negativo, Afonso frisa que a demanda deveria ser suprida por uma opção que deve ser tomada de forma autônoma, o que levaria a um crescente aumento do gasto do Estado. Para ele o grande gasto autônomo poderia ser de qualquer natureza se tivesse o propósito de apenas combater a crise e reerguer as tomadas decisões de produção. Afonso mesmo nos mostra que para combater uma grande crise, tendo como base teorias de Keynes, devemos ter como principal fundamento uma resposta fiscal, que deveria também sobre tudo combinar o aumento de gasto, de déficit e dívida, o que levaria a ruptura nas convenções da economia (2011, p. 65).

Todo esse aparato teórico das ações econômicas nos períodos relatados nos levaria então a busca pelos seus principais impactos nos dispositivos normativos relacionados à esfera do direito. Todos os fenômenos anteriormente citados, acerca de ações de agentes econômicos nos períodos de crise, nos levam a questionar os possíveis, ou sempre evidentes, movimentos estatais em provimento da necessidade de arrancada econômica nesses instantes de colapso social. Quando nos perguntamos acerca da afetação das ações tomadas pelo Estado durante tais colapsos financeiros devemos analisar também a possibilidade de perdas e aspectos negativos de influência nas Políticas Públicas, podendo tais tomadas de decisões estatais delimitarem a qualidade de vida dos cidadãos ou ainda perda de direitos constituídos antes do surgimento dos momentos de crise.

Com essas possíveis, ou evidentes, perdas e danos aos direitos conquistados pelos cidadãos, às vezes direitos até já adquiridos por eles, é de crucial importância a manifestação dos órgãos judiciários para proteção dos mesmos. Por consequência disso no Brasil aparece agora o chamado Ativismo Judicial. Ativismo judicial não facilmente conceituado, tal fenômeno é quase sempre considerado como uma manifestação jurídica e seria esta uma postura proativa do Poder Judiciário, muito bem vista em ações tomadas por seus magistrados e tribunais, na interferência de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes.

Em nosso país, o Judiciário tem praticado ações de caráter ativista, em relação ao provimento de direitos sociais e normas programáticas, por meio de revisões feitas acerca das políticas públicas em ações de diferentes esferas. Os magistrados têm praticado tais ações ao ordenarem ao Estado, como por exemplo, o fornecimento de medicamentos e

procedimentos médicos essenciais que não estão disponíveis no SUS ou não são por ele fornecidos, mas são necessários para sobrevivência do cidadão. Pode ser exemplificado também tal ato praticado para garantia de acesso a vagas em escolas e creches que estariam superlotadas, o deslocamento de moradores em áreas urbanas e também rurais, a inclusão de deficientes, a determinação de quais seriam as obras realmente necessárias a sejam realizadas, o reajuste de preços e tarifas, o gasto ou contenção orçamentária, entre vários outros exemplos de decisões que, de forma direta ou indireta, afetam políticas públicas implementadas em todos os níveis do país (COUTINHO; FERRAZ, 2008).

Quando falamos de problemas sociais gerados por consequências vindas do jogo capitalista, é crucial darmos importância aos direitos constitucionais, direitos estes fundamentais e humanos, que também limitam desde já a fruição de tais direitos. Vimos nas ideias dos defensores do ativismo judicial a realização de função do Judiciário ao interferir para garantia de fruição de tais direitos, sempre que o Executivo e o Legislativo deixarem de cumprir suas obrigações, assim quando eles se abstiverem ou se omitirem. Para os defensores do protagonismo dos magistrados nas políticas públicas, uma essência de caráter mais passivo dos tribunais poderia criar uma verdadeira desistência de sua principal missão constitucional.

6. Conclusão

O trabalho que foi desenvolvido mostrou que a abordagem principal da Análise Jurídica da Política Econômica aponta novas vias para conseguirmos identificar, descrever ou interpretar várias barreiras que levam a sociedade a ser mais injusta, e a dinâmica transformativa da economia de mercado nos mostra aspectos nefastos para uma grande parte da humanidade. Nessa mesma linha de pensamento na AJPE, vimos também que tal teoria apresenta caminhos alternativos ao que é chamado de formalismo e também a teoria da Análise Econômica do Direito, as quais teriam como principal finalidade a busca por aquilo que é mais vantajoso economicamente, o que se limita sempre ao que só é eficaz, desprezando a interpretação do que seria justo ou certo. A nova vertente da AJPE entendeu que as divisões feitas entre ramos do direito, as organizações dogmáticas de pensamentos jurídicos precisam agora ter uma maior flexibilidade em prol de uma maior efetividade na justiça e não o inverso.

Uma das necessidades mais identificadas pela AJPE é de dispositivos os quais possibilitam a fruição de direitos de caráter humano e também fundamental, sendo associada para isso uma interdisciplinaridade entre institutos do direito, da economia e também da política. Voltamo-nos então, para desenvolvimento dessa dinâmica, ao interesse nas Políticas Públicas, as quais possibilitariam colocar em prática essa fruição, atingindo as camadas menos favorecidas da sociedade. Dentro dessas mesmas Políticas Públicas demos um maior interesse aos programas relacionados a educação, uma das bases de maior relevância quando se fala na construção de um futuro mais justo e igualitário em um país.

Fizemos uma análise mais precisa na esfera educacional, dando maior importância ao ensino superior, utilizando como exemplo de Políticas Públicas o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior, o qual concretizou vantagens ao cidadão. Essa mesma análise provou também a necessidade de mecanismos como esse para garantia de fruição de direitos humanos e fundamentais, e que não podem ser

exclusos das pautas governamentais, sendo então de crucial relevância a interferência do direito nesses casos.

Torna-se então evidente a necessidade da adequação do direito em face dessa nova dinâmica proposta. Demos interesse então aos momentos econômicos de crise e o desamparo jurídico dado as decisões tomadas durante esses acontecimentos.

Parece mais prudente que em períodos de crise econômica não deve ser levada em consideração a promoção de reformas que tenham fim na precariedade, especificamente quando dizem respeito a temas que não incluem os reais motivos das dificuldades afetadas ao país. A grande maioria do povo brasileiro necessita na reafirmação de seus direitos, dentro de um modelo que mantenha a sua dignidade e segurança.

Validar a quebra de direitos e garantias sociais em momentos como este é uma espécie de oportunismo político, o qual tenta tirar partido da situação econômica do país para promover vantagens indevidas. Temos então a necessidade de cobrança desses direitos e garantias afetados e não nos deixar levar por míseras alegações daqueles que se favorecem desse momento.

7. Referências Bibliográficas

AFONSO, José Roberto Rodrigues. **Crise, Estado e economia brasileira**. Rio de Janeiro: Agir, 2011.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Keynes, o retorno. **Opinião. Valor Econômico**. São Paulo, 9 dez. 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/hdSsqk5>>. Acessado em: 30 set. 2016.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**: sobre os fundamentos dos direitos do homem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília: Linha Gráfica, 1991.

BRASIL. Poder Legislativo Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 11 out. 2016.

_____, Poder Legislativo Federal. **Lei nº. 12.202 de 14 de janeiro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Lei/L12202.htm>. Acessado em: 11 out. 2016.

_____, Ministério da Educação. **Representações gráficas, bolsas ofertadas por ano, 27 de julho de 2012**. Disponível em:

<http://siteprouni.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=136:representas-grcas&catid=26:dados-e-estaticas&Itemid=147>. Acessado em: 10 out. 2016.

_____, Ministério da Educação. **Prestação de contas, Relatório de Auditoria Anual de Contas, 07 de julho de 2010**. Disponível em:

<http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=242&Itemid=525>. Acessado em: 10 out. 2016.

_____, Ministério da Educação. **Processo de contas Fies, relatório de Gestão do Fies, exercício 2012**. Disponível em:

<http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=1064&id=14949&option=com_content&view=article>. Acessado em: 09 out. 2016.

21

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise jurídica da política econômica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, vol. 3, n. 1, jun. 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. Novas perspectivas jurídicas sobre as reformas de políticas públicas no Brasil. Direito. UnB. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, 2014.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (eds.). **Política pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp, 2010.

_____; FERRAZ, Octávio L. M. Direitos sociais e ativismo judicial. **Valor Econômico**, Caderno Legislação: E2, 2008.

DAINTITH, Terence. **Law as policy instrument: a comparative perspective**. In: Law as an Instrument of Economic Policies: comparative and critical approaches, edited by Terence Daintith, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1987.

EVANS, Peter. Challenges of the "Institutional Turn": new interdisciplinary opportunities in development theory. In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard (orgs.). **The Economic Sociology of Capitalism**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GADREY, Jean; JANY-CATRICE, Florence. **Les Nouveaux Indicateurs de Richesse**. Paris: La Découverte, 2007.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

MARX, Karl. **Salário, preço e lucro**. Tradução de Eduardo Saló. São Paulo: Edipro, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart; R. P. LANA, Henrique Avelino. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, 2010.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1968.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A fragilidade da prova testemunhal no artigo 167 do CPP e o fenômeno das falsas memórias

*Leonardo Martins Couto*¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O processo penal e a prova. 2.1. Escorço histórico-teórico do processo penal. 2.2. A prova no processo penal. 2.2.1. Finalidade, objeto, meio de prova. 2.2.2. Classificação da prova. 2.2.3. Ônus da prova. 2.2.4. Sistema de valoração da prova. 3. Prova testemunhal. 3.1. Classificação da prova testemunhal. 3.2. Características da prova testemunhal. 3.3. Capacidade de testemunhar. 4. Memória. 4.1. Apontamento conceitual sobre a memória. 4.1.1. Tipos de memória. 4.2. As falsas memórias. 4.2.1. Notas teórico-histórica. 4.2.2. Criação e classificação das falsas memórias. 5. Falsas memórias e a prova testemunhal. 5.1. Fatores que influenciam a “contaminação” do testemunho. 5.1.1. A mídia na “contaminação” da prova testemunhal. 5.1.2. O transcurso do tempo. 5.1.3. A inquirição da testemunha. 5.1.4. A subjetividade da testemunha. 5.2. A fragilidade da prova testemunhal sustentada pelo artigo 167 do CPP, suprimindo a falta do exame de corpo de delito. 5.3. Técnicas de inquirição e a minimização das falsas memórias. 5.3.1. A entrevista cognitiva na redução das falsas memórias. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho objetiva-se a elucidar a fragilidade da prova testemunhal referida no artigo 167 do Código de Processo Penal, sobretudo em razão da possibilidade de criação de falsas memórias durante o testemunho. Para isso, realizar-se-á análise, conceituação e compreensão da prova testemunhal, bem como do fenômeno das falsas memórias. Por testemunha, entende-se qualquer pessoa desinteressada do processo. E falsa memória, as lembranças que se tem, confiando ser verdadeiras, mas que de fato não aconteceram ou aconteceram de modo diferente do que foi lembrado. Apresentar-se-á possíveis erros na atual técnica forense de inquirição de testemunhas, e o conjunto de técnicas da entrevista cognitiva, como método de diminuição das falsas memórias, tornando-a, de certa forma, menos frágil. A metodologia do trabalho consiste no levantamento de fontes teórico-bibliográficas e documentais acerca do Processo Penal e da Memória, dentro da Psicologia Cognitiva e Neurociência. O tema tem importância ímpar, pois a prova testemunhal baseia-se nas lembranças dos fatos, ou seja, da memória humana, e esta é passível de falha. Tendo como problemática a possibilidade de aceitação da prova testemunhal permeada de falsas memórias nos casos em que ela supre a prova pericial, nos termos do artigo 167 do CPP. Há autores que defendem que a prova testemunhal não deve suprir a prova pericial, no caso, o exame de corpo de delito, quando os vestígios desaparecem, mas que o desleixo da vítima, do Estado e de seus agentes, não pode ser motivo para que a testemunha, que tem a memória falha, supra uma prova técnica científica. Conclui-se, portanto, que a testemunha não deve suprir a prova técnica, quando essa era possível de ser realizada, mas não foi, por desleixo ou omissão estatal. E que a técnica de entrevista cognitiva é a mais eficaz na redução do fenômeno das falsas

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

memórias, mas sua aplicabilidade definitiva no Brasil, não se dará de forma prática, substituindo a técnica investigativa, por ser onerosa e complexa.

Palavras-chaves: Processo penal. Prova testemunhal. Falsas memórias.

1. Introdução

No Processo Penal há várias maneiras de se obter provas, mas em regra, o meio probatório mais acessível e mais fácil de utilizar é a prova testemunhal, e que auxilia a decisões corriqueiras de muitos juízes. Alguns crimes, por condições ou natureza, não deixam resquícios materiais, sendo impossível a realização de prova técnica, utilizando-se a palavra das testemunhas (ou das vítimas) como único meio de prova processual.

Nos casos em que o processo tenta construir/reconstruir os acontecimentos que se passaram durante o fato criminoso, pode existir informações que não condizem com a realidade do ocorrido, informações que a testemunha guardou sobre os fatos, sendo como verdadeiras. Estas informações são chamadas de falsas memórias. E alguns fatores influenciam e contamina a prova testemunhal, criando essas falsas memórias, sendo o lapso temporal entre a ocorrência do fato e as primeiras declarações, aumentando as percepções externas da testemunha e até mesmo da vítima; a indução dos entrevistadores, opiniões de terceiros e da mídia em geral.

Ao se utilizar da memória, para reconstruir os fatos, ela apresenta um resumo daquilo que foi percebido. As recordações são formas influenciadas pela emoção; o delito não deixa de ser uma forte emoção, para aqueles que presenciam ou que dele é vítima. A memória se tratando de uma emoção, vem minimizar a observância dos detalhes do real acontecimento, prejudicando aquilo que o depoente viu e ouviu, provavelmente criando, através de falsas memórias, detalhes que não aconteceram.

A ocorrência de falsas memórias pode influir de forma preventiva, dificultando condenações, baseadas no princípio penal do *in dubio pro reo* (a dúvida beneficiará o réu), ou mesmo de forma punitiva, agravando condenações, ou seja, suprimindo um dos principais bens jurídicos do Estado Democrático de Direito, que é a liberdade.

A problemática é a possibilidade de conferir validade à prova testemunhal permeada de falsas memórias nos casos em que ela substitui a prova pericial, nos termos do artigo 167 do CPP? Sendo negativo, se é possível negar vigência ao referido dispositivo, sob os princípios limitadores à busca da verdade real no processo penal?

A metodologia aplicada será a dedutiva, visando analisar de forma geral e estudar a utilização da prova testemunhal juntamente com sua fragilidade, na ausência de prova técnica, bem como a existência de falsas memórias.

Assim, será trabalhada de forma rápida a conceituação geral e histórica do processo, de processo penal, de prova em geral, classificação e meios de provas, bem como o ônus da prova, adentrando na prova testemunhal, citando a classificação desta, as características, mostrando que é capaz testemunhar e as proibições legais.

Após, adentrando no tema memória, será visto, a conceituação, os tipos de memórias, chegando no primeiro ápice do tema, que são as falsas memórias, definindo como são criadas e sua classificação.

Diante disso, será feita interdisciplinarização do tema memória e a prova testemunhal, expondo os fatores que podem "contaminar" o testemunho, aí chegará na fragilidade da prova testemunhal, suprindo o exame de corpo de delito.

Por último, será apresentado técnicas de interrogatório e a minimização das falsas memórias, por meio da entrevista cognitiva e bem como as considerações gerais acerca do tema.

2. O processo penal e a prova

Para uma melhor compreensão deste trabalho, neste tópico será abordado o Processo Penal de forma geral e resumida, bem como uma introdução ao conceito de prova, a finalidade da prova e o objeto da prova.

2.1. Escorço histórico-teórico do processo penal

O Estado brasileiro detém o monopólio sobre a administração da justiça, tal monopólio surgiu para o Estado suprimir a vingança privada e implantar os critérios de justiça. Ao revogar a vingança privada e avocar para si o *jus puniendi* (direito de punir) ou o poder-dever de punir, nasce o processo penal como caminho necessário para que o Estado legitimamente imponha uma pena, aos que praticarem ato definido como delito. Como ente político e jurídico, o Estado chamou para si o direito e dever de proteger a comunidade, o que inclui o próprio delinquente.

O processo é o meio que o Estado procede à composição da lide, aplicando o direito ao caso concreto e diminuindo o conflito de interesse. Sem o Processo Penal, não há como solucionar conflito², dos direitos materiais violados, sendo este, um instrumento indispensável par aplicação do direito penal e a defesa da paz social vez que com o delito, surgem os conflitos sociais, e a aplicação da pena (punição por parte do Estado) vem como resposta para o autor da conduta delituosa (CAPEZ, 2012, p. 46; LOPES JÚNIOR, 2012 p. 67-68).

Após a conduta delituosa e antes da possível aplicação da pena, surge um conflito de interesse, o qual o Estado tem a pretensão de punir o autor da infração, ao mesmo tempo em que o infrator, com preceitos constitucionais, resiste ao exercer sua defesa, com intuito de permanecer em liberdade, e assim se caracteriza a lide penal, que será solucionada através da atuação jurisdicional. Sendo que jurisdição é o poder do Estado-Juiz de julgar, aplicando a lei ao caso concreto (CAPEZ, 2012, p. 46).

O Processo Penal lida com liberdades públicas, direitos indisponíveis, tutelando a dignidade da pessoa humana e outros interesses dos quais não se pode abrir mão, como exemplos pode-se citar: direito a vida, a liberdade, a integridade física e moral, o patrimônio.

² O Direito Penal se difere do Direito Civil, pois não admite formas alternativas de solução de litígios, a não ser a processual, (LOPES JÚNIOR, 2012, p.69). Onde se lê Direito Penal e Direito Civil, devemos entender como Direito Processual Penal e Direito Processual Civil, respectivamente. Pois o Direito Penal e Civil – entre outros, são direito materiais, traz critérios para resolver o conflito, já as normas processuais, traz a forma como o conflito deve ser resolvido.

O retrocesso é o instrumento do processo penal, este examinará fatos que são considerados infração penal pelo Direito, na tentativa de aproximar ao máximo a realidade acerca do ocorrido. O que irá instruir o julgador e lhe proporcionar o conhecimento, por reconstrução factual histórica, ou seja, através de uma pequena história dos fatos que antecederam e sucederam o delito.

Vale destacar as palavras de Gustavo Noronha de Ávila (2013, p.1), que “os processos não são ‘maquinas retrospectivas’, logo, estarão baseados em várias hipóteses históricas, propostas pelas partes. É preciso, então verificá-las. As provas são a maneiras pela qual realizaremos essa tarefa”.

Indo defronte, o jurista italiano Franco Cordero afirma que “o processo é uma *máquina retrospectiva*, dirigida a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou (...) as partes formularão hipóteses dos acontecimentos, e caberá o juiz acolher a hipóteses mais provável, baseada nas normas processuais e conhecimentos empíricos, o que produzirá seu convencimento e fundamentação ao externar sua decisão” (*apud* DI GESU, 2014, p.49-50, grifo do autor).

A verdade dos fatos não é elemento fundamental do sistema, no processo acusatório. O poder do julgador não se justifica pela verdade, considerando que o poder contido na sentença é reconhecido pela versão mais eloquente sobre o fato, seja a da acusação, seja a da defesa (LOPES JÚNIOR, DI GESU, 2007, p. 14). Sendo que, o mais importante é a convicção do julgador, e muitas vezes, se dá pelas “verdades” narradas no processo, as chamadas verdades processuais.

2.2. A prova no processo penal

O termo prova é proveniente do latim *probatio*, emanado do verbo *probare*, que significa examinar, persuadir, demonstrar (GRECO FILHO, 2012, p. 193), sendo praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros.

Toda prova produzida tem o juiz como destinatário. Sendo para ele, a construção da síntese histórica e a reconstrução dos fatos que ocasionaram o delito penal, a investigação para obtenção de provas, será realizada a partir daquilo que permaneceu, ou seja, daquilo que o agente ativo não encobriu, as provas indiretas.

De certo modo, podemos concluir que o processo penal faz história, pois trabalha com fatos passados, o jurista italiano Michele Tarruffo, compara a atividade exercida pelo juiz e pelo historiador, tendo como diretriz

O problema de reconstruir um fato individual do passado, irrepetível e não diretamente conhecido, de forma que surge para ambos a necessidade de fazer uso das provas que permitam o conhecimento indireto desse fato (*apud* DI GESU, 2014, p. 49).

É interessante ressaltar que há diferenças entre atividades do historiador e do juiz, vez que aquele investiga de forma livre e irrestrita, tendo uma função ativa e não lhe interessa construir fatos particulares e individuais, já este tem suas limitações impostas na legislação processual penal, que prevê vários procedimentos e princípios a serem

seguidos e observados, possuindo a princípio a função de espectador, se preparando para julgar, na medida em que as partes do processo lhe apresentam os fatos a serem provados e as respectivas provas, objetivando a construção de fatos individuais e particulares.

A reconstrução dos fatos e do crime, por meio de provas, será sempre imperfeita e incompleta, não havendo como restaurar um fato exatamente como ocorreu no passado, buscando a certeza relativa suficiente para convencimento do magistrado.

2.2.1. Finalidade, objeto, meio de prova

A finalidade da prova, como citado anteriormente, destina-se a formação da convicção do juiz acerca da veracidade dos fatos alegados, formando assim a verdade processual, que deve se aproximar o máximo possível da verdade real (verdade do que realmente aconteceu). Ressalvando que a decisão e convencimento do juiz devem estar baseados somente nos fatos apresentados no processo.

O objeto da prova, para doutrina em geral, são os fatos alegados pelas partes, merecedores de demonstração, ou seja, de adequação à realidade (NUCCI, 2015, p. 21). Para Renato Brasileiro (2015, p. 582):

Objeto da prova não são os fatos, pois jamais será possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu. Na verdade, o objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo.

Ao juízo de Tourinho Filho (2013, p. 563), objeto “da” prova e finalidade da prova são expressões sinônimas, sendo o convencimento do juiz. E objeto “de” prova seria o objeto da prova, que seria o fato a ser provado.

Então, podemos entender como prova nos moldes jurídicos,

O meio através do qual obter-se-á a demonstração ou veracidade dos fatos alegados no processo judicial. Ou seja, a partir do momento em que a parte formula sua pretensão, independente seja ela estatal ou privada, cível ou penal, a prova é que demonstrará a veracidade das bases que compõem as razões do direito que se quer defender (FARHAT, 2008, p.11).

Em regra, o direito não necessita de prova, vez que o juiz deve conhecê-lo, considerando o brocardo jurídico, *iure novit curia*, ou seja, o juiz conhece o direito, principalmente, em relação ao direito previsto pela legislação federal. Por vez, se a parte alegar direito consuetudinário, municipal, estadual, estrangeiro ou alienígena, o magistrado pode determinar que a parte faça prova de tal direito.

Há outros fatos que independem de provas, sendo eles: fatos axiomáticos ou intuitivos, fatos notórios, presunções legais, fatos inúteis.

a) *Fatos axiomáticos* ou *intuitivos*: aqueles que são evidentes. A evidência nada mais é do que um grau de certeza que se tem do conhecimento sobre algo. Nesses casos, se o fato é evidente, a convicção já está formada, logo não carece de prova.

b) *Fatos notórios* (aplica-se o princípio *notorium non eget probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova). É o caso da verdade sabida: por exemplo, não precisamos provar que no dia 7 de setembro comemora-se a Independência.

c) *Presunções legais*: porque são conclusões decorrentes da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas, podendo ser *absolutas (juris et de jure)* ou *relativas (juris tantum)*.

d) *Fatos inúteis*: princípio *frustra probatur quod probantum non relevat*. São os fatos, verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real (CAPEZ, 2015, p. 361, grifo do autor).

Os meios de prova são todos os recursos que possa servir como prova, podendo ser diretos ou indiretos, desde que indique a verdade que se busca no processo, podendo ser lícitos ou ilícitos, mas somente os meios de provas lícitos – aqueles admitidos pela legislação - serão considerados pelo juiz. Considera-se meio ilícito as provas que foram obtidas em violação a legislação, mas não são consideradas as obtidas de formas imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.

O Código de Processo Penal (CPP), não traz um rol taxativo de meios de prova, podendo ser usadas às provas nominadas, sendo aquelas descritas entre os artigos 158 e 250 do CPP, ou as provas inominadas, aquelas que não estão previstas no rol de artigos citados acima.

2.2.2. Classificação da prova

As Classificações da prova são inúmeras, será trabalhado quatro delas, sendo as mais básicas. Sendo elas quanto ao objeto, efeito ou valor, sujeito ou causa e quanto à forma e aparência.

Quanto ao *objeto*, a classificação se dá em o que precisa ser demonstrado. Podendo ser direta ou indireta. A *direta* é quando a prova por si só, consegue demonstrar os fatos a serem provados, como exemplo a testemunha presencial e o exame de corpo de delito. A *indireta* se dá quando por meio de presunções e raciocínios lógico-dedutivo, considerando fatos secundários relacionados aos primários, como exemplo os indícios, previsto no artigo 239 do CPP.

Quanto ao *efeito* ou *valor*, “é o grau de certeza gerado pela apreciação da prova”. Sendo plena e não plena. A *plena* é “aquela necessária para condenação, imprimido no julgador um juízo de certeza quanto ao fato apreciado”. A *não plena* “é a prova limitada

quanto à profundidade, permitindo, por exemplo, a decretação de medidas cautelares” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 565).

Quanto ao *sujeito* ou *causa* é de onde provém a prova, podendo ser real ou pessoal. A prova *real* é a que tem origem nos próprios fatos do crime, de seus vestígios, como exemplo tem a arma de um crime ou mesmo a fotografia. A prova *pessoal* é aquela que decorrer do conhecimento de alguém, exemplificando, tem se a prova testemunhal, confissões e declarações da vítima. (CAPEZ, 2012, p. 394; RANGEL, 2015, p. 465; TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 565)

Quanto à *forma* ou *aparência*, é a como as partes apresentam em juízo a “verdade” de suas informações, podendo ser *testemunhal*, *documental* e *material*. Sendo a *testemunhal*, como nome próprio nome diz, advém de narrativas de testemunhas, do ofendido ou confissão do acusado. A *documental* é a produzida por manifestação de pensamento, por meio de papel, sendo cartas, escrituras públicas, fotografias. A *material* é a obtida por intermédio químico, físico ou biológico, temos para exemplificar o exame de corpo de delito, vistorias e exames (CAPEZ, 2012, p. 394; RANGEL, 2015, p. 465; TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 565).

2.2.3. Ônus da prova

O artigo 156, do CPP, em seu *caput* ordena que: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”. Tourinho Filho (2013, p. 575-576), leciona que, em regra, o *onus probandi*, ou encargos da prova é incumbido a autor do processo levanta-lo, cita ainda a máxima latina: “*actori incubit probatio et reus in excipiendo fit actor* (a prova incube ao autor e na exceção o réu se faz autor)”.

O ônus da prova não é uma obrigação, mas sim uma faculdade, mas vale frisar, a parte que alegar tal fato deve demonstrar o que está alegando, podendo consistir na perda da causa, caso não o faça.

Já Gustavo Noronha de Ávila (2013, p. 59-60) é mais direto ao afirmar que o ônus da prova cabe “somente acusação, pois quando o réu afirma sua inocência não terá a obrigação de prová-la (de acordo com a Constituição, ele é presumidamente inocente)”.

Em decisão do Ministro Nilson Naves, do STJ, o mesmo afirma que em caso de roubo qualificado com emprego de arma, que incumbiu à parte acusadora, no caso o Ministério Público, em ter o ônus da prova.

Roubo qualificado por emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do Cód. Penal). Apreensão e perícia (ausência). Qualificadora (não ocorrência). Prova testemunhal (insuficiência). *Ônus da prova (Ministério Público)*. 1. O inciso I do § 2º supõe a apreensão da arma, também a sua perícia, porque arma, para ser arma, há de ser eficaz. As coisas são o que são; conforme a poética de Eliot, “alegro-me de serem as coisas o que são”. 2. *Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda a prova de acusação, aí figurando, claro é, o ônus de provar a qualificadora*. 3. Carente a espécie da apreensão da arma e, conseqüentemente, da perícia, não se aumenta, no caso, a pena, visto que não ocorrente a

qualificadora. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (grifo nosso)³.

Lembrando que em determinados casos processuais, a parte contrária terá o ônus de prova sua alegação, sendo assim, terá que provar a negativa do fato presumido, no caso em questão, vejamos decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

[...] 1. INVIÁVEL O ACOLHIMENTO DA TESE ABSOLUTÓRIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, UMA VEZ QUE O APELANTE FOI ENCONTRADO, POR AGENTES POLICIAIS, NA POSSE DOS BENS SUBTRAÍDOS, O QUE ENSEJA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, CABENDO A ELE APRESENTAR E COMPROVAR JUSTIFICATIVA IDÔNEA ACERCA DA SUA ORIGEM LÍCITA, O QUE NÃO OCORREU NO CASO VERTENTE, SOBRETUDO DIANTE DAS PROVAS TESTEMUNHAIS COLHIDAS EM JUÍZO, QUE TAMBÉM DEMONSTRAM TER ELE PRATICADO A CONDUTA CRIMINOSA. 2. AFASTA-SE A ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE QUANDO A MOTIVAÇÃO UTILIZADA PELO MAGISTRADO NÃO SE REVELAR IDÔNEA PARA AUMENTAR A PENA-BASE, POR CONSTITUIR CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL [...]. (Grifo nosso)⁴.

Na decisão acima, os bens subtraídos de um roubo foram encontrados com o réu do processo, provando a materialidade do crime de roubo, assim o magistrado pediu a inversão do ônus da prova, diante a alegação de insuficiência de prova e de inocência do acusado, ou seja, o acusado alegou sua inocência, assim sendo, caberia a ele a prova, vez o material roubado estava em sua posse.

2.2.4. Sistema de valoração da prova

A verdade real que se busca no processo penal, atinge seu ponto máximo na apreciação da prova realizada pelo magistrado, visto que é justamente o processo intelectual realizado com o objetivo de atingir essa “verdade” produzida pelas provas que se firma em um determinado sistema de provas.

Esse sistema é o critério utilizado para atestar transparência no julgamento, implicando na revelação do que motivou o convencimento do juiz sobre o caso, chegando na “verdade” processual e atuando com fiscalização do órgão judicante (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 595).

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no REsp. nº 1111665 SP 2009/0035132-5. 6ª Turma. Relator: Ministro Nilson Naves, Brasília, julgado em 01 set 2009, publicado no DJe 23 nov 2009.

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal nº 20130710044618 DF 0004314-45.2013.8.07.0007. 3ª Turma Criminal, Relator: Desembargador João Batista Teixeira, Brasília, julgado em 19 set 2013, publicado no DJe em 24 set 2013.

São três os sistemas, sendo eles: o da íntima convicção ou da certeza moral do juiz; o de prova tarifada ou de regras legais; o de livre convencimento motivado ou persuasão racional.

No sistema da *íntima convicção ou certeza moral do juiz*, o juiz é livre para decidir como quiser, não definindo regra para valorar as provas, decidindo conforme seus pré-conceitos e sua consciência. Não sendo o juiz obrigado a fundamentar sua decisão. Esse sistema “preside de certa forma, os julgamentos pelo Tribunal do júri em sua segunda fase, na atuação dos jurados, pois estes votam os quesitos sigilosamente, sem fundamentar” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 595).

No sistema de *prova tarifada ou de regras legais* – na explicação de Renato Brasileiro – se trabalha com a concepção de os meios de prova têm valor probatório definido em lei, de forma abstrata, o qual cabe o magistrado simplesmente apreciar o conjunto probatório e atribuir o valor estabelecido pela legislação (2015, p. 604). Tal sistema tem resquícios no atual CPP, ao determinar no artigo 158 c/c artigo 564, inciso III, alínea b, que a lei exige exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, sob pena de nulidade (RANGEL, 2015, p. 519).

Já o sistema de *livre convencimento motivado ou persuasão racional* é o equilíbrio entre os dois sistemas mencionados, sendo ele o que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro (CAPEZ, 2012, p. 399), previsto no CPP, no art. 155, trazendo que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ou seja, nele o Juiz está livre para formar sua convicção, sem estar preso a critérios legais que prefixam valores probatórios, “porém, se vê obrigado a fundamentar sua decisão” (BRASILEIRO LIMA, 2015, p. 605). Não pode o magistrado se fundamentar em matéria que seja desconhecida do processo, seguindo o brocardo jurídico *id quod non est in actis non est in mundus* - o que não está nos autos não existe -, matérias essas admitidas pela legislação e submetidas a um prévio juízo de credibilidade, não podendo ser ilícitas ou ilegítimas (CAPEZ, 2012, p. 400).

A fundamentação da decisão, não é somente para as sentenças, mas para todas as decisões em âmbito processual.

3. Prova testemunhal

A prova testemunhal é um dos diversos meios de provas. Sendo testemunha a pessoa estranha e desinteressada do processo, que em juízo, através de depoimento oral, sob juramento, narra os fatos conforme tomou conhecimento, baseada em suas percepções sensoriais, ou seja, auditiva, visual entre outras; em sentido parecido, Fernando Capez e Rodrigo Colnago lecionam que “pode ser testemunha somente a pessoa estranha ao processo e equidistante as partes, para não se tomar impedida ou suspeita;

[...] a pessoa deve ter capacidade jurídica e mental para depor; [...] a pessoa deve ter sido convocada pelo juiz ou partes” (2015, p.223).

No que se trata da utilização da prova testemunhal no processo penal, Tourinho Filho (2013, p. 607), leciona que “a prova testemunhal, sobretudo no Processo Penal, é de valor extraordinário, pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova”.

Seguindo na mesma linha, Mariana Serger e Lopes Júnior dizem que (2012, p.1):

O meio probatório mais acessível e mais fácil de ser utilizado no processo judicial, a prova testemunhal é corriqueiramente tomada como elemento único e/ou decisivo para a formação da convicção do julgador, sendo o relato da testemunha muitas vezes equiparado, para fins de motivação decisória, a meios de prova técnico-científicos (i.e., prova pericial)

32

Indo no mesmo viés Marcellus Polastri Lima (2003, p. 131), afirma que:

A prova testemunhal é das mais importantes para o processo (...) Apesar de sua importância, e de ser a prova por excelência, já que a mais comum, pela falibilidade da pessoa humana, que vai dar o testemunho, é chamada de ‘a prostituta das provas’, pois não é incomum que o depoimento da testemunha contenha muito de seu emocional, e, assim, poderá distorcer, pela percepção à distância, os caracteres de uma pessoa.

Mesmo sendo uma prova frágil, a prova testemunhal é importante e de grande valia no meio probatório do processo penal.

3.1. Classificação da prova testemunhal

A doutrina aplica diferentes classificações aos tipos de testemunhas, sendo utilizada a classificação apresentada por Tourinho Filho (2013, p. 611), podendo ser: diretas, indiretas, próprias, impróprias, informantes, numerárias e referidas.

Diz-se *direta* a testemunha, quando depõe sobre fatos a que assistiu. *Indireta*, quando depõe sobre fatos cuja existência sabe por ouvir dizer. São os chamados “testemunhos do ouvir dizer”. [...] *própria* é a testemunha que depõe sobre fatos objeto do processo, cuja existência conhece de ciência própria ou por ouvir dizer. [...] *impróprias*, quando depõe sobre um ato, fato ou circunstância alheia ao fato objeto do processo e que se imputa ao acusado. [...] *numerárias* as testemunhas que prestam compromisso, e

informantes aquelas que não prestam. Testemunhas *referidas* são terceiras pessoas indicadas no depoimento de outra testemunha (grifo do autor).

Tourinho Filho (*ibidem*) ainda cita a testemunha proibida, referindo as citadas no artigo 207 do CPP, já tratadas anteriormente. E frisa que revelação de segredo profissional, sem justa causa, constitui crime, com previsão nos artigos 154 e 325, ambos do Código Penal (CP).

3.2. Características da prova testemunhal

A prova testemunhal apresenta algumas características, sendo elas: judicialidade, oralidade, objetividade, individualidade e retrospectividade. A *judicialidade*⁵, pois tecnicamente, só é considerada prova testemunhal a que for produzida diante do juiz, mesmo tendo sido ouvida anteriormente na fase pré-processual. A *Oralidade*, a colheita da prova deve ser realizada por intermédio de narrativas verbal em contato direto com juiz, as partes e seus representantes, possibilitando assim, questionamentos necessários, “salvo o caso do mudo, do surdo e do surdo-mudo (cf. art. 192 c/c o art. 233, parágrafo único, do CPP)” (CAPEZ; COLNAGO, 2015, p. 225), que poderá, em juízo, realizar seu depoimento por escrito, conforme sua deficiência. A *objetividade*, a testemunha deve prestar depoimento somente daquilo que presenciou e não sua análise pessoal, salvo quando inseparáveis da narrativa dos fatos, conforme legisla o CPP, no art. 213. A *individualidade*, a testemunha prestará seu depoimento separada de outra. A *retrospectividade*, a percepção é pretérita, isso diz que a testemunha tem que narrar sobre os fatos passados que tem conhecimento e não do que achou/acha que vai acontecer, senão vira mera especuladora.

3.3. Capacidade de testemunhar

No que se tratar da capacidade de testemunhar, o CPP, em seu artigo 202, dispõe que “toda pessoa pode ser testemunha”. Essa regra generaliza a população de modo geral, ou seja, qualquer pessoa pode ser testemunha, independente de idade, sexo, profissão, religião, condições sociais entre outros. Destaca-se que caberá ao magistrado dar o valor probatório merecido a prova, para que sua decisão não seja contrariada no futuro do processo.

O ato de testemunhar é uma obrigação, desde que a pessoas é chamada a prestar depoimento, como disposto na primeira parte do artigo 206 do CPP, que traz: “Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor”.

⁵ Tourinho Filho não traz a judicialidade como uma das características da prova testemunhal, pois a seu ver, as testemunhas depõem perante a autoridade policial. Tal entendimento se dá, devido ao CPP trazer no Art. 304 e §§ 1º ao 3º, fazer expressar referência às testemunhas, no que se trata da prisão em flagrante, que é uma das maneiras de dar início ao inquérito policial.

Todavia, o mesmo dispositivo legal (art. 206, CPP), em sua segunda parte enumera as pessoas que poderão recusar-se, do lado do acusado, a prestar depoimento. Tal dispositivo traz:

Art. 206. [...] Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge⁶, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias (grifo nosso).

Se tratando da vítima, seus familiares estarão obrigados a depor, sob o compromisso, e na falta deste, praticaram crime de falso testemunho, previsto no artigo 342 do CP. Por sua vez, o artigo 207 do CPP dispõe que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”. Para exemplificar, Tourinho Filho (2014, p. 692), nos afirma:

Função é o encargo que cabe a uma pessoa por força de lei, decisão judicial ou convenção (tutor, curador, diretor de banco...). Ministério, o encargo que pressupõe um estado ou condição individual de fato (padre, irmã de caridade etc.). Ofício, a ocupação habitual consistente em prestação de serviços manuais (mecânico, eletricitista, datilógrafo, digitador etc.). Profissão é toda e qualquer forma de atividade habitual de lucro (advogado, médico, engenheiro).

O advogado, mesmo desobrigado pela parte, não poderá prestar depoimento, isso devido determinação do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no artigo 26

Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Assim também o artigo 7º, inciso XIX do estatuto da OAB (lei 8.906/1994):

Art. 7º São direitos do advogado:

⁶ O termo cônjuge deve ser atribuído de forma abrangente, considerando a união estável (companheiro ou companheira), diante do art. 226, § 3º da Constituição Federal.

[...]

XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

De modo equivalente, promotores e juízes não podem atuar em processos que tenham servidos como testemunhas, conforme art. 252, inciso II, c/c art. 258, ambos do CPP.

4. Memória

O tema Memória é muito complexo, de tal modo que, “dificilmente se estabelecerá o que é memória” (ÁVILA, 2013, p. 82), mas somente perspectivas sobre o que é. Neste caso, não se pode esgotar o tema, apenas fazer apontamentos, para chegarmos a uma compreensão das Falsas Memórias, e aplica-las ao Processo Penal, principalmente no que tange a prova testemunhal.

O meio de prova mais frágil no processo penal é a prova testemunhal, por depender da memória humana, que é pouco confiável e manipulável, e é em muitos casos a sustentação de diversas decisões judiciais, sejam elas condenatórias ou absolutórias; Aury Lopes Júnior esclarece que a grande utilização da prova testemunhal se dá por dificuldades e limitações técnicas que possui a polícia judiciária brasileira (2012, p. 650), bem como a natureza e condições dos acontecimentos do delito.

4.1. Apontamento conceitual sobre a memória

Podemos entender como memória “o meio pelo qual retemos e nos valem de nossas experiências passadas para usar essas informações no presente” (STERNBERG, 2010. p. 153). Segundo Ivan Izquierdo, memória pode ser definida como “aquisição, formação, conservação e a evocação de informações”, nos trazendo ainda que aquisição é a aprendizagem, pois só se “grava aquilo que foi aprendido” e completa que a evocação é a “recordação, lembrança e recuperação”, pois só nos lembramos daquilo que foi gravado, ou seja, daquilo que aprendemos. Sendo muito complexas essas etapas, as quais envolvem várias estruturas cerebrais, tais como o córtex temporal – no que se refere à memória, a emoção e a linguagem – e mais, a amígdala e o hipocampo – no que tange a formação da memória e a aprendizagem (apud ÁVILA, 2013, p. 84; DI GESU, 2014, p. 105, 109).

Considerando as noções de Izquierdo, são necessárias três fases para o funcionamento do sistema de memória, sendo elas: “habilidade de adquirir, armazenar e evocar as informações. A aquisição de informações é a etapa de codificação; a retenção da informação, a etapa de armazenamento; e o acesso à informação, quando necessário, é a evocação” (apud ÁVILA, 2013, p. 93).

O cérebro humano possui bilhões de neurônios⁷, e boa parte deles é capaz de formar, armazenar e evocar memórias. Porém, nem todos os neurônios estão envolvidos nesse processamento das memórias, vários deles inibem a formação ou a evocação de memórias (IZQUIERDO *apud* ÁVILA, 2013, p. 82). Baseado nisso, Márcia Irigonhê compara a memória a uma colcha de retalhos, que vai se formando por traços de informações armazenadas no Sistema Nervoso Central e recuperados para a (re)construção dos fatos, e salienta que, nem sempre será (re)criado um quadro fiel do que foi vivido no passado (2015, p. 44), sendo assim, podemos afirmar que, os fatos apresentados pelos depoentes nos autos processuais, são apenas partes do que realmente ocorreu, considerando o processo de memória.

Com o transcorrer do tempo, a tendência natural da pessoa é esquecer os detalhes de determinados fatos, permanecendo unicamente com resquícios das lembranças do momento dramático, o qual se apaga os demais fatos, permanecendo detalhes emocionais. “O fenômeno do esquecimento é fisiológico e desempenha um papel adaptativo” (ÁVILA, 2013, p. 84). Por falta de prática e reforço, muita coisa do que é codificado para o armazenamento na memória, acaba por ser esquecido. Assim, “o que restar estabelecido na memória, será constituído somente de fragmentos de memória” (IRIGONHÊ, 2015, p. 53), a qual utilizará na evocação e decodificação da memória armazenada. Dessa forma, aponta-se que “a codificação de um evento é determinante para a sua posterior recuperação” (GRASSI-OLIVEIRA; ROHENKOHL, 2010, p. 72). Sendo assim, com a codificação falha por parte de nossa memória, consecutivamente, a recuperação, para as lembranças também serão falhas, o que é algo natural.

4.1.1. Tipos de memória

A memória pode ser dividida em: memória de curto e de longo prazo. E dentro das divisões, há subdivisões. A memória de curto prazo, como o próprio nome diz, “é aquela que tem prazo de duração pequeno, dura alguns minutos ou horas, e pode ser considerada uma ‘memória de trabalho’, no qual se conserva o material quando surge a necessidade de realizarem elaborações cognitivas de variados tipos, tais como fazer conta” (IRIGONHÊ, 2015, p. 53).

Já a memória de longo prazo (ou memória consolidada) é aquela que podem durar dias, anos, décadas. E na memória de longo prazo que estão às informações de experiências adquiridas durante nossa vida. Subdividindo-se em duas a memória não declarativa (ou implícita) e memória declarativa (ou explícita) – que está aberta a evocação intencional – sendo está última a mais importante, que encontra outra subdivisão em memória semântica e episódica, que será o ápice da Teoria do Traço Difuso (IRIGONHÊ, 2015, p. 54; FLECH, 2012, p. 53), trabalhada no subtópico seguinte.

As informações de curto e longo prazo estão ligadas, transferindo informações uma para outra, se a memória de curto prazo tiver algum valor, então é transferida para a memória de longo prazo, senão a informação fica na memória de curto prazo enquanto for útil, sendo descartada posteriormente (TAIT, 2014).

⁷ A Ciência biológica traz neurônio como sendo a principal célula do sistema nervoso, o qual é responsável pela condução, recepção e transmissão de impulsos nervosos, sendo unidades básicas do sistema que processa as informações e estímulos no corpo humano.

Após apontamento sobre a Memória e os tipos de memórias, será adentrado nas falsas memórias.

4.2. As falsas memórias

O tema falsas memórias tem ganhado destaque em diversas áreas da psicologia, como a psicologia jurídica e clínica e em disciplinas das áreas de humanas e da saúde. No meio forense, os estudos sobre o tema têm se destacado no que tange a prova testemunhal, reconhecimento de pessoas (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 38).

4.2.1. Notas teórico-históricas

O termo “falsas lembranças”, foi utilizado pela primeira vez, em 1881, por Theodule Ribot (psiquiatra e psicólogo), ao estudar caso de um homem chamado Louis, na época com 34 anos, que passou a se recordar de fatos que nunca ocorreram, deixando psicólogos e psiquiatras intrigados, os quais passaram a estudar sobre o tema (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 23).

Houve vários outros estudos sobre as falsas memórias, incluindo Sigmund Freud, “ao revisar sua teoria da repressão. Segundo essa teoria, as memórias de eventos traumáticos da infância seriam esquecidas (isto é, reprimidas), podendo emergir em algum momento da vida adulta, através de sonhos ou sintomas psicopatológicos” (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 38).

Após os primeiros estudos, surgiram três teorias explicativas para o fenômeno das falsas memórias: a *Construtivista*, a *do Monitoramento da Fonte* e a *Teoria dos Traços Difusos*. A *Construtivista* compreende que a memória é um sistema unitário que vai sendo construída e compreendida, com base em experiências prévias (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 27).

A *do Monitoramento da Fonte* enfatiza a distinção entre a fonte verdadeira da memória recuperada (o fato propriamente dito) e outras fontes, que podem ser internas, tais como sentimentos, pensamentos, ou externas, como exemplo, os eventos vivenciados.

Por último, a *Teoria do Traço Difuso*, teoria que melhor explica as falsas memórias. A Teoria do Traço Difuso propõe que a Memória é composta de “sistema de múltiplos traços, e não de um sistema unitário” (DI GESU, 2014, p. 139). A Teoria prega que a memória é constituída de dois sistemas distintos, sendo a *memória de essência (ou semântica)* e a *memória literal (ou episódica)*. De acordo com a Teoria, “as pessoas armazenam separadamente representações literais e de essência de uma mesma experiência” (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 33).

As *memórias de essência (ou semânticas)* registram a compreensão do significado da experiência como um todo, de forma inespecífica, ou seja, relacionadas ao conhecimento da realidade. Já a *memória literal (ou episódica)* registra a captura de detalhes específicos e superficiais, relacionados eventos e fatos o qual participamos ou assistimos, evocando experiência pessoais, sendo suscetível ao esquecimento e a interferência, se comparada à memória de essência (DI GESU, 2014, p. 107; STEIN; PERGHER, 2001, p. 354; NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 33).

Por anos, vários foram os estudiosos sobre o fenômeno das Falsas Memórias, porém, na atualidade, um dos maiores nomes sobre o assunto é Elizabeth Loftus – que foi vítima de falsa memória num fato que envolveu a morte de sua mãe⁸ – introduzindo uma nova técnica para estudos do tema, denominado de *Procedimento de Sugestão de Falsa Informação ou Sugestão*, adequação do paradigma da interferência, onde “uma informação interfere ou atrapalha a codificação e posterior recuperação de outra” (DI GESU, 2014, p. 128; NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 38).

O Estudo apresentado por Elizabeth Loftus consiste na inserção de informações falsas em meio a uma experiência realmente vivenciada ou não, resultando o chamado efeito falsa informação, em que o sujeito acredita que realmente vivenciou tal fato. Onde Loftus verificou e identificou à problemática, a qual é entendida hoje (*apud* DI GESU, 2014, p. 128).

Essa problemática que é entendida hoje está ligada a falsas memórias sugeridas, que será tratada posteriormente.

4.2.2. Criação e classificação das falsas memórias

As Falsas Memórias podem ser definidas como lembranças de eventos que não ocorreram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas de algum evento (ALVES; LOPES, 2007, p. 46). Sendo aceita que é um “fenômeno que se materializa no dia a dia das pessoas, têm sua base no funcionamento saudável da memória e não são a expressão de patologia ou distúrbio” (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 37).

Ressalta-se que as falsas memórias se distinguem da mentira. Nas lições de Aury Lopes Júnior (2012, p. 670), ele ensina que:

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.

Seguindo a mesma vertente, sustentando-se na psicologia, Neufeld; Brust; Stein (2010, p. 22) trazem que:

As falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se

⁸ Aos 14 anos de idade, Elizabeth Loftus perdeu a mãe, afogada numa piscina, trinta anos após o ocorrido, um tio comenta em uma reunião de família que Elizabeth foi a primeira a encontrar a mão boiando na piscina. A partir daí ela passa a se lembrar vividamente a impactante cena que teria presenciado. Passado alguns dias, seu irmão, por meio de um telefonema, pede desculpas pelo tio e informa que ele havia se confundido e que na realidade quem encontrou sua mãe boiando na piscina foi sua tia (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 21).

das verdades, pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas no todo ou em partes por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade.

E ainda complementa que as Falsas Memórias “é um fenômeno de base mnemônica, ou seja, uma lembrança, e não de base social, como a mentira ou a simulação por pressão social” (ibidem. p. 27).

As Falsas Memórias podem “nascer” de modo espontâneo ou de modo implantado por meio de sugestões externas. Assim sendo, pode-se classificar as Falsas Memórias, quanto sua origem, em *Falsas Memórias Espontâneas* e em *Falsas Memórias Sugeridas*.

As *Falsas Memórias espontâneas* são distorções endógenas, ou seja, distorções internas. Ela ocorre devido à memória declarativa-literal – ou memória declarativa-episódica – registrar e decodificar os fatos ocorridos, e com a passar do tempo, a tendência é o esquecimento, e ao evocar, somente lembranças da memória de essência – a experiência do fato vivido de modo geral - irão surgir, devido a interferência nos estímulos entre a codificação e o armazenamento (IRIGONHÊ, 2015, p. 46; MACHADO; LOPES, 2012, p. 757), “onde a codificação de um evento é determinante para a sua posterior recuperação” (GRASSI-OLIVEIRA; ROHENKOHL, 2010, p. 72)

Como exemplo Neufeld; Brust; Stein (2010, p. 22) mencionam:

Lembrar que um amigo contou uma história quando, na verdade, as informações são provenientes de um programa de televisão que você assistiu, ou então lembrar que colocou um objeto em determinada gaveta na segunda-feira, quando na verdade você guardou outro objeto na mesma gaveta no dia anterior.

As *Falsas Memórias sugeridas* têm origem de uma sugestão de falsa (ou modificada) informação apresentada ao ser humano. Essa falsa informação apresentada ao indivíduo, não faz parte de experiência vivida, mas de alguma maneira, tem características compatíveis com o fato, tornando-a – sugestão – provável (IRIGONHÊ, 2015, p. 49; ALVES; LOPES, 2007, p. 46). Essa probabilidade provoca um processo de “aceitação, e subsequente incorporação na memória original, de informação posterior ao evento ocorrido” (STEIN; NEUFELD, 2001, p. 180).

Pode-se ilustrar o estudo pelo Procedimento de Sugestão da Falsa Informação, idealizado pela pesquisadora norte-americana Elizabeth Loftus, citado por Brust et al. (2010, p. 45). Tal estudo consiste em apresentar aos

Participantes assistem a uma sequência de slides sobre um acidente de carro ocorrido devido ao avanço inapropriado de um dos motoristas ante uma placa de “parada obrigatória”. Para observar o efeito da sugestão de falsa informação na memória, durante o intervalo de retenção da informação o experimentador faz algumas perguntas a respeito da história para o participante, introduzindo informações falsas que não estavam presentes na

história original (isto é, sugerindo que a placa seria de “de preferência”). Na fase de teste os participantes são instruídos a responder com base na história apresentada na fase de estudo.

Os resultados da pesquisa mostraram que diversos participantes seguiu a sugestão apresentada por Elizabeth Loftus e seus pesquisadores, na qual, se lembraram de ter visto na fase de estudo a placa de preferência – sugerindo a informação falsa – e não a placa de parada obrigatória – a informação verdadeira, apresentada nos slides (*ibidem*).

Assim, com base nos estudos de Sugestão da Falsa Informação – pode-se entender essa sugestionabilidade – como a tendência do indivíduo em absorver informações adulteradas, provenientes de fontes externas, às suas recordações pessoais (WELTER; FEIX, 2010. p. 167).

5. Falsas memórias e a prova testemunhal

Seguindo os precedentes teóricos apresentados, há necessidade de “interdisciplinarizar” e destacar alguns aspectos das falsas memórias no processo penal.

Previamente, vale reforçar, mais uma vez, que as falsas memórias não são mentiras contadas, mas sim, “a verdade” de como a pessoa se lembra dos fatos, posto isso, as testemunhas não sabem distinguir o verdadeiro do falso ou ainda, como visto – nas falsas memórias sugeridas –, é induzida a distorção dos fatos, por meio de sugestões. Deste modo, o fenômeno das falsas memórias, trata-se de falhas ou erros no processo de memorização, não se enquadrando no tipo penal disposto pelo artigo 342, do Código Penal, do falso testemunho (FLECH, 2012, p. 70).

O processo penal, sendo “reconstrutor” do passado, é dependente da memória do indivíduo que narra o fato, com base em suas lembranças, com intuito de produção de prova (neste caso, da prova testemunhal) a cerca de determinado fato, que a legislação define como delito, por sua vez, se sujeita a influência de fatores capazes de criar falsas memórias (SEGER; LOPES JÚNIOR, 2012, p.1). Há possibilidade de que vítimas e testemunhas, sendo adultos ou crianças, recordem-se de eventos, que não foram vividos fidedignamente, criando ou alterando detalhes, oriundos sugestionabilidade, tanto externa ou interna (FLECH, 2012, p. 72).

O depoimento de crianças é perfeitamente admitido como prova, assim expõe Tourinho Filho (2014, p. 687), que “o depoimento de uma criança não pode ter total desvalia, dependendo o seu valor probatório, sempre e sempre, da coerência que ele tiver com o tema objeto da prova”. No entanto, os com idade inferior a 14 anos, não são compromissados em dizer a verdade, ou seja, são meros informantes, conforme artigo 208 do CPP.

E o autor Tourinho Filho (*ibidem*) ainda complementa:

Já se disse que cada idade tem seus prazeres, seus costumes, seus hábitos. Não pode exigir de uma criança a maturidade de um adulto. Pode inventar, pode criar, pode querer transformar-se no centro das atenções, pode fantasiar. Se mentir, não o faz por perversidade,

por maldade. Aí, das duas uma: ou foi instruída por alguém ou, então, seu depoimento se não coincidir com as demais provas colhidas, pode ser fruto da sua imaginação ou do seu total desinteresse por fatos que não integram seu pequeno-grande mundo.

Seguindo a mesma trilha, Cristina Di Gesu (2014, p. 151) explana:

O depoimento infantil merece ser valorado com bastante cautela [...] há que se destacar ser a criança extremamente sugestionável. Ademais, ela é instintivamente levada a adaptar seu testemunho àquilo que julga esperar dela [...] há uma tendência de corresponder às expectativas do entrevistador.

41

Guilherme de Souza Nucci (2005) cita os erros judiciais com base em testemunhos infantil.

Relatos nos mostram que muitos erros judiciários originam-se da credibilidade exagerada que magistrados concedem a essas informações. Justifica-se essa situação pela fragilidade tanto da criança quanto do adolescente para elaborar uma narrativa fiel dos fatos porventura assistidos, sem lançar qualquer fantasia ou mentira, frutos da inexperiência e da instabilidade psicológica e emocional dos seres em desenvolvimento [...] Quando colocada para reconhecer algum suspeito, pode trazer à sua memória a imagem de pessoas conhecidas e não exatamente do agente do crime, prejudicando o reconhecimento ou terminando por reconhecer quem efetivamente não cometeu a infração penal. Tendo em vista que a memória da criança é frágil, muitas são as situações em que, forçada a se lembrar de algo importante, termina completando a sua falta de informação com dados extraídos da fantasia e da imaginação.

Não se busca aqui, desvalorizar o testemunho infantil, nem a prova testemunhal em si, mas sim, advertir sobre a existência do fato, para que não seja ele, somente por si próprio, sem fundamentação adequada, ferir direitos fundamentais, tal como a liberdade.

Perante esse cenário,

O direito, em especial o processo penal, não pode ignorar como a memória é vista pelos outros campos do saber, pois depende, na grande maioria dos casos, das lembranças das testemunhas. Gorphe, já afirmava que “desde que existem os homens e desde que têm a pretensão de fazer justiça, se tem valido do testemunho como mais fácil e mais comum dos meios de prova”. Por isso, faz-se

necessário conhecer um pouco mais sobre a memória, o que está impregnado e de que forma influencia a vida das pessoas (DI GESU, 2014, p. 122).

Não ignorando a fragilidade do depoimento infantil, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu:

[...] I - É da jurisprudência predominante que, pela sua natural sugestionabilidade, *o depoimento infantil é quase sempre precário. Por conseguinte, para ele ser aceito como verdade absoluta, é indispensável que seja firme e coerente*, além de corroborado por outras provas, guardando certa compatibilidade com a realidade dos autos. Afinal, nunca é demais invocar o princípio fundamental do Direito Processual Penal segundo o qual, sem prova concreta da falta, não se pode aplicar sanção penal ao acusado. Surgindo dúvida, mínima que seja, o melhor caminho é a absolvição, sempre atento ao clássico princípio *in dubio pro reo*.⁹ (Grifo nosso, em itálico).

42

Diante disto, é preciso se inteirar sobre o fenômeno das falsas memórias, bem como o que influência a criação de falsas memórias, para que seja melhor trabalhado no meio jurídico.

5.1. Fatores que influenciam a “contaminação” do testemunho

A prova testemunhal por depender da memória humana é passível de falha, e por consequência, sofre uma “contaminação”, dado que, ao vivenciar uma situação, a memória é influenciada a focar apenas alguns aspectos do evento, assim, não se consegue armazenar todas as informações, e ao tentar recordar as informações sobre o que foi registrado, acaba por acrescentar novas informações, estas que podem ter sido acrescentadas de forma distorcida (de maneira inconsciente e não pela mentira) (SOUZA, 2012, p.1).

Inúmeros fatores podem influenciar o testemunho o que resulta numa prova testemunhal contaminada, sendo alguns: a mídia, o transcurso do tempo, maneira de inquirição do depoente, a subjetividade perceptiva da testemunha, as falsas memórias.

5.1.1. A mídia na “contaminação” da prova testemunhal

A mídia, por meio da divulgação de notícias dos delitos, principalmente jornais televisivos, quando trabalha de forma exaustiva determinado delito, e também em razão

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0567.01.008759-9/001, da 4ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Eduardo Brum, Belo Horizonte, julgamento em 11/05/2011, publicação em 25/05/2011.

do sensacionalismo, afeta a carga emocional da sociedade em geral, bem como das pessoas envolvidas no processo. A perspectiva dos bastidores apresentado pela mídia, acaba por interferir no que a testemunha realmente presenciou no momento do delito, do que foi lido ou ouvido posteriormente. Assim, “as notícias ou comentários sobre os fatos delituosos aumentam, também será maior o risco de sugestionamentos e contaminações da prova¹⁰” (DI GESU, 2014, p. 186).

Um fator importante, que colabora com a “contaminação” por parte da mídia, é a violação do princípio da presunção de inocência, enfatizando nomes de suspeitos, como autor do delito.

Assim como ocorreu em crimes “massacrados”, em cima da população, pela mídia, como Di Gesu (2014, p. 185) bem exemplifica, o caso garota Isabela Nardoni (jogada do 6º andar do prédio em que morava seu pai e a madrasta), o qual o pai e a madrasta acusados e condenados como autores do crime; o caso do ex-goleiro do Flamengo Bruno Fernandes, acusado e condenado pela morte da ex-companheira Eliza Samudio; e atualmente, o caso de uma adolescente de 16 anos, vítima de estupro coletivo¹¹, na cidade do rio de Janeiro, que tem 30 homens com suspeitos.

Resultando, desse modo, a indispensabilidade da coleta da prova num razoável prazo de tempo, para tentar impedir que, com o passar do tempo, haja aumento do grau de contaminação da testemunha pela mídia. Resolvendo em partes os abusos praticados pela mídia.

5.1.2. O transcurso do tempo

O transcurso do tempo é outro fator que influencia a contaminação da prova testemunhal. “O tempo para o direito e para a sociedade são distintos, o tempo do direito não acompanha o tempo social, que está frequente mutação [...] o tempo do direito é objetivo; é o ponteiro do relógio” (DI GESU, 2014, p. 167).

O direito deve se atentar as transformações sociais, não agindo de forma isolada nem alheia. Desse modo, deve criar mecanismos processuais como forma de resposta rápida e condizente, para isso, citamos a prisão cautelar, a produção de prova antecipada, a absolvição sumária, enaltecida pela Lei 11.719/2008, bem como o direito de ser julgado num prazo razoável de tempo, conforme estabelece o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Cristina Di Gesu (2014, p. 168) salienta que a razoável duração do processo faz menção tanto demora excessiva da tramitação processual quanto a rapidez demasiada do julgamento. E ainda completa, que o processo não pode demorar demais para evitar caracterização de negação de justiça, mas também não pode ser julgado de forma

¹⁰ Algo preocupante, não é somente a contaminação da prova, mas dos “juízes”. Bem como cita DI GESU: “Pelo conteúdo das matérias veiculadas na televisão, os réus dos delitos contra a vida, sem sombra de dúvidas, culpados ou inocentes, já foram condenados pelo Júri Popular, mesmo antes do termino das investigações” (2014, p. 185).

¹¹ O caso ainda está sendo investigado pela Polícia Judiciária (comumente conhecida como Polícia Civil), conforme divulgado portal de notícias G1, do mesmo grupo de Rede Globo de Televisão. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/policia-identifica-um-dos-suspeitos-de-participar-de-estupro-coletivo-no-rio.html>>. Acesso em. 30 maio 2016.

imediate, respeitando os princípios e garantias fundamentais e processuais. Podemos exemplificar, de forma analógica, o “*difícil equilíbrio do ciclista*, que não pode correr demais para evitar cair, mas também não pode ir lentamente, também para evitar que caia” (SOUZA, 2012, p.1)

Conclui-se assim que o transcurso do tempo muito longo, influência a testemunha, levando-as ao esquecimento de detalhes do crime, a externalização de opiniões de terceiros (que poderá a confundir sobre a realidade dos fatos). Ou seja, ao observa o transcurso do tempo, um menor intervalo da colheita de declarações, dará mais credibilidade e confiabilidade a testemunha, o que minimizaria as falsas lembranças e/ou falsas memórias.

5.1.3. A inquirição da testemunha

A maneira como a testemunha ou vítima é inquirida durante o processo penal também pode interferir no “resgate do ocorrido na memória” e influenciar e induzir, de forma negativa, o que as testemunhas realmente sabem e presenciaram sobre os fatos, podendo ainda ser mais prejudicial, ao se tratar do testemunho de uma criança, em razão de como ela é entrevistada, abrindo ainda mais o leque de sugestionabilidade, aumentando assim a criação de falsas memórias (DI GESU, 2014, p. 176).

Um investigador ou mesmo o juiz, ao tomar conhecimento dos fatos, levantarão hipóteses dos fatos acontecidos, adotando assim, um viés confirmatório em suas entrevistas, fazendo assim, sugestões a testemunhas, introduzindo lembranças sobre fatos que não ocorreram, desta forma, tentando confirmar suas hipóteses do acontecimento dos fatos. Apesar de o contraditório ser um mecanismo de defesa das regras processuais, o problema está na fase pré-processual, na qual podem as vítimas e “testemunhas” prestarem esclarecimentos à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, ocorrendo tais esclarecimentos de forma unilateral, não obtendo qualquer controle de defesa¹².

Confirmando, a tese de investigadores e juízes pode influenciar o testemunho

Pesquisadores mostraram que o trabalho de policiais e juízes pode influenciar o depoimento das vítimas de crimes a ponto de elas fabricarem memórias falsas, acreditarem nas mesmas e incriminarem inocentes. ‘As provas técnicas são muito importantes, e muitas vezes são ignoradas em favor da memória’, diz a psicóloga Lilian Stein [...] ‘Assim como o caso de Israel, existem trocentos outros casos no Brasil em que pessoas pegam penas gravíssimas por crimes que podem não ter cometido.’ [...] além de privilegiar as provas baseadas nas memórias da vítima e das testemunhas, o sistema de justiça brasileiro usa, durante

¹² Mesmo a Lei nº 13.245/2016 ter alterado e incluído no artigo 7º, inciso XXI do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) que: “Art. 7º. São direitos do Advogado: [...] XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente [...]” bem como seus parágrafos.

depoimentos e reconhecimentos de criminosos, métodos obsoletos que podem levar à criação de falsas recordações [...] frisa a pesquisadora (ROSA, 2015).

Assim, Gustavo Noronha de Ávila (2013, p. 63-64) classifica as formas viciosas de inquirição da testemunha, o que traz sugestionabilidade:

a) Disjuntiva completa: 'o acusado foi preso com o relógio da vítima ou não?' Há uma força sugestiva em sentido afirmativo.

b) Expectativa: 'o relógio da vítima que o acusado tinha em seu poder era da marca tal?' Há uma grande pressão sugestiva, pois normalmente, a resposta atende à expectativa da pergunta.

c) Disjuntiva incompleta: 'o relógio da vítima que estava com o acusado era de pulso ou de bolso'. Enorme força sugestiva, pois são colocadas só duas hipóteses, excluindo-se qualquer outra, até a inexistência do relógio.

d) Presuntiva: 'o acusado trazia o relógio da vítima em seu bolso?' Total força sugestiva, pois a pergunta impõe como certo o fato do acusado ter sido encontrado com o relógio da vítima.

A forma correta de perguntar, sem vício [...] é determinativa (foi encontrada alguma coisa com o acusado?), pois encerra a menor sugestibilidade.

Como visto as perguntas realizadas de modo aberto, seria a mais adequada para as inquirições. Tanto por parte dos investigadores e juízes, quanto por parte dos advogados e defensores. Ressalva-se que artigo 212 do CPP, legisla que o juiz não poderá admitir perguntas que as respostas forem induzidas.

5.1.4. A Subjetividade da testemunha

A subjetividade perceptiva da testemunha é outro fator que pode contaminar a prova testemunhal. Apesar de a objetividade, ser um das características da prova testemunhal – conforme já trabalhada e citada no artigo 213 do CPP – Cordero citado por Aury Lopes Júnior (2012. p. 662) aponta que a objetividade do testemunho

É algo ilusório para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos a cada indivíduo, e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico (memória).

A pessoa emocionalmente afetada reduz a capacidade perceptiva. Sendo assim, as experiências perceptivas e o processo mnemônico, não diz nada ou diz pouco sobre a colaboração da testemunha no processo, em dizer ou não a verdade.

O delito, naturalmente, gera emoção – susto, raiva, medo, insegurança – para aquele que é vítima ou testemunha, a “tendência humana é guardar a emoção dos acontecimentos” (DI GESU, 2014, p. 111). Nessa acepção, a prova testemunhal nada tem objetivo, dado que a mente humana – e, por consequência, a memória – não consegue se desprender da razão, da emoção e das experiências que foram vividas (SEGER; LOPES JÚNIOR, 2012, p.1).

Mesmo sem conhecimento técnico no assunto, (infelizmente) caberá somente e unicamente ao magistrado filtrar as possíveis contaminações do testemunho, ao realizar a colheita do mesmo, dando ou não credibilidade a prova oral colhida, vez que, na falta de outro meio de prova, somente a prova testemunhal será utilizada como fundamento para suas convicções e consecutivamente para sua decisão condenatória ou absolutória.

Seguindo a vertente, Tribunais no país vêm decidindo sobre a questão. Segue julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que ilustra a questão:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DEFINIDO NO ARTIGO 33, CAPUT, E §4º, DA LEI 11.343/06. PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO. PROVA INSUFICIENTE PARA QUE HAJA JUÍZO DE CERTEZA ACERCA DA AUTORIA. *PSICOLOGIA DAS TESTEMUNHAS OCULARES E FALSAS MEMÓRIAS. ABSOLVIÇÃO DOS ACUSADOS. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO.* Réus condenados pela prática do crime definido no artigo 33, caput, e §4º, da Lei 11.343/06. Recurso do Ministério Público e da Defesa. Prova insuficiente para convencer acerca da autoria do crime. [...] Incerteza que paira sobre a semelhança entre as pessoas que os policiais viram de binóculos e os apelantes. *Estudo da psicologia das testemunhas que revela a existência de fatores de interferência na memória das testemunhas oculares e no modo como se dá a percepção e a assimilação daquilo que foi apreendido pelo sentido da visão.* Duração da exposição, condições de visibilidade, distância, luminosidade, dentre outros fatores que, embora não cientificamente comprovados, podem influir no processo de codificação e retenção da informação como no caso deste processo em que os acusados foram observados à distância, por binóculos. *Probabilidade da ocorrência de falsas memórias, que se diferenciam da mentira porque naquelas o "o agente crê honestamente no que está relatando", ao passo que na mentira há uma "um ato consciente, onde a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação".* [...] Existência de dúvida razoável que milita em favor da Defesa. *In dubio pro reo* que funciona como critério de resolução da incerteza, impondo-se como expressão do princípio da presunção de inocência a absolvição dos apelantes.

RECURSO DEFENSIVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO.¹³ (Grifo nosso).

Em julgado semelhante, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA VÍTIMA ISOLADO NOS AUTOS - INDÍCIOS DE FALSA MEMÓRIA - PROVA INSEGURA - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. - É necessária prova escoreita e segura da existência e da autoria do fato delituoso para que a presunção de inocência que milita em favor do acusado seja elidida. *Isso porque uma condenação baseada apenas em conjecturas e ilações feriria de morte o princípio da não-culpabilidade, ínsito à dignidade da pessoa, matriz de nossa Constituição.* - *Em se tratando de crimes contra o patrimônio, as palavras da vítima têm especial relevância. Entretanto, quando há fortes indícios de que elementos externos inflaram a imaginação dos ofendidos, é impossível prolatar sentença condenatória fundada exclusivamente nas suas declarações, diante da manifesta insegurança probatória*¹⁴ (Grifo nosso).

47

Como se vê, a psicologia cognitiva, por meio da psicologia jurídica e da psicologia do testemunho, deverá sempre estar ao lado do Direito, para ajudar a reduzir alguns conflitos, que poderão resultar em injustiças.

5.2. A fragilidade da prova testemunhal sustentada pelo artigo 167 do CPP, suprimindo a falta do exame de corpo de delito

O exame de corpo de delito é algo indispensável, nos crimes que deixam vestígios materiais, podendo ser realizado de maneira direta ou indireta, jamais a confissão do acusado poderá suprir o exame, conforme assim legisla o artigo 158 do Código de Processo Penal: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Excetuando tal dispositivo, tem-se o artigo 167 do mesmo código que preceitua “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Pode-se entender como corpo de delito o “o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal. Seus elementos sensíveis, a própria materialidade, em suma, aquilo que pode ser examinado através dos sentidos” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 607).

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal 0008748-37.2008.8.19.0066, da 5ª Câmara Criminal, Relator: Desembargador Geraldo Prado, Rio de Janeiro, julgado em 19 nov 2009, publicado em 18 ago. 2010.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0024.04.349004-4/001, 7ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Cássio Salomé, Belo Horizonte, julgado em 16 maio 2013, publicado em 24 maio 2013.

O Exame de corpo de delito direto, lecionado por Renato Brasileiro (2015, p. 644) é aquele realizado por perito oficial e/ou por dois peritos não oficiais, sobre o próprio corpo de delito. Como exemplo, tem-se o crime de homicídio, em que o cadáver tenha sido localizado, ao examinar o cadáver, é realizado o corpo de delito direto.

Já no exame de corpo de delito indireto, há duas correntes conceituais. A primeira corrente traz que, o juiz poderá considerar suprida a falta do corpo de delito, com base nos depoimentos conferidos em audiência pela prova testemunhal, isto é, pelos depoimentos prestados na audiência quando os vestígios desaparecerem.

Para a segunda corrente, exame de corpo de delito indireto seria a elaboração de laudo de forma indireta, a partir de informações prestadas pelas testemunhas, assim sendo, deveria um perito elaborar um laudo, fazendo ligação entre o depoimento prestado à possibilidade de o ocorrido ser daquela maneira relatada (CAPEZ, 2012, p. 410).

Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 408) leciona, em sua obra, que a prova testemunhal só poderá suprir o exame de corpo de delito, conforme previsão do artigo 167 do CPP, hipoteticamente quando

O cadáver é perdido por qualquer causa, ou é destruído pelo agente, quando as lesões leves, uma vez curadas, desaparecerem, quando a vítima trocar a porta arrombada, desfazendo-se de vez anterior, enfim, inexistente possibilidade dos peritos terem acesso, ainda que indireto ao objeto a ser analisado, pode *suprir* o exame de corpo de delito por testemunhas. *Pessoas podem narrar ao juiz que viram, v.g., o momento em que o agente desferiu tiros na vítima e esta caiu de um despenhadeiro, desaparecendo nas águas do oceano. Baseado nisso, forma-se a materialidade do homicídio, permitindo, então, a punição do réu.* (Grifo – negrito – nosso)

Em similaridade, Tourinho Filho (2014, p. 158) traz a suposição:

Se duas ou três pessoas viram, no rio Amazonas, alguém decepar a cabeça de outrem, não há dúvida que ocorreu um homicídio. Mas, como proceder ao exame, se as águas levaram o corpo de delito? Nesse caso, relatando as testemunhas o que viram, estará feito o exame indireto. *É preciso, contudo, que elas tenham visto os vestígios.*

Nas hipóteses em tela, citadas acima, poderia haver exame de corpo de delito indireto, no qual a testemunhal atestaria a materialidade do homicídio ao juiz, mas para que isso ocorra, há necessidade que elas presenciem os vestígios, ou seja, o corpo do delito.

Na hipótese, do crime de falsificação de documento, em tese, não poderia ser realizado o exame de corpo de delito indireto, pois “não há viabilidade em se considerar formada a materialidade pela simples inquirição de testemunha [...] Como poderia uma

testemunha afirmar ter visto o documento e ser ele falso? Ela é leiga e não examinou satisfatoriamente o que viu” (NUCCI, 2014, p. 408-409).

Acertadamente, decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

1. A falsificação material de documento é crime que deixa vestígios, de modo que, como regra, é indispensável a realização de exame de corpo de delito (Código de Processo Penal, artigo 158). 2. O artigo 167 do Código de Processo Penal dispensa a realização do exame de corpo de delito na hipótese de terem desaparecido os vestígios. [...] 4. Nada impedia, portanto, que a autoridade policial brasileira, condutora da investigação, solicitasse o envio dos documentos, a fim de serem periciados, não se justificando a omissão. Situação que não se amolda ao artigo 167 do Código de Processo Penal e, portanto, não autoriza a quebra da regra insculpida no artigo 158 do mesmo diploma legal¹⁵. (Grifo nosso).

No caso de documento falso, principalmente documentos emitidos por órgão públicos, como este do julgado acima citado, acredita que não há outro meio de prova para prova o delito, a não ser o exame pericial, pois alguns documentos – Identidade, Passaporte, Carteira Nacional de Habilitação, Título de Eleitor – são impressos em papel especial, assim, fotocópia do suposto documento falso, poderia gerar dúvida a materialidade delitiva.

O legislador, por meio do Código de Processo Penal, foi impositivo, ao dizer que a infração que deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito direto ou indireto, sob pena de nulidade do processo, diante disso, se está perante a hipótese de sistema de prova tarifada.

A legislação é clara:

Art. 564 - A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

b) *o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167 (Grifo nosso).*

Com prudência Tourinho Filho, afirma que:

Quis e quer dizer o legislador que a ausência do exame direto de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios carreta nulidade, *a menos que se proceda ao exame indireto...* A expressão “ressalvado o disposto no art. 167” refere-se, precisamente, ao exame indireto,

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em Sentido Estrito 9268 SP 0009268-25.2006.4.03.6119. Segunda Turma. Relator Desembargador Federal Nelton dos santos, julgado em 26.mar. 2013.

que segundo vimos, é realizado, na grande maioria das vezes, mercê de testemunha. Tanto é verdade que o art. 167 dispõe que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. (Grifo do autor)

Na mesma senda, Nucci discorre que “se o Código de Processo Penal considerasse *exame de corpo de delito* também os depoimentos testemunhais não teriam colocado no art. 167 que, não sendo possível realizá-lo, *a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*” (2014, p. 391, grifo do autor).

50

Desse modo, só haverá suprimento quando desaparecerem os vestígios. E não pela tentativa de realizar o exame em prazo inadequado, que gere o desaparecimento dos vestígios, ou por desídia, seja da vítima – ou representantes, em caso de menores –, do Estado ou de seus agentes (PEREIRA FILHO, 2012).

Em sentido semelhante, admitiu e decidiu o STJ:

[...] O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. *Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art.159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência*¹⁶. (Grifo nosso).

Assim, o juiz suspeitando de que a prova testemunhal, ela suprimindo ou não a prova pericial, se permeia em falsas memórias, bem como em depoimentos discrepantes, não tendo meios de provas alternativos, possivelmente, gerará dúvida quanto ao embasamento de sua fundamentação, deste modo, não poderá conferir validade a tal prova, então deverá aplicar o princípio do *in dubio pro reo* (na dúvida beneficia-se o réu).

Muitas vezes, tem se visto decisões sobre os delitos que deixam vestígios materiais, com base no artigo 167 do CPP, a testemunhal suprimindo o exame de corpo delito. Frisa-se, sendo a legislação clara, que somente poderá suprir o exame, quando os vestígios houverem desaparecido, considerando que, muitos vestígios só desaparecem, por desídia por parte de alguém, da vítima por não procurar o Estado em tempo hábil para realização de tal exame, ou do Estado por não fornecer condições adequadas para realização de tal exame, no entanto, assim, deveria ser negada a aplicabilidade do artigo 167 do CPP.

5.3. Técnicas de inquirição e a minimização das falsas memórias

Observando, no decorrer deste, que a prova testemunhal tem um alto índice de fragilidade e de falibilidade, e que o testemunho pode ser “falsificado” por sugestões entre

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 901856 / RS - 2006/0249582-8. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, julgado em 26 jun 2007, publicado DJ 20 ago 2007.

outros. E nos crimes em que não se deixa evidências materiais, a palavra da testemunha – e da vítima – muitas vezes, é o único meio de prova que se tem. Assim, como visto, o modo de inquirição das testemunhas pode influenciar negativamente no momento da colheita do depoimento. Deve-se buscar uma produção de prova oral mais firme e confiável a ponto de convencimento do julgador.

Segundo Feix e Pergher (2010, p. 209), “o momento de tomada do depoimento de uma testemunha ou vítima pode ser entendido como um verdadeiro teste de memória para o evento em questão”, assim, o emprego de técnicas inadequadas na inquirição da testemunha limita a qualidade de informações coletadas, prejudicando o depoimento no que tange sobre a verdade real dos fatos. As aludidas técnicas, geralmente usadas pelos atores jurídicos – polícia, advogados, juízes, psicólogos – adotam a chamadas ‘entrevista *standár*’, que é dividida em etapas que, de certa forma se complementam: a narrativa e a interrogativa. (DI GESU, 2014, p. 200).

Cabe destacar características de cada uma das duas etapas, das entrevistas comumente utilizadas.

A primeira etapa – narrativa – é a que menor risco de danos é produzido, bem como não há riqueza de detalhes. O entrevistado relata os fatos de acordo que recorda. Sendo realizados questionamentos de maneira aberta, tendo exemplo, “o que aconteceu?”, “do que você se lembra?”. A falta de riqueza de detalhes se dá, pela subjetividade do depoente, pois, irá mencionar somente o que ele julgar importante, o que, de certa maneira, pode não interessar o processo (DI GESU, 2014, p. 200).

A segunda etapa – o interrogatório – tende a suprir a pobreza de detalhes por meio de perguntas e respostas objetivas específicas, aqui há probabilidade de o entrevistado ser exposto a certos riscos, dependendo da formulação da pergunta, bem como a maneira que ela é estruturada. Essa etapa se subdivide em duas: sendo questionamentos abertos – igual o da primeira etapa –, e os questionamentos fechados (DI GESU, 2014, p. 200).

A autora – Di Gesu – ainda complementa que os questionamentos fechados têm a característica de a resposta ser em poucas palavras. Subdividindo-se em:

Identificadores (requerem a descrição de pessoa, lugares, momentos, etc.), de seleção (perguntas de alternativas múltiplas, tal como: o ladrão usava revólver ou faca) e, por fim perguntas sim-não (respondidas satisfatoriamente com qualquer um deles) [...] Entretanto, é nos questionamentos intitulados de “seleção” que o risco de contaminação é maior (pode ocorrer que o ladrão sequer estivesse armado; contudo, o depoente, ao ser questionado se ele usava faca ou revólver, é induzido a acreditar que o imputado efetivamente portava uma arma).

Foram, dez falhas mais comuns, indicadas no método de entrevista utilizada no meio forense, sendo elas: 1ª a falta de explicação do propósito da entrevista; 2ª a falta de explicação das regras básicas da sistemática da entrevista; 3ª não estabelecimento do *rapport* (empatia com o entrevistador); 4ª Não solicitar o relato livre (para formação psicológica do cenário vivido); 5ª Se basear em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas; 6ª Realização de perguntas sugestivas/confirmatórias; 7ª Não acompanhar o que

a testemunha recém disse; 8ª Não permitir pausas; 9ª Interromper a testemunha quando ela está falando (fazendo a perder o raciocínio) e a 10ª Não fazer o fechamento da entrevista (FEIX; PERGHER, 2010, p. 211).

Visando a redução de sugestibilidade, se criou a entrevista cognitiva, para a colheita do depoimento da vítima e das testemunhas.

5.3.1. A entrevista Cognitiva na redução das falsas memórias

A entrevista cognitiva é uma técnica proposta para minimizar o fenômeno das falsas memórias na colheita do testemunho, sendo utilizada frequentemente na Psicologia, na Terapia Cognitiva-Comportamental.

A entrevista cognitiva surgiu em meados do ano de 1980, sendo criada pelos psicólogos Ronald P. Fisher e Edward Geiselman, quando estes tentavam aprimorar técnicas, das quais policiais norte-americanos colhiam depoimentos de vítimas, testemunhas e suspeitos de delitos. (PERGHER; STEIN, 2005). Tendo como principal objetivo a obtenção de “melhores depoimentos, ou seja, ricos em detalhes e com maior quantidade e precisão de informações” (FEIX e PERGHER, 2010, p. 210). Deste modo, “a entrevista cognitiva surgiu como uma resposta à necessidade de melhorar a recordação das testemunhas” (ÁVILA, 2013, p. 137).

A entrevista cognitiva tem sustentação em conhecimentos científicos de duas áreas da Psicologia, as quais sejam: a Psicologia Social e a Psicologia Cognitiva. No que diz respeito à psicologia social, “integram os conhecimentos das relações humanas, particularmente o modo de se comunicar efetivamente com uma testemunha” já no que tange a Psicologia Cognitiva, “somam-se os saberes que os psicólogos adquiriram sobre a maneira como nos lembramos das coisas, ou seja, como a nossa memória funciona” (FEIX; PERGHER, 2010, p. 210).

O processo de entrevista cognitiva consiste em cinco etapas, sendo a construção do *rapport*, a recriação do conteúdo original, a narrativa livre, o questionamento e o fechamento. Cada uma das etapas tem seus fundamentos e objetivos específicos (SEGER; LOPES, 2012, p.1). Em linhas gerais, será apresentada cada uma das etapas.

A construção do *rapport*, é a primeira etapa, consistindo na busca, por parte do entrevistador, em desenvolver um ambiente psicologicamente confortável, para que a testemunha consiga relatar minuciosamente os fatos, que giraram em torno do delito. Para que isso aconteça, o entrevistador deverá oferecer postura tranquilizadora e segura ao entrevistado e ganhar sua confiança. Após explicará o objetivo da entrevista e transferir o controle para o entrevistado (ÁVILA, 2013, p. 140).

A segunda etapa será a de recriação de contexto original, tem o objetivo de “fornecer pistas à memória da testemunha, auxiliando-a a recordar o maior número de informações sobre o evento” (FEIX; PERGHER, 2010, p. 217). O entrevistador deverá ressaltar da dificuldade em recordar um evento em detalhes não será uma tarefa fácil, o qual estará lá para ajudá-lo. Dando orientações explícitas para que ele recrie o ambiente, utilizando todos os sentidos possíveis (Visão, audição, tato etc), o que ajuda na recordação do maior número de informações sobre o fato. “Trata-se de fazer com que a testemunha forme uma imagem mental do acontecido” (FLECH, 2012, p. 104; FEIX; PERGHER, 2010, p. 217).

A narrativa livre é a terceira etapa, sendo a testemunha livre para narrar tudo “o que recorda, incluindo as informações parciais ou aparentemente irrelevantes” (DI GESU, 2014, p. 202), de preferência sem interrupções. Ao surgir dúvidas por parte do entrevistador, os questionamentos deverão ser feitos posteriormente, na fase seguinte. (FEIX; PERGHER, 2010, p. 217).

A quarta e penúltima fase, compõe-se dos questionamentos por parte do entrevistador, baseando-se nas informações dadas no relato livre. Essa fase é importante às perguntas serem realizadas de forma aberta para evitar sugestibilidade. Como forma de enaltecer o entrevistado e engajar a tarefa, aconselha-se que ele seja agradecido pelo esforço da recordação. E diz que a testemunha pode dizer “não sei”, “não entendi” ou até mesmo corrigir e entrevistador, caso ele fale algo que foi contra o que foi relatado.

A última fase da entrevista cognitiva, denominada de fechamento, inclui um resumo dos dados obtidos, como obviamente o fim da entrevista.

Como toda técnica, a entrevista cognitiva apresenta suas desvantagens, como exemplo aponta-se o custo temporal e a complexidade, devido à aplicação da técnica necessitar de um tempo maior, do que a técnica comumente aplicada, e por ser necessário que, os entrevistadores sejam adequadamente treinados para obtenção do resultado esperado. (DI GESU, 2014, p. 202-203).

Por fim, a entrevista cognitiva – segundo explicação de Feix e Pergher – reduz as chances da falsa memória, vez que diminuiriam as chances de sugestibilidade por parte do entrevistador, pois eles serão treinados para inspecionar suas condutas no decorrer da inquirição das testemunhas e vítimas, evitando assim, o uso de perguntas fechadas e intervenções no relato da testemunha (2010, p. 223).

Contudo, percebe-se que sua implantação no sistema processual penal, ainda será adiada por um tempo, devido à complexidade para que os juízes – e/ou outrem – se tornem aptos para conduzir a entrevista cognitiva.

6. Considerações finais

O presente texto objetivou analisar o fenômeno das falsas memórias aplicado ao processo penal, por meio das testemunhas e vítimas de delitos, demonstrando a fragilidade da prova testemunhal, também nos casos que ela supre o exame de corpo de delito, conforme previsão legal.

Sendo assim, inicialmente procurou-se traçar em linhas gerais, o histórico acerca do processo penal e da prova de modo geral, citando sobre o sistema de valoração de prova, verificando que o sistema brasileiro, permite que o juiz tenha seu livre convencimento motivado, fundamentando suas decisões conforme suas convicções pessoais, aplicando valores e pesos diferentes nos vários meios de provas, excetuando, o sistema de prova tarifada, em que a legislação impõe que nos crimes que deixam resquícios materiais, sempre deverá ser realizado o exame de corpo delito, com pena de nulidade processual, com exceção quando houver desaparecimento dos resquícios. Podendo ser aplicado a prova testemunhal, para suprir tal exame.

Em seguida, estudou-se a prova testemunhal, conceituando-a e mostrando que todo indivíduo é capaz de testemunhar, seguindo as regras legais, e que este é o meio de prova mais utilizado, na grande maioria dos processos penais, e como único modo de

prova, por falta de prova pericial, devido à natureza ou condições de como alguns delitos são praticados.

Adentrando na questão da memória humana, conceituou-se o que é memória, sua aquisição, formação e conservação de informações, que se utilizou no presente, valendo-se de experiências. Chegando a ser comparada com “colcha de retalhos”, que se forma com fragmentos de informações armazenadas. E que o esquecimento de fatos, é algo natural da memória, consistindo de falhas na recuperação da memória. Mostrou-se os tipos de memória, a de longo prazo, que é a em que se guarda as experiências adquiridas do dia-a-dia, mostrou-se também a memória de curto prazo, considerada uma memória de trabalho, armazenando-se breves informações, por minutos, sendo esquecidas posteriormente ou transformando-a em memória de longo prazo.

Seguindo, abordou-se o tema falsas memórias, relatando sobre as teorias explicativas sobre o fenômeno, chegando à Teoria do “Traço Difuso”, a que melhor explica as falsas memórias. A qual afirma que a memória funciona de forma paralela armazenando informações na memória de essência e na semântica ao mesmo tempo. Por último, na parte de conceituação, foi trabalhada a criação das falsas memórias, a qual se dá, de duas formas: memórias espontâneas, que o próprio indivíduo produz, e as memórias sugeridas, que são implantadas por outrem no indivíduo, de forma sugestiva (podendo ser induzida de maneira espontânea, ou seja, sem querer, por parte do outrem).

Após findar o esboço histórico sobre o tema, foi explanado de maneira sintética a interdisciplinarização das falsas memórias no processo penal. O processo penal sendo um reconstrutor do passado, tendo por base as lembranças, com intenção de produzir provas (aqui, a prova testemunhal) sobre o delito. E que há fatores externos aos indivíduos – a testemunha – que influência de maneira negativa na fidelidade do testemunho, ou seja, contamina a testemunha, quanto aos fatos ocorridos no momento do delito, apresentando sugestões. Estando entre os fatores a mídia – ao enfatizar demais determinados crimes, acaba por emitir opiniões, confundindo a testemunha, do que foi realmente presenciado por ela e o que eram informações vindas de terceiros; o tempo – longo prazo entre o ocorrido, que surgira o esquecimento –; a maneira que as testemunhas são inquiridas – pois muitas vezes são realizadas perguntas que se sugerem as respostas –; e a subjetividade da própria testemunha – envolve suas emoções nas narrativas, considerando o processo neuropsíquico, que afetará a capacidade perceptiva e o processo mnemônico, na recuperação dos fatos na memória. Uma possível solução seria coleta da prova num prazo razoável, pois quanto mais tempo se passar do acontecimento de um evento, a exatidão do relato estará mais comprometida.

No que concerne ao suprimento do exame de corpo de delito pela prova testemunhal, presente no artigo 167 do CPP, mostrou-se mais uma vez a fragilidade de tal prova, pois uma prova técnica está sendo substituída por uma prova testemunhal, que é facilmente induzida a erros mnemônicos, criando lembranças de fatos que não ocorrerem e se ocorrerem, foram de maneiras distorcidas do que foi narrado. Considerando o posicionamento de Tourinho Filho e Nucci, ao defenderem que, somente quando desaparecerem os vestígios, e não for possível a realização do exame de corpo de delito direto ou indireto, poder-se-iam as testemunhas suprirem o exame de corpo de delito.

Mas para que isso ocorra, a testemunha deveria presenciar a materialidade do crime, ou seja, ver os vestígios - porta sendo arrombada; o cadáver caindo de ribanceira – e não apenas ficar sabendo, sobre o delito. E ainda, que o legislador de forma indireta foi impositivo quanto ao valor probatório de cada prova, ao trazer que os exames de corpo

de delito seriam indispensáveis nos crimes de deixarem vestígios, podendo ser direito ou indireto.

Assim, entende-se que o judiciário brasileiro tem aplicado o artigo 167 de maneira errônea, pois se tem visto que a materialidade dos crimes que deixam vestígios tem sido suprida, frequentemente, por prova testemunhal, o que está passível de “contaminação” pelos fenômenos das falsas memórias. Não podendo ser considerado o desaparecimento dos vestígios por negligência de alguém, seja da vítima (por não procurar o Estado em tempo hábil para realização de tal exame), ou do Estado (por não fornecer condições adequadas para realização de tal exame), concluindo assim, que deveria ser negada a aplicabilidade do artigo 167 do CPP nesses casos.

Por fim, diante do impedimento científico – pelos menos até o momento – em solucionar definitivamente o problema da falsificação da memória, apresentou-se a entrevista cognitiva, como solução parcial, na diminuição da falsificação da memória, minimizando os danos decorrentes dela, sejam danos materiais ou processuais, decorrente da contaminação da prova testemunhal.

A técnica mais eficaz apresentada cientificamente, confrontando a técnica investigativa usada no meio forense brasileiro, é a entrevista cognitiva, mas infelizmente, a aplicação prática de tal técnica no âmbito jurídico, está longe de se ver, pois seria algo muito oneroso, em relação ao prazo de duração do processo e a também devido à complexidade na aplicação da técnica. Mas espera-se que, as discussões sobre o tema falsas memórias no âmbito forense, por estudiosos brasileiros, mostrem a vulnerabilidade, fragilidade e falibilidade, que é da natureza humana, isso garantindo um processo justo e consciente de que nunca se chegará à verdade real dos fatos.

7. Referências bibliográficas

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. **Paidéia**, Ribeirão Preto, v. 17, n. 36, p. 45-56, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/paideia/article/view/6418/7889>>. Acesso em: 14 jun. 2016

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no REsp. nº 1111665 SP 2009/0035132-5. Sexta Turma. Relator Ministro Nilson Naves. Brasília, julgado em 01 set. 2009, publicado no DJe 23 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 901856 / RS - 2006/0249582-8. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, julgado em 26 jun. 2007, publicado DJ 20 ago. 2007.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0024.04.349004-4/001, 7ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Cássio Salomé, Belo Horizonte, julgado em 16 maio 2013, publicado em 24 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0567.01.008759-9/001, da Quarta Câmara Criminal, Relator Desembargador Eduardo Brum, Belo Horizonte, julgamento em 11 maio 2011, publicação em 25 maio 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal nº 20130710044618 DF 0004314-45.2013.8.07.0007. 3ª Turma Criminal, Relator: Desembargador João Batista Teixeira, Brasília, julgado em 19 set. 2013, publicado no DJe em 24 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal 0008748-37.2008.8.19.0066, da 5ª Câmara Criminal, Relator: Desembargador Geraldo Prado, Rio de Janeiro, julgado em 19 nov. 2009, publicado em 18 ago. 2010.

BRUST, Priscila Goergen et al. Procedimentos experimentais na investigação das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 42-68.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Edihermes Marques; MESQUITA, Gil Ferreira. **Metodologia de pesquisa jurídica**. Uberlândia: IPEDI, 2005.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FARHAT, Camila Mahiba Pereira. **Das provas no processo penal**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Camila%20Mahiba%20Pereira%20Farhat.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnica de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 209-227.

FLECH, Larissa Civardi. **Falsas memórias no processo penal**. 2012. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Ciências Penais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/67291>>. Acesso em: 06 maio 2016.

GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo; ROHENKOHL, Gustavo. Neurociência Cognitiva das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 69-83.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Fernanda; LOPES, Ederaldo José. Falsas memórias no Teste Pictórico de Memória. **Revista Psicologia**: reflexão e crítica, Porto Alegre, v. 25, n. 4, p. 756-763, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v25n4/15.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-39.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A credibilidade da prova testemunhal no processo penal**. Migalhas. [s.l.], p. 1-1. 10 ago. 2005. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14901,71043-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14901,71043-A+credibilidade+da+prova+testemunhal+no+processo+penal)

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14901,71043-A+credibilidade+da+prova+testemunhal+no+processo+penal>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão EPUB.

PEREIRA FILHO, João Carlos. Caso Bruno: homicídio sem cadáver pode ter processo?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3183, 19 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21320>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista cognitiva e terapia cognitivo-comportamental: do âmbito forense à clínica. **Revista Brasileira de Terapia Cognitiva**, Rio de Janeiro, v.1, n.2, p. 11-20, dez. 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-56872005000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 jun. 2016.

POLASTRI LIMA, Marcellus. **A prova penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSA, Guilherme. Como um monte de gente inocente é presa por memórias falsas no Brasil. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1705294-como-um-monte-de-gente-inocente-e-presos-por-memorias-falsas-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 24 maio 2016.

SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES Jr. Aury. **Prova testemunhal e processo penal**: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2015.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. O Fenômeno das Falsas memórias e sua relação com o processo penal. **Jus Societas**, Ji-Paraná, v. 6, n. 1-2012, p. 1-17, 2012. Disponível em: <<http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/1674>>. Acesso em: 25 maio 2016.

STEIN, Lilian Milnitsky et al (Org.). **Falsas memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

_____. NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?. **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**. n. 5 (2), 2001. Disponível em:

<<http://revistas.unipar.br/?journal=saude&page=article&op=view&path%5B%5D=1124&path%5B%5D=987>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. **Psicologia: reflexão e crítica**. Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. 5. ed. Tradução por Anna Maria Luche, Roberto Galman. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

TAIT, Marcia. Mecanismos complexos memória separam o lembrar do esquecer. **Com Ciência**. [s.l.], 10 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/memoria/marcia.shtml>>. Acesso em: 30 maio 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.1.

_____. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIEIRA, Jefferson Botelho. **Verdade real no processo penal diante das falsas memórias**: a inquirição de testemunha na fase da ação penal sob o enfoque do princípio da segurança jurídica e do *in dubio pro reo*. 2013. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense - Unesc, Criciúma, 2013. Disponível em: <[http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/3429/1/Jefferson Botelho Vieira.pdf](http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/3429/1/Jefferson%20Botelho%20Vieira.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 157-185.

A poliafetividade frente ao direito brasileiro

*Ruskaya Dias Andrade Ferreira*¹

*Gédida Maria de Bessa Zanovello*²

Resumo: O presente artigo objetiva a análise da poliafetividade, ou denominado poliamor, frente ao direito brasileiro. Percebe-se, a evolução histórica e legislativa da família brasileira desde os primórdios até a contemporaneidade, uma vez que essa trajetória se confunde com os próprios direitos conquistados. Na antiguidade o sacramento matrimonial era a única forma de iniciar uma família, tornando as entidades familiares severas e sem vínculo de afeto. O modelo hierarquizado, conservador e patriarcal foi infausto e gerou o aumento de união extraconjugal, abalando a estrutura familiar da época. Contudo, a família contemporânea é caracterizada pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade. A ampliação do conceito de família acabou permitindo o reconhecimento de outras entidades familiares, como as diversas uniões afetivas, a exemplo o reconhecimento do relacionamento amoroso entre pessoas do mesmo sexo, mas não quanto ao poliamor, por conseguinte, perquirir sobre os possíveis efeitos advindos de tal união poliafetiva. Em suma, essas novas relações buscam o reconhecimento e a inserção de soluções práticas no âmbito do Direito das Famílias. Conquanto, a Legislação Brasileira a respeito do tema silenciou.

Sumário: 1. Introdução. 2. Família: aspectos históricos e evolução. 3. Famílias conforme o direito brasileiro. 4. A poliafetividade. 5. Poligamia. 6. União poliafetiva e união paralela. 7. Direito de família brasileiro e princípios. 8. Os direitos, personalíssimo e da igualdade. 9. A poliafetividade face ao direito brasileiro. 10. Considerações finais. 11. Referências bibliográficas.

Palavras Chave: Família. Poliafetividade.

1. Introdução

A presente pesquisa objetiva analisar a Poliafetividade frente às disposições do Direito Brasileiro, considerando as mudanças contidas no Código Civil e as disposições da Constituição Federal, vigentes no Brasil, em relação ao Direito de Família, que tende a eliminar formas de pensamentos totalmente obsoletos pelos costumes atuais.

Família é unidade básica da sociedade formada por indivíduos com ancestrais em comum ou ligada por laços afetivos. Sendo um conjunto invisível de exigências funcionais que organiza a interação dos membros da mesma, considerando-a, igualmente, como um sistema que opera através de padrões transacionais.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unetri.

² Professora do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unetri.

Sendo os fundamentos jurídicos constitucionais da família pautados em preceitos, como respeito à liberdade de constituição, convivência e dissolução, a auto responsabilidade, a igualdade irrestrita de direitos, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, respeito a seus direitos fundamentais, o forte sentimento de solidariedade recíproca, ente outros.

Inclusive, a Lei Civil Brasileira vigente, prevê iguais os direitos e deveres do homem e da mulher no comando da sociedade conjugal, desaparecendo assim, o "pátrio poder", ou seja, a figura do homem como o chefe da família, e surgindo o "poder família", que indica a ação simultânea e igual dos pais, na criação, educação, guarda, representação e assistência dos filhos.

O Direito de Família no Brasil regulamentou a celebração do casamento, com a validade e os efeitos dele resultantes, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, junto à dissolução desta, a relação entre filiação e parentesco, e por fim, os institutos da tutela e da curatela.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma profunda alteração nos conceitos de família e na própria realidade social.

A regulamentação do § 3º do art. 226, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, determina que seja facilitada a conversão de união estável em casamento, por intermédio da Lei nº 8.971, de 29/12/94, e posteriormente, a Lei nº 9.278, de 10/05/96, estende o conceito de família à união estável, protegendo-a sob o manto legal.

Sendo que, com referidas leis, foram introduzidas algumas outras modificações no Direito de Família, isto é, a equiparação dos cônjuges, a não discriminação entre filhos, e o regime da comunhão parcial de bens.

Diante das mudanças e repercussões que tem envolvido o Direito de Família, hoje se faz complexo definir um conceito de família, tornando-se preciso conhecer os variados tipos de família, se fazendo necessário o reconhecimento de espécies modernas e alternativas.

O que se pode compreender, é que existem hoje várias espécies de famílias, que a instituição atual em nada se parece com o modelo patriarcal, pois até aquelas semelhantes na formação são bem diferentes no modelo de educação, mas nem por isso se desviou os deveres que a família tem em relação à educação, provimento do sustento, condições de vida digna, e de respeito perante o indivíduo que a forma.

Como é cediço, o Direito não se mantém estático, e da mesma forma que a sociedade evolui, o Direito, por consequência lógica, acompanha tal processo de transformação.

Nesse ponto, percebe-se, que a família ponto fundamental e inicial de inserção do homem na sociedade, teve sua estrutura modificada, em detrimento ao conceito legal outrora estabelecido. E tal aspecto evolutivo se deu, notadamente, em virtude do afeto e da solidariedade, que norteiam o comportamento social do ser humano.

A presente pesquisa sob a ótica da atualidade, considerando as disposições Constitucionais, os fundamentos do Direito de Família, se faz relevante, no sentido de permitir uma análise para compreender se as uniões poliafetivas constituem uma possível espécie de família, ou se apresenta uma afronta às disposições acima mencionadas. E, o método a ser utilizado é o dedutivo.

Feitas, essas breves considerações introdutórias, segue análise quanto a dados históricos e evolução da instituição familiar.

2. Família: aspectos históricos e evolução

Família, precursora na organização social, vem evoluindo gradativamente desde os tempos mais remotos até a atualidade.

A convivência familiar é um direito e um dever de convívio de cada pessoa com o outro membro de seu grupo familiar.

A Família enraíza-se em um grupo fechado de convivência composto por membros unidos pelos laços de afetividade, podendo ter ancestrais em comum, com responsabilidade financeira mútua e recíproca entre tais membros, em finalidade de constituir uma entidade familiar.

Na lição de Paulo Lôbo, a Família abrange a importância social, sob a ótica de formas distintas para sua composição:

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins). (LÔBO, 2009).

Dessa forma, de acordo com a citação acima, a família se constitui de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos, não se limitando a uma instituição jurídica, e sim, resultando em uma entidade familiar, resguardada pelo vínculo afetivo.

Assim, a família em um sentido amplo, pode ser compreendida como a união de indivíduos ligados pelo vínculo da consanguinidade ou de afinidade. E no sentido restrito, pode ser entendida como conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da prole.

Ademais, no entendimento da Professora e Jurista, Maria Helena Diniz, a família tem um conceito abrangente:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se àquela formada. Além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação. (DINIZ, 2008).

Pelo que, percebe-se, na Legislação Brasileira, não faz referência a uma definição precisa da Família, resultando na abrangência supracitada, e as três acepções didáticas expostas, são aplicáveis nas entidades familiares existentes, em conformidade com o artigo 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

No Direito Romano, a família era uma entidade que se organizava em torno da figura masculina, muito diferente da contemporaneidade. Pois, em Roma, reinava o autoritarismo e a falta de direitos aos componentes da família, principalmente no que diz respeito aos filhos e à mulher, pois, existia uma concentração de poder e quem o detinha era o homem.

O Direito Canônico, diferentemente do Direito Romano, foi marcado pelo advento do cristianismo, que só se instituía família através de cerimônia religiosa. Tendo a mulher sentenciada aos afazeres domésticos e ao cuidado com os filhos, não podendo se ausentar do lar sem o consentimento do marido. Assim, o cristianismo acentuou a autoridade do homem, tornando-o chefe do lar e sacerdote da família, com poderes sobre a vida e morte de seus integrantes.

Contudo, com o passar dos tempos nasceu um novo conceito de família, ou seja, aquela formada não unicamente pelo sacramento do casamento, mas pelo elo do afeto.

Surgindo assim, a família da pós-modernidade no século XIX, que deixou de ser uma instituição voltada a manter os bens e a honra para buscar o afeto entre seus membros e a felicidade continua.

A partir do referido momento histórico, a família se abre para configurar em um mundo cruel, uma forma de abrigo, em um lar onde entre seus membros se pratique a fraternidade e os laços de afeto e amor. E, esse é o sentido da família na atualidade.

A família contemporânea caracteriza-se pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade. No âmbito familiar, as sucessivas mudanças legislativas iniciaram na metade do século XX, e culminaram com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988. E a partir daí, surge inúmeras leis tentando adequar-se às novas perspectivas da família e da sociedade.

Assim, em virtude de evolução da humanidade e do próprio pensamento, o que era aceitável antigamente, hoje passa a ser rejeitado pela sociedade, como por exemplo, o poder do pai sobre a vida e a morte dos filhos, o que motiva o Direito necessariamente acompanhar os anseios sociais, sob pena de transformar-se em letra morta.

Sendo que, com a vigência da Carta Magna de 1988, a família recebeu novos contornos, vislumbrando princípios e direitos conquistados pela sociedade, frente ao modelo de família tradicional, que passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar, em conformidade com a igualdade e afeto sobre a proteção do Estado.

Cumprido destacar, que o Direito de Família, dentre todos os ramos do Direito, é o que mais avançou ultimamente, e tende a permanecer em transformações constantes para fim de atender a proteção do interesse familiar sobre a proteção do Estado Democrático de Direito, visto que, seu objeto são as relações interpessoais, e que estas acompanham os passos da evolução social.

Por conseguinte, o grande marco histórico na conquista de direitos da família brasileira foi à promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, o que

reconheceu a união estável como entidade familiar, incorporando o pensamento de igualdade e afeto.

Pelo que, verifica-se, a família brasileira prosseguiu se compondo em diferentes arranjos visando à convivência com elos de afetividade.

Em vista disso, é nessa pluralidade de composições familiares, sobretudo alicerçadas no afeto, com o interesse em constituir uma Família, que vem surgindo as denominadas, uniões poliafetivas.

Contudo, antes de passar a análise da Poliafetividade, oportuno primeiramente, compreender a abrangência da Família, conforme Direito Pátrio.

3. Famílias conforme o direito brasileiro

De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, família, significa núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantém entre si uma relação solidária.

A Família Moderna, oriunda da perda do autoritarismo do pai, em que a mãe deixa de cuidar exclusivamente da casa e dos filhos, e adquire autonomia, insere-se no mercado de trabalho, tendo assim a influência de todos dentro do lar para expor suas opiniões, com base no respeito, amor e afetividade.

Família Natural, a mais comum, através de laços sanguíneos, é constituída por pais e filhos no modelo de família através do casamento ou da união estável, descrita no artigo 25 do Estatuto da Criança e Adolescente, Lei N° 8.069/90.

Na Carta Magna, artigo 226, §4º, reconhece a família monoparental, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, constituída por um de seus genitores e filho, a exemplo, por mãe e filho, que pode decorrer de produção independente ou separação dos cônjuges, biologicamente constituída ou por adoção. O atual Código Civil Brasileiro de 2002 adotou de forma consistente no ordenamento jurídico pátrio, a União Estável, como entidade familiar informal, constituída através da união entre homem e mulher, fora do casamento, sendo esta duradoura, pública, com fins de constituir família, e com fidelidade recíproca.

No entanto, o Casamento, entidade familiar trazida pela Constituição Federal Brasileira de 1988, é considerada a mais antiga, comum e formal. Decorre do matrimônio, e comumente aceita pela sociedade, baseia-se na monogamia e no amor romântico.

Família sócio afetiva, também conhecida como família anaparental, quando declarada convivência familiar e comunitária, não se restringe aos parentes e se caracteriza pela ausência dos pais, com a predominância do afeto, com a não discriminação de filhos, e a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental. Tendo os vínculos de afeto se sobrepondo à verdade biológica.

E a família substituta que decorre da inserção da criança ou adolescentes no seio de uma família, que se doa com presteza ao receber um novo membro em seu lar, proporcionando-lhe uma vida digna e, sobretudo o amor.

Porquanto a inserção em família substituta pode ocorrer através da guarda, tutela, ou adoção, obtida independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos legais, conforme o artigo 19 do Estatuto da Criança e Adolescente, Lei N° 8.069/90.

Enquanto que a família alternativa ou família pluriparental ou intitulado mosaico devido multiplicidade de vínculos, é dividida em famílias homossexuais e comunitárias, tendo a união de fato de um casal, podendo ser advindo da união homoafetiva ou não.

Convém mencionar para essa união, como exemplo, casal do mesmo sexo que vive juntos com filhos adotados ou biológicos de um dos parceiros ou de ambos, sendo todos os adultos envolvidos na responsabilidade de zelar pela educação, devido multiplicidade de vínculos com a afinidade, objetivando a manutenção do afeto.

Ainda, a Família Extensa ou Ampliada, que se estende para além da unidade pais e filhos ou do casal, sendo formada por parentes próximos, com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, em conformidade com o artigo 25, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, a Lei N° 8.069/90.

Inclusive, também a denominada família eudemonista, que busca uma vida plenamente feliz, objetiva a felicidade individual em um processo de emancipação, decorre do afeto. Podendo também ser considerada como família unipessoal, o que pode alterar o sentido da proteção jurídica da família, de acordo com o parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988, que o Estado assegura assistência a família na pessoa de cada um dos que a integram.

Contudo, tem a União Livre, com o mesmo objetivo do casamento e da união estável, ou seja, a criação de vínculos familiares, com ou sem filhos comuns, mantendo a manutenção do afeto, cuidado, e companheirismo, de forma responsável, usufruindo da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.

Pelo que, destaca-se, também em face do disposto no artigo 1.727, do Código Civil de 2002, existe o Concubinato, quando os envolvidos são aqueles chamados adúlteros, por vezes sem interesse no relacionamento familiar, e tendo em vista apenas a gratificação sexual quando desobediência ao dever de fidelidade, e ocasionalmente mantém a concomitância de duas entidades familiares, o que pode ser considerado como família paralela ou simultânea.

Ademais, a União Poliafetiva, ou seja, o poliamor, na qual três ou mais pessoas, comumente mantêm o propósito do matrimônio e objetiva constituírem família, relacionam-se de maneira simultânea e querida com a afetividade.

Posto que, tal possibilidade de existência jurídica de União Poliafetiva, decorreu primeiramente, de uma escritura pública declaratória de união poliafetiva, de um homem e duas mulheres na data do dia 13 do mês Fevereiro do ano de 2012, na Cidade de Tupã no Estado de São Paulo, o que gerou ampla discussão no mundo Jurídico, com maior índice de repercussão no Brasil.

Portanto, atento ao tema proposto, segue análise a respeito.

4. A poliafetividade

O poliamor significa muito amor. Considerado como um polirrelacionamento, devido possibilidade de ter mais de um relacionamento de forma simultânea.

O amor é um conjunto de sentimentos e emoções que tendemos considerar como amor erótico. E, o conceito de amor romântico surgiu no século XII no Ocidente, mas não restrito ao casamento, quando somente no século XX, que o amor passou a ser elemento essencial em uniões afetivas, porém impulsionado pela monogamia, e demonstrado em filmes, novelas e romances.

Sendo o Poliamor, uma Poliafetividade, um ato de possuir simultaneamente mais de uma ligação afetiva com aceitação dos envolvidos nesta, que resulta como um modo de vida, prática responsável de manter um relacionamento amoroso e afetivo, com mais de um parceiro de forma concomitante.

Enquanto que, a ação de mobilizar para expor tal forma de amor como uma união afetiva, teve o intuito de demonstrar ser feliz, quando na escolha em viver em um relacionamento amoroso com mais de uma pessoa ao mesmo tempo, de forma responsável, objetivando o companheirismo, a amizade, e não somente o sexo.

Todavia, é uma mobilização que se iniciou no século XX, década de 80, nos Estados Unidos da América, quando com sua primeira conferência internacional, realizada no ano de 2005, em Hamburgo, na Alemanha.

Inclusive, o Juiz e professor Pablo Stolze Gagliano, conceitua o denominado Poliamor, da seguinte forma:

O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta. (GAGLIANO, 2008).

Destarte, existem sites e redes sociais que fazem referência ao poliamor, há divulgação de uniões amorosas, pautada em laços de afetividade, com a intenção de constituir Família, ensejando respeito e inserção conscienciosa na sociedade brasileira.

Todavia, tais sites e redes sociais expõem apenas informações sobre o poliamor, trazendo referência ao amor romântico, nutrido por mais de uma pessoa, com base na ética, na honestidade e com o conhecimento e consentimento total dos outros integrantes dessa relação.

Conforme mencionado, aduz o site português, um dos pioneiros a tratar do referido assunto:

Poliamor é um tipo de relação em que cada pessoa tem a liberdade de manter mais do que um relacionamento ao mesmo tempo. Não segue a monogamia como modelo de felicidade, o que não implica, porém, a promiscuidade. Não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo facto de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas sim de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente. (ISSUU, 2015).

Não obstante, é predominantemente relatado, que em tais grupos e redes sociais, a existência da poliafetividade como uma possível entidade família no âmbito brasileiro.

Atualmente, existem adeptos ao poliamorismo no Brasil, há grupos referentes em redes sociais, e também grupos de encontro para apoio, chamado poliencontro. Grupos estes, que desejam ter a situação em que se encontram, e pretende manter, respeitada, de forma que haja permissibilidade nas disposições brasileiras, para que os mesmos possam constituir família e contrair o matrimônio, em procedimentos legais.

Visto que, evidencia, os poliamoristas considerarem que, uma única pessoa, não ter subsidio para complementar a outra, não sendo um único indivíduo suficiente para suprir todas as necessidades do outro, surgindo então, a necessidade de manter uma união plúrima, quando, todos os membros dessa união se unem para se completarem, de forma recíproca, utilizando do afeto e felicidade.

No entanto, afirmam, que quando de forma responsável mantém um amor sem exclusividade e sem posse, tendo a individualidade resguardada, essa é mais uma forma de impulso na manutenção da união afetiva, pois, incita o desejo de estar em um relacionamento poliafetivo.

Há relato, que um homem e duas mulheres, que já viviam juntos há três anos, oficializaram a união em um cartório de notas em Tupã, Estado de São Paulo, por meio de uma escritura pública de União Poliafetiva, com a identidade do trio não divulgado pelo cartório, como escolha definida por este trio.

Dessa maneira, sobre tal registro da escritura de União, o Jurista, Natanael do Santos Batista Júnior, quem orientou o trio no trâmite do processo de elaboração do documento de tal união, explica:

É a possibilidade dos parceiros se relacionarem com outras pessoas sem que isso prejudique os envolvidos. A escritura visa dar proteção as relações não monogâmicas, além, de buscar o respeito e aceitação social dessa estrutura familiar. (BATISTA JÚNIOR, 2012)

Mas, posteriormente, ou seja, no mês de novembro do ano de 2015, um homem e duas mulheres mato-grossenses que vivem em uma União Poliafetiva, conseguiram registrar União Estável em cartório na Cidade de Jundiaí, Estado de São Paulo, onde moram.

E, quanto ao procedimento de formalização da referida forma de união, um dos membros, Klinger de Souza, expõe sua experiência:

Você faz a próprio punho, coloca o nome de todo mundo, com RG, profissão, estado civil, onde residem e todos os dados necessários. Declaramos que vivemos juntos desde tal data. E têm duas testemunhas com as assinaturas reconhecidas também. E sai tudo na hora mesmo. O cartório valida as assinaturas e já dá a declaração para os três, saímos do local com tudo feito em questão de 30 minutos. Chegamos com a declaração feita, assinadas e tudo

mais. Eles pegaram, reconheceram e nos entregaram de volta. (SOUZA, 2015).

Enquanto que, o mencionado relato faz crer, que se trata de uma situação simples e não burocrática. Mas, a Legislação Brasileira sobre a dita forma de união nada mencionou.

Dessa forma, acredita os poliamorosos, que é possível o entendimento de similaridade entre as diversas uniões afetivas, quando objetiva constituir família com base no afeto, resultando em entidades familiares distintas.

Ainda, nota-se, que os seguidores do Poliamor, querem oficializar a união, objetivando o Casamento, como faz culturalmente os demais casais monogâmicos no Brasil, em conformidade com a legislação vigente.

Ademais, no mês de outubro do ano de 2015, o 15º Ofício de Notas, lotado em uma região central da Cidade do Rio de Janeiro, do Estado do Rio de Janeiro, registrou uma união estável entre três mulheres que preferiram permanecer com a identidade do trio não divulgado pelo cartório, porque declarou receio de serem hostilizadas como membros dessa união.

Inclusive, a tabeliã Fernanda de Freitas Leitão, que celebrou a união supracitada, afirma que determinado Cartório, foi um dos primeiros no Estado do Rio de Janeiro, a oficializar uniões homossexuais, que por vez, já tinha sido procurado por outros casais de trios dispostos a oficializar a união poliafetiva, mas estes não chegaram a concluir o trâmite para oficializarem tal união, obtendo apenas informações sobre o procedimento necessário.

Por esse motivo, Fernanda de Freitas Leitão, também elucida, ser necessário ter mais de 18 anos e apresentar a carteira de identidade para tal registro.

Razão que, a referida Tabeliã, intuiu seu ponto de vista sobre, justificando o que a motivou em tal realização:

Não existe uma lei específica para esse trio, tampouco existe para o casal homoafetivo. Isso foi uma construção a partir da decisão do STF, que discriminou todo o fundamento e os princípios que reconheceram a união homoafetiva como digna de proteção jurídica. E qual foi essa base? O princípio da dignidade humana e de que o conceito de família é plural e aberto. Além disso, no civil, o que não está vedado, está permitido. (LEITÃO, 2015)

No entanto, no Brasil, é vedado o casamento entre uma mesma pessoa com outras duas, decorrente a prevalência do princípio da monogamia, ou seja, não mantendo a permissibilidade de celebrar de forma solene o casamento entre membros de união plúrima, o que se estende a união Poliafetiva, ou ao denominado, Poliamor.

Ressalta-se, que a natureza privada dos relacionamentos, que se propende a atinge tão somente a parte interessada, faz relação à essência privada que todo indivíduo possui, então, merecendo respeito para convívio em sociedade, junto à proteção do Estado.

Em conseqüente, a forma de se relacionar em um relacionamento amoroso decorre da liberdade de escolha, quando o indivíduo de forma ponderada, optar por aquilo que melhor lhe satisfaz, pautado em desejo diverso com o direito de escolha ao que melhor lhe convém.

Então, o presidente do Instituto Brasileiro de Família, IBDFAM, Rodrigo Pereira, esclarece, que uma relação entre três pessoas somente pode ser reconhecida quando caracterizada como núcleo familiar único.

Assim, Rodrigo Pereira, declara, opinando sobre o referido registro realizado no mês de outubro, no ano de 2015:

Essas três mulheres constituíram uma família. É diferente do que chamamos de família simultânea (casais homo ou heterossexuais). Há milhares de pessoas no Brasil que são casadas, mas têm outras famílias. Esses são núcleos familiares distintos. Essas uniões de três ou mais pessoas vivendo sob o mesmo teto nós estamos chamando de famílias poliafetivas. (PEREIRA, 2015.)

Contudo, o professor de Direito Civil da Universidade de São Paulo, José Fernando Simão, defende, a não existência de garantia jurídica para a união poliafetiva, tornando as escrituras realizadas por casais composto de três pessoas, nula, porque, aqueles que não podem se casar não tem permissibilidade para constituir uma união estável, então, considerando o impedimento para o casamento plural, pois, no Brasil a família se construiu monogamicamente, com valor jurídico, uma espécie de força probante, que almeja conformidade.

Por essa razão, o professor José Fernando Simão, também defende, que a referida escritura pública declaratória de união poliafetiva, tende a não gera efeitos no campo do direito e sucessões de família, o que não obsta, aos conviventes dessa união, utilizar dessa declaração para eventual divisão do patrimônio e/ou busca judicial com a finalidade de reconhecimento de entidade familiar.

Conquanto, a Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva, tende a ressaltar os direitos e deveres dos conviventes em união de poliafetividade, incluindo as relações patrimoniais, e uma possível dissolução dessa união, junto aos efeitos jurídicos desse tipo de união, que por vez, teria os mesmos efeitos reconhecidos a uma união estável, disposto nos artigos 1.723 e 1.724, ambos do Código Civil Brasileiro de 2002.

Por oportuno, destaca-se, trecho extraído da Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva:

Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade. (ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA, 2012).

Pelo que, percebe-se, que tal escritura, divulgada na data de 21/08/2012 pela Assessoria de Comunicação do Instituto Brasileiro de Direito de Família, além de expor o desejo de tornar público, união poliafetiva como entidade familiar, também tende a estabelecer uma união estável, com um regime patrimonial de comunhão parcial, em conformidade com o estabelecido nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil Brasileiro de 2002, com a finalidade de assistência material e moral recíproca, buscando a lealdade e a afetividade mútua na manutenção do bem-estar da família.

Então, quando um contrato de união estável declarando e reconhecendo a união poliafetiva, é importante, que todos os parceiros realizem a divisão patrimonial, junto testamentos patrimoniais e vitais, formulando os bens adquiridos na constância daquela união, os quais poderão ser divididos entre todos ou separados com quem o adquiriu, com o objetivo de evitar um processo judicial futuro, já que não há lei específica para o caso, e assim, tal documento permitirá pleitear tais direitos.

Ademais, observa-se, que os poliamorosos mantêm o propósito de constituir família, resguardado e respeitado por lei brasileira, acreditando, ser conveniente o modo de vida que utilizam, por vez, justifica a anulação da busca de se encontrar alguém perfeito, devido o reconhecimento e respeito que mantêm as limitações e diferenças dos parceiros, não tendo espaço para receio ao abandono e traição, que segundo os mesmos, isto é característico de relações monogâmicas.

Inclusive, compreendem que, no relacionamento poliamoroso, tende a resultar uma veracidade, quanto à honestidade e fidelidade mútua na manutenção do relacionamento amoroso, objetivando a afetividade mútua e uma melhor forma de construir família.

Porém, tal forma de união ainda não encontra respaldo no Direito Brasileiro, que só permite uniões entre duas pessoas, e a formação da Poliafetividade é plural.

Assim sendo, entende-se, que a união plúrima pode ser considerada Poligamia.

5. Poligamia

No Brasil, a poligamia significa o casamento com múltiplos matrimônios, sendo proibida sob pena máxima de 06 anos de reclusão, de acordo com o artigo 235 do Código Penal Brasileiro vigente.

Até porque, um segundo casamento só pode ocorrer depois do divórcio ou anulação do primeiro casamento, não permitindo casamentos em forma simultânea, incorrendo na tipificação do crime de Bigamia, ou dependendo a pluralidade, enquadraria em Poligamia.

Por esta razão, considera-se bigamo, aquele que estando casado contrai um novo matrimônio, sem que o primeiro matrimônio tenha dissolvido. Assim, se constitui crime o estado de *bigamo*, ou seja, a manutenção da existência de dois casamentos válidos, de forma simultânea, no Brasil.

Dessa forma, destaca-se, que a poligamia significa a existência de vários casamentos, diferentemente da Bigamia, que se constitui com a existência de dois casamentos. Aliás, são considerados crimes no Brasil, ambas as situações descritas.

Isto é, a poligamia, resulta do ato de contrair, mais de dois casamentos por uma mesma pessoa com várias outras, no entanto, não haverá um único crime de Bigamia, mas vários, em concurso, de acordo com o artigo 71, do Código Penal Brasileiro de 1940, então, vigente.

Dessa maneira, tipificado no Código Penal Brasileiro, artigo 235, de ação penal pública incondicionada, a bigamia:

Artigo 235 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:
Pena – reclusão, de dois a seis anos. § 1º – Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º – Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime. (BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

Consequentemente, a poligamia também configura o delito em comento, não mantendo a sua permissibilidade no Brasil.

Contudo, há algumas nações que permite ter vários cônjuges, com a maioria de adeptos ao casamento de um homem com várias esposas, chamado poliginia, e não ao casamento de uma mulher com vários homens, chamado poliandria.

Isto é, na religião do Islamismo, para melhor explicação e exemplo, com a justificativa de preservar a maternidade e considerar mais honesto ser casado com várias esposas do que ter amantes tende a buscar igual condição para as esposas dos adeptos a Poligamia, defendendo ser da natureza do homem ser poligâmico e da mulher ser monogâmica.

Contudo, na Igreja Católica, uma das principais religiões no Brasil, é contra a poligamia porque acredita ser um pecado, já que não está de acordo com o sacramento do matrimônio.

Assim, com referido modo, no catolicismo a poligamia é vista como adultério, uma prática que entra em contradição com a igualdade entre homem e mulher e afronta a exclusividade do amor conjugal.

Sendo que, a Poligamia, prática aceita em alguns países, resulta de uma cultura patriarcal, na qual comumente, o homem pode casar-se com mais de uma mulher.

Em geral, este instituto associa-se com localidades e religiões específicas, a exemplo: Reino da Arábia Saudita, e a religião do Islamismo, que porquanto, não necessariamente nutre sentimento amoroso, mas objetiva a valorização da maternidade, quando defesa da permissibilidade da Poligamia em conformidade com disposições legais.

Em suma, não existe disposição na legislação brasileira, que permite uma pluralidade de matrimônio de uma única pessoa com várias outras, o que pode ser considerado como Poligamia.

Sem considerar que, as denominadas uniões paralelas, também são objeto de muitas discussões para o Direito Brasileiro.

6. União poliafetiva e união paralela

A união poliafetiva, constitui quando se relaciona conjuntamente mais de duas pessoas, com uma relação conjugal conjunta, com vontade plúrima, em um mesmo relacionamento com ambos cientes e em comum acordo, no intuito de construir família, chamada de Poliafetiva.

E, a união paralela, constitui relações conjugais concomitantes, com um membro em comum, de efetiva simultaneidade conjugal, podendo ser considerado como união estável, quando faticamente exercida, na perspectiva do vínculo parental ou conjugal.

Assim, o paralelismo ou a simultaneidade de relações conjugais, não constituem uma entidade familiar, podendo ser considerado como uma sociedade de fato, o que pode resultar em concubinato adulterino, considerando o impedimento para se casar com pessoa já casada.

Inclusive, tem-se a união estável putativa, quando existência de uma união paralela, desde que, pelo menos um dos companheiros esteja de boa-fé, isto é, desconheça de fato impeditivo legal para a caracterização da união estável, que deve ser tutelada em sede familiar.

Para melhor análise do tema, vale mencionar o seguinte julgado brasileiro que ressalta o Princípio da Monogamia e não reconhece união estável paralela. Trata-se de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. *AFFECTIO MARITALIS*. COABITAÇÃO. PUBLICIDADE DA RELAÇÃO. PROVA. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. 1. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. 3. Não é permitido, no nosso ordenamento jurídico, a coexistência de dois casamentos ou de uma união estável paralela ao casamento ou de duas uniões estáveis paralelas. 4. Constituiu concubinato adulterino a relação entretida pela autora e o réu, pois ela própria reconheceu que o casamento dele com a esposa se manteve hígido no período que alega terem vivido em união estável. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. 5. Não comprovada a entidade familiar, nem que a autora tenha concorrido para aquisição de qualquer bem, é improcedente a ação. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70065432593, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/07/2015).

Hodiernamente, observa-se que a união plúrima não encontra respaldo no direito brasileiro.

Por essa razão fundamentando no mencionado julgado, que se uma relação afetiva de convivência é caracterizada como união estável, as outras concomitantes poderão ser enquadradas como concubinato, uma vez que, infringe o dever de fidelidade recíproco, e por isso, não preenche os requisitos para a união estável.

Ou seja, é visto como concubinato, quando existência de relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar, conforme disposto no artigo 1.727 do Código Civil Brasileiro de 2002, podendo ser reconhecido como uma sociedade de fato.

Todavia, não reconhece o Poliamor, devido resultar de relações interpessoais amorosas de natureza poligâmica, em que se defende a possibilidade de relações íntimas e duradouras com mais de um parceiro simultaneamente, resultando uma oposição à monogamia, atual forma de relacionamento permitido no Brasil, inclusive para a realização do matrimônio.

Até porque, a Família monogâmica é o modelo adotado pela legislação brasileira, de acordo com o Código Civil Brasileiro de 10 de janeiro de 2002, a partir do artigo 1.511 e seguinte, em conformidade com a Constituição Federal Brasileira de 2002.

O princípio da monogamia é um preceito cominatório, responsável por organizar as relações conjugais. E, por essa razão permanece a restrição as famílias paralelas ao casamento ou à união estável.

Mantendo assim, o vínculo estabelecido entre duas pessoas apenas, mediante o reconhecimento governamental, cultural, religioso ou social, que presume relação interpessoal de intimidade para fim do matrimônio.

Contudo, no Brasil, é reconhecida a união estável também entre casais do mesmo sexo, União Homoafetiva, com todos os direitos assegurados na união estável entre um homem e uma mulher, conforme declarado pelo Supremo Tribunal Federal, na data de 5 de maio do ano de 2011, reconhecendo tal união como entidade familiar, dando margem, à construção do respeito e da dignidade da pessoa enquanto ser humano.

Sendo assim, é reconhecida como entidade familiar, a união estável com relação de convivência duradoura, contínua e pública, com fidelidade recíproca preservada, objetivando compor família.

E, também regulamentado, o casamento civil, com idade núbil, ou seja, mínimo de 16 anos, quando realizado um contrato bilateral e solene entre as partes de comum acordo, com o intuito de constituir família e uma completa comunhão de vida.

Tendo, a Família como alicerce do Estado, merecedora de proteção estatal e apoio da sociedade civil, conforme disposto no artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fundamentado no Direito de Família seus princípios.

Além do que é oportuno salientar, que o Direito de Família no Brasil, tem fundamento na legislação pertinente e nos princípios.

7. Direito de família brasileiro e princípios

É cediço, que o casamento permanece sendo o meio hábil de consolidar uma união familiar, o que não foi suprimido pelo reconhecimento da União Estável, pois a

Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê a facilitação da conversão desta união em casamento.

Inicialmente verifica-se, a existência de três formas de constituição de família, expressa na Constituição Federal Brasileira de 1988: a família formada pelo casamento, seja ele civil, ou religioso com efeitos civis, conforme artigos 1.511 e seguintes do atual Código Civil Brasileiro, junto ao artigo 226, parágrafo 1º e 2º, da Constituição Federal Brasileira de 1988; a família formada pela união estável, nos termos do artigo 1.723 do atual Código Civil Brasileiro, Lei Nº 10.406/02, junto ao artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal Brasileira de 1988; e por fim, a família monoparental, quando formada por qualquer um dos pais e seu descendente, artigo 226, parágrafo 4º, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Inclusive, o afeto é o elemento essencial da afetividade, sendo exposto através de emoções e sentimentos, que por vez acompanha a impressão de dor ou prazer, junto um sentimento de alegria ou tristeza.

Portanto, o afeto revestido com valor jurídico relaciona-se com a dignidade da pessoa humana, constituindo o principal apoio na convivência familiar.

Assim, considerando as disposições da Lei Maior e os Princípios Constitucionais, o Direito de Família se subordina a Constituição Federal e seus princípios.

O princípio da comunhão plena de vida propende, abranger os aspectos pessoal e patrimonial, buscando proporcionar um desenvolvimento da personalidade, através do companheirismo, tendo, a família como base da sociedade, conforme disposto no artigo 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana, o mais amplo, e mais importante conforme o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira 1988, refere-se à garantia plena do desenvolvimento de todos os membros da família, incluindo a assistência educacional aos filhos, com o objetivo de manter a família duradoura e feliz.

O princípio da liberdade, ou seja, não intervenção, conforme disposto no artigo 1.513 do Código Civil Brasileiro de 2002, de constituir uma comunhão de vida familiar com a autonomia privada, que regulamenta o próprio interesse, relaciona-se à liberdade do casal em constituir uma família.

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros prepondera, a preconizar a igualdade jurídica entre os cônjuges ou companheiros, de acordo com a Carta Magna de 1988 em seu artigo 226, §5º, junto o artigo 1.511 do Código Civil Brasileiro de 2002.

E, o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, consagrado no artigo 226, §7º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, junto o artigo 1.596 do Código Civil Brasileiro de 2002 proíbe distinção entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, os filhos adotivos ou biológicos.

Por fim, o princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar, ou seja, da solidariedade familiar, disposto no artigo 3º, Inciso I, da Constituição Federal Brasileira de 1988, ressaltando a paternidade responsável, compreendendo a decisão sobre o número de filhos junto o intervalo entre as gestações, e utiliza as técnicas de reprodução assistida como último recurso à procriação.

Em suma, os princípios constitucionais do Direito Brasileiro de Família, são alicerces na tutela da instituição familiar, mas nada dispõe sobre a Poliafetividade.

Pelo que se observa o tema é complexo, apesar de existente na sociedade, mas ainda não foi encontrado suporte jurídico. Portanto, a análise do referido assunto, haverá que levar em consideração os elementos que o envolve, sobre a ótica do Direito Personalíssimo e do Direito de Isonomia e Igualdade.

8. Os direitos personalíssimo e da igualdade

O Direito Personalíssimo é intransferível, irrenunciável e inalienável, só podendo ser exercido pelo titular. Sendo tal direito dotado de imprescritibilidade, indisponibilidade, e generalidade, devido ser além da forma econômica, absoluto e vitalício.

Tal direito visa preservar a integridade física, moral e intelectual das pessoas, como prevê a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu 1º artigo, com o começo da personalidade iniciando com o nascimento com vida, e extingue-se com a morte.

Portanto, direito de personalidade faz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, que inclui todos os atributos do homem em face às contínuas transformações. Isto é, resguarda a personalidade da pessoa, podendo ser violado somente quando cometimento de ato ilícito, que deve ter como punição a restrição à liberdade na busca de proteger a coletividade.

Já a Igualdade de Direito, é fundamental para a democracia, prevê o tratamento uniforme de todas as pessoas, sem hostilidade.

Pois, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, todos são iguais perante a lei, resguardando o indivíduo contra a má utilização da ordem jurídica, observado as condições de igualdade de direitos e deveres.

No entanto, o princípio da igualdade atua em duas vertentes: perante a lei, e na lei, quando o dever de aplicar o direito no caso concreto, e, quanto à igualdade na lei, que pressupõe normas jurídicas sem distinções, salvo relevante autorização.

Conquanto titular desses direitos básicos, a pessoa deles tem garantia especial, de acordo com disposto nos artigos, 5º e 6º da Carta Magna, constituindo assim, recursos fundamentais individuais, sem os quais uma pessoa humana seria inconcebível.

Contudo, o Poliamor é um direito individual subjetivo, caracterizando como um atributo da pessoa, merecedor de respeito, independente de concordância, em virtude dos direitos fundamentais individuais previstos na atual Constituição Federal Brasileira, resguardando a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, como a intimidade e a liberdade, que traduz em um estado de pleno poder ao indivíduo, de forma equilibrada para a convivência harmoniosa em sociedade.

Ademais, tal proteção trata-se de ordem constitucional humanística, na forma do artigo 1º junto ao 3º, inciso IV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, que impede qualquer forma de discriminação, buscando mecanismos para reprimir quaisquer espécies de violência contra a pessoa humana.

Em suma, tais fundamentos encontram suporte também no Direito de Família, em decorrência ao afeto revestido de valor jurídico, na manutenção da entidade familiar, que por vez, tende a estender-se a união afetiva dos adeptos ao poliamor, o poderá ser considerada família, pois, amolda-se no afeto a referida união.

Por consequência, almeja-se, a conformidade da poliafetividade com a legislação brasileira.

9. A poliafetividade face ao direito brasileiro

Tendo em vista, a família direcionada como um núcleo da sociedade, o Direito de Família assenta-se por normas que moldam a autonomia da vontade das pessoas, visando o bem-estar social, e aspirando interesse público, com fim de crescimento do Brasil.

Conquanto, mantém interpretação Constitucional Brasileira acerca de uma formulação pluralista de família, resultante da evolução no posicionamento jurídico em relação ao conceito familiar, sobre a proteção do Estado, de suma importância basilar para a sociedade contemporânea.

Enfatiza-se, o artigo 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988, que faz referência de forma expressa, ao Casamento, a União Estável, e a União Monoparental, somente:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1. O casamento é civil e gratuita a celebração.

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

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

§ 4. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Para tanto, o Estado democrático de Direito, faz referência ao respeito da hierarquia das normas e dos direitos fundamentais.

Por essa razão, tenciona o Estado, preservar a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, e a proibição discriminatória, baseando-se em laços de afetividade para a entidade familiar, sobre a proteção estatal.

Posto que, apesar da ampliação do conceito de família e do avanço do direito, não efetiva a cidadania por completo. Pois, a exemplo, tem-se a situação da União Homoafetiva, que não é contemplada de forma expressa na Lei Maior, mas vem ganhando força e aceitação na sociedade, produzindo a necessidade de regular tal situação para evitar preconceitos e segregações, resultando em uma conquista de evolução contínua do sistema jurídico brasileiro, junto o respeito mútuo entre as pessoas humanas.

Porém, dessa maneira permanece, a garantia de direitos e igualdade perante a sociedade brasileira para a união homoafetiva, que por vez, reconhece a legalização dessa União para os casais Homossexuais na legislação brasileira, aniquilando qualquer

forma de discriminação, permanecendo o respeito, independente de concordância com tal arranjo familiar, com a tendência em permanecer a solidariedade humana.

Conseqüentemente, tal efeito supra referido, tende a atingir a Poliafetividade, e outros arranjos familiares futuros, que por vez, poderão surgir na sociedade, no anseio de reconhecer a evolução da sociedade brasileira.

Incitando assim, o Direito, a moldar sua estrutura jurídica com o fim de assistência a sociedade humana, evitando exclusão social e preconceitos, visto como uma evolução necessária, dado que, o Direito é uma norma da conduta social, conforme disposto no parágrafo 8º, do artigo 226 da Constituição Federal vigente, que assegura assistência à família, criando instrumento para reprimir a hostilidade.

A visão do Direito de Família, amparada pelos artigos 226 a 230 da atual Constituição Federal Brasileira, bem como, pelos princípios deles decorrentes, alargou o conceito de Entidade Familiar, reconhecendo as famílias não casamentárias.

Ou seja, quando se trata de família não casamentária, não oriunda de uma solenidade do casamento, que também representa a realidade das Famílias brasileiras como mais uma espécie de arranjo familiar, sobrepondo a mesma proteção jurídica dedicada ao matrimônio.

Nessa ampliação da proteção jurídica quanto às novas espécies de família, a Jurista, Maria Berenice Dias, elucida:

A união poliafetiva é mais uma das diversas formas atuais de família. O novo conceito de família é mais flexível, não há a necessidade de casamento. A oficialização da união garante direitos, principalmente no caso de separação e responsabilidades sobre os filhos. (DIAS, 2012).

Então, essa normatização foi fundamentada em laços de afetividade junto à busca da permanência da dignidade da pessoa humana, reconhecendo a manifestação afetiva como um fato natural que tende a surgir, então indispensável para a essência do vínculo familiar, que oriunda de uma união baseada no direito do uso da liberdade de forma equilibrada e responsável, objetivando constituir família, por vez, tendo a instituição familiar como ponto fundamental da inserção do homem na sociedade.

Assim, com tal ponto de vista, não permaneceria nenhum impedimento para a união poliafetiva, podendo ser considerada como mais uma espécie de arranjo familiar, e reconhecendo tal união como união estável, que antes de tudo, afastaria os entraves legais para reconhecer o matrimônio, junto permissibilidade deste.

Então, na situação descrita acima, não haveria o casamento, conceituando então, como uma relação de união estável entre mais de duas pessoas, de forma simultânea, fundamentada no afeto.

Inclusive, tenderia que levar em consideração, as constantes mudanças no âmbito familiar, objetivando fins de assistência familiar precisa.

Desse modo, quando reconhecimento da existência de distintos modos de arranjos familiares, com o intuito de constituir uma entidade familiar, permanece uma

espécie de aspiração à solidariedade humana em concomitância com a proteção estatal, que dificilmente poderá ser substituída por qualquer outra forma de convivência social.

De certo, não há proibição expressa na Legislação Brasileira vigente, para a poliafetividade, tendo em vista a impossibilidade imaginável, o que não obsta o fato de tal possibilidade, quando manutenção de uma relação privada, não incluindo o matrimônio, o que por vez, poderia resultar na tipificação do crime de Bigamia, de acordo com o artigo 235 do Código Civil Brasileiro de 2002.

E conseqüentemente, também enquadraria como impedimento matrimonial, quanto ao casamento civil com pessoa já casada, conforme disposto no artigo 1.521 do mesmo diploma legal acima informado.

Logo, destaca-se, o artigo 1.724 do Código Civil Brasileiro de 2002, para melhor ilustrar a união poliafetiva: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

No entanto, os membros da união poliafetiva, além de ressaltar o artigo acima mencionado, a seu favorecimento, também enfatizam, utilizar da permanência efetiva da lealdade, afetividade, com responsabilidade e respeito recíproco, para a manutenção do relacionamento afetivo, de acordo com o direito de liberdade e a dignidade do indivíduo, que formula a personalidade da pessoa humana, seguindo-se, em direitos fundamentais e intransmissíveis.

Além do que, os adeptos da Poliafetividade, acreditam estar de acordo com os requisitos para construir uma família, ofertando os subsídios úteis e indispensáveis para moldar em mais uma espécie possível de arranjo familiar.

Então, por essa razão, verifica-se que, os Poliamorosos esperam a adequação da Legislação Brasileira para obter a permissibilidade de serem considerados como uma entidade familiar.

À vista do exposto, a instituição familiar se vincula indissolúvelmente a função social da família, efeito basilar da sociedade, merecendo total amparo da sociedade junto à proteção do Estado.

E, por fim, com ênfase aos valores e aos princípios constitucionais, efetivamente, se terá presente os preceitos do Estado Democrático de Direito.

10. Considerações finais

Com a presente pesquisa, objetivou a análise quanto a Poliafetividade frente ao Direito Brasileiro.

Prestou-se, de uma breve análise sobre a Poliafetividade, e sobre a Família e sua historicidade no âmbito jurídico, aduzindo a evolução histórica e conceituando família, de acordo com a atual Legislação Brasileira, bem como, seus princípios jurídicos e constitucionais, considerando o instituto família como sustentação basilar da sociedade brasileira, conseqüentemente, analisando sumariamente, os possíveis reflexos resultantes da Poliafetividade na Legislação Brasileira.

Inclusive, foram trazidos diferentes entendimentos a respeito do tema, de forma resumida, explanar o ponto de vista, anseios junto à convicção, dos adeptos ao Poliamor ou Poliafetividade no Brasil.

Como é cediço, em estado contemplativo não permanece o Direito, semelhantemente, a evolução continua da sociedade, por conseguintemente, o Direito tende a caminhar de forma cíclica em tal processo de transformação.

Contudo, o ordenamento jurídico tem o papel de proteger o ser humano, enquanto defesa a não discriminação, privilegiando a liberdade e o direito à dignidade, a qual é conquista mediante discricionariedade de fazer o que bem entender de forma responsável, também em respeito a personalidades de cada indivíduo.

Entretanto, deve-se analisar a situação do Poliamor, sem um olhar moralista ou preconceituoso, isso por tratar de relações humanas, e subjetivas, que consequentemente atinam tão somente aos interessados, assim, não permanecendo possibilidade de julgamento por parte da sociedade.

Pois, é uma realidade atual, existe e entende-se merece o reconhecimento enquanto entidade familiar, sob a proteção do Estado Democrático de Direito.

Em consequência, podendo ser vista, a união poliafetiva como mais uma conciliação familiar futura, para a família brasileira contemporânea, o que não impõe aceitação majoritária, mas estabelece respeito mútuo entre os Brasileiros.

Para tanto, verifica-se, a importância da unificação do entendimento sobre a Poliafetividade, para que pessoas envolvidas não tenham soluções conflitantes, por motivo da interpretação da lei.

Em suma, é de entendimento majoritário, por parte da doutrina, que a união estável merece a mesma proteção do casamento, tendo a Lei, a missão de facilitar a sua conversão em casamento, consequentemente, também permanece entendimento que, o poliamor, moldaria em uma forma de união estável, podendo ser reconhecida como mais um arranjo familiar pautado no afeto, como ocorreu em relação à União Homoafetiva, para os casais Homossexuais.

Posto que, o reconhecimento da União Homoafetiva perante a lei brasileira, proporcionou aos homossexuais que vivem em união estável, a garantia de direitos e igualdade entre a sociedade brasileira, repudiando qualquer espécie de discriminação, independente de aprovação permanecendo o respeito recíproco, e resultando, em uma conquista importante para a evolução cíclica do sistema jurídico brasileiro, no anseio de igualdade entre todos, diante da legislação brasileira.

Portanto, o respeito a qualquer forma de instituição familiar se faz necessário, independente de convicções ou aceitação, mantendo o respeito a cada pessoa humana, e eliminando preconceitos.

Conquanto, as uniões poliafetivas, é uma realidade que se mostra como tantas outras, que por vez, não pode ser visto como uma afronta pela entidade familiar, e sim como um caminhar evolutivo do Direito de Família, uma aspiração de conquista para os desejos diversos, existente diante da sociedade.

Em vista disso, quando presente adversidade à permissibilidade em lei, não convém ao Direito, obstar-se de tais resoluções de conflito, sob o risco de ser inerte e falhar no devido fim, senão a Justiça.

Enfim, do exposto no trabalho, verifica-se a necessidade eminente do direito em acompanhar os movimentos contínuos da sociedade brasileira.

Por essa razão, ressalta, é de relevante importância, avaliar a possibilidade junto à aceitação de diversos arranjos familiares, que possui como principal finalidade a constituição de uma Família, fundamentada no vínculo afetivo, e em uma aceção de vida puramente feliz, de forma responsável, com respeito para um convívio harmonioso em sociedade.

Destarte, o afeto tende a surgir assim como surge à necessidade de transformação do ser humano, para um convívio em sociedade com solidariedade plena, sobre a ótica ponderável.

11. Referências bibliográficas

ARAGUAIA, Mariana. **Brasil Escola**: poliamor. Disponível em:

<<http://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/poliamor.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

BAURU E MARÍLIA. G1 – TV TEM. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>. Acesso em: 10 maio 2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão na Apelação Civil nº 70065432593 /RS. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Publicado no DJ de 31 jul. 2015.

BUDA. Somos o que pensamos. Tudo que pensamos... **Pensador**. Disponível em:

<<http://pensador.uol.com.br/frase/MTQ3NQ/>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família, sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.5.

CUNHA, Matheus Antonio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332#_ftnref1>. Acesso em: 30 abr. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.5.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.5.

FANTÁSTICO. G1. **Dicionário Houaiss reescreve o verbete "família"**. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/05/dicionario-houaiss-reescreve-o-verbete-familia.html>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

FERREIRA, Lílian. TAB. **Muito amor**. Disponível em: <<http://tab.uol.com.br/poliamor/>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.6.

IBDFAM. Assessoria de Comunicação do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Escritura reconhece união afetiva a três. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 30 maio 2016.

MONTEIRO, Mário André. Relacionamento a três: união de "trisal" é reconhecida por lei. **Mundo Masculino.** Disponível em:

<<http://deles.ig.com.br/mundo-masculino/2015-11-24/relacionamento-a-tres-uniao-de-trisal-e-reconhecida-por-lei.html>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

NASSIF, Luis. GGN-O Jornal de todos os Brasis. / Cidadania. **Poliamor:** Rio registra segundo caso de união estável entre três pessoas no país. Disponível em:

<<http://jornalggn.com.br/noticia/poliamor-rio-registra-segundo-caso-de-uniao-estavel-entre-tres-pessoas-no-pais>>. Acesso em: 20 maio 2016.

NICOLAU, André. Três documentários que falam sobre poliamor e suas infinitas maneiras de dizer 'eu te amo'. Disponível em: **Catraca Livre.** Disponível em:

<<https://catracalivre.com.br/geral/invencoes-ideias/indicacao/tres-documentarios-que-falam-sobre-amor-e-suas-infinitas-maneiras-de-dizer-eu-te-amo/>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

OLIVEIRA, Samuel Menezes. Seria constitucional a “novíssima” União Poliafetiva? **Sumaríssimo.** Disponível em:

<<http://www.sumarissimo.com/2012/09/seria-constitucional-novissima-uniao.html>>. Acesso em: 30 maio 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo código civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIOLI, Roberta Raphaelli. O poliamor e a possibilidade da união poliafetiva. **Última Instância.** Disponível em:

<<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/artigos/58182/o+poliamorismo+e+a+possibilidade+de+uniao+poliafetiva.shtml>>. Acesso em: 20 maio 2016.

POLYPORTUGAL. Entrevista sobre poliamor na Rádio Aurora: a outra voz. Disponível em:

<<http://polyportugal.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 20 maio 2016.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico.** 23. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Publicações. Legislação Anotada. **A Constituição e o Supremo.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202019>>. Acesso em: 20 maio 2016.

A questão de nacionalização de produto têxtil no Brasil

Marcela De Lisieux Felipe Prestes De Oliveira¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico do processo de importação têxtil no Brasil. 2.1. Importação e o objetivo do SISCOMEX e SISBACEN. 3. Influência dos portos na importação. 3.1. A utilização do Porto Seco. 3.2. Características do Porto Seco do Cerrado. 4. A nacionalização de produtos. 5. Mercadoria ou produto têxtil. 6. Classificação das mercadorias. 7. Reflexo da incorreta classificação de mercadorias. 8. Os fundamentos da classificação de mercadorias. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas.

81

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo analisar o procedimento de nacionalização do produto têxtil no Brasil, e os efeitos da incorreta classificação do mesmo. Em geral abrangendo todas as cardagens, os tecidos com poliéster, polietileno e outros. Durante o desenvolvimento foram analisados procedimentos e fatores fundamentais para não incorrer em o que nos últimos anos vem gerando grandes perdas as empresas devido a penalização. O histórico de como se iniciou o processo de nacionalização têxtil no Brasil e todos os órgãos que pertencem a estes processos. O trâmite e os fatores para a correta classificação, os reflexos da ocorrência deste erro, jurisprudências ilustrativas e o fundamental Papel Portuário em todo desembaraço. Destacando a importância do Porto Seco do Cerrado que trouxe para nossa região desenvolvimento na área de Logística.

Palavras-chave: Nacionalização. Produtos têxteis. Classificação. Efeitos.

1. Introdução

O presente estudo objetiva analisar a questão da nacionalização de produtos têxteis no Brasil, o que ocorre no processo de importação, e os reflexos da incorreta classificação dos mesmos. Sendo que, o tema é relevante e atual, portanto justifica se presente pesquisa. Percebe-se, que com a globalização e o avanço da tecnologia, pode-se dizer, que nenhum país é bastante suficiente, que não tenha a necessidade de importar produtos que não consegue produzir, ou em razão de menor custo, e também de exportar o seu excedente de produção.

A importação é a entrada de mercadoria ou produtos estrangeiros no território nacional, que pode ser em carácter temporário ou definitivo. Inclusive, se a mercadoria é importada a título definitivo, a mercadoria é de fato nacionalizada.

¹ Acadêmica do 9º período do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unitri.

E, se a mercadoria é importada em caráter provisório, essa ela fica em armazenagem, sob controle aduaneiro, em local alfandegado e com suspensão dos tributos.

Enquanto que, o processo de importação também deve ocorrer em observância a legislação pertinente ao “*Incoterms*” - *International Commercial Terms*, que são cláusulas padronizadas do Comércio Internacional, que definem claramente responsabilidades do devedor e o comprador.

Sendo uma das etapas importantes no processo de importação é a classificação das mercadorias, inclusive de produtos têxteis, que efetuada de forma incorreta poderá trazer transtornos e prejuízos, o que será abordado no decorrer do presente estudo.

Em relação a importação de produtos têxteis e confecção, a crise política e econômica trouxe uma retratação também a esse mercado, contudo as importações seguem em menor volume.

Assim sendo, a presente pesquisa também fará abordagem a aspectos históricos da importação de produtos têxteis no Brasil, quanto a nacionalização de tais mercadorias, bem como, a classificação dos mesmos.

E, também, o papel dos Portos Marítimos e Porto Seco, no processo de importação ainda, serão analisados sobretudo, os efeitos da classificação incorreta dos mencionados produtos, inclusive aspectos históricos.

Para tanto, serão utilizados como fontes, doutrina, legislação pertinente, jurisprudência, jornais, revistas, e o método será o dedutivo.

2. Histórico do processo de importação têxtil no Brasil

Para se entender o início da história e importação e nacionalização do setor têxtil e de confecção brasileiro, o país precisou sofrer mudanças.

Com a globalização surgiu uma nova liberação comercial, as estruturas portuárias se desenvolveram e o Brasil começou a ter uma grande invasão de produtos importados asiáticos, de todos os setores, e principalmente do setor têxtil. Inclusive, a indústria têxtil brasileira tem aproximadamente 200 anos com casos de sucessos e derrotas, passando por crises em diferentes épocas, bem como, outros países da América do Norte, Europa e Ásia.

Para se falar da evolução dos processos de nacionalização e importação dos produtos têxteis, no Brasil, destaca principalmente a China, que aparece atualmente como o líder mundial em exportações de produtos têxteis e confeccionados. E, a grande expansão da economia chinesa sobre a indústria têxtil brasileira, vem cada vez mais se desenvolvendo e ampliando de uma forma surpreendente, com a evolução de produtos com cada vez mais qualidade e preço.

A esse respeito, COSTA e ROCHA (2009) posicionam:

O avanço da China provocou nas empresas dos países desenvolvidos orientação de investimento em etapas de sua produção, tais como no *design*, na organização da produção e

marketing; estes apresentam maior valor agregado, o que os torna polos orientadores da moda mundial.

Pelo que, destaca-se, o Brasil até o final do século XIX, possuía uma indústria têxtil ainda em desenvolvimento, com a suspensão das tarifas alfandegárias sobre a importação de maquinário, o que serviu de estímulo para a criação de tecelagens e fiação de algodão.

Já no século XX, surgiram muitos avanços tecnológicos que influenciaram todo o mundo, e durante a primeira década do século, o Brasil passou de importador para exportador de algodão, já que as fábricas produziam mais que o mercado interno consumia isso seria uma grande evolução para o país.

Mas, em 1914 ocorreu a primeira Guerra Mundial, que com seu advento gerou desaceleração no crescimento da indústria têxtil, algumas fábricas fecharam e grande parte teve que reduzir suas horas de trabalho. Sendo que, o grande fator da guerra foi o comprometimento das importações e exportações entre diversos países.

Todavia, nos anos 90, o Brasil iniciou o processo de abertura geral da economia, isso apresentou efeitos positivos, assim como novos desafios para toda a indústria do país. O comércio global colocou o país em maior contato com o mercado internacional, as indústrias brasileiras estavam em crise e a produção tecnológica em defasagem, enquanto os produtos asiáticos tinham muita qualidade e tecnologia.

Assim, as importações de fios e tecidos sintéticos e artificiais subiam, com a estabilidade da moeda, somada à forte concorrência de tecidos artificiais e sintéticos importados da Ásia, levou à substituição da produção de tecidos planos, por malhas de algodão, cujos investimentos são mais baixos e o produto é mais barato tornando a nacionalização muito viável as empresas. Inclusive, o sentido da criação na área têxtil brasileira foi muito bem elaborada e desenvolvida pelos parceiros chineses, trazendo a brasilidade e identidade nacional ditando tendências expondo nossa cultura e necessidades do consumidor brasileiro.

Por assim ser, oportuno é definir primeiramente a importação, e compreender os principais procedimentos.

2.1. Importação e o objetivo do SISCOMEX e SISBACEN

Ao conjunto de coisas importadas, denomina-se importação. Mas, é preciso compreender melhor o termo importação: “A importação compreende à entrada temporária ou definitiva em território nacional de bens ou serviços originários ou procedentes de outros países, a título oneroso ou gratuito” (Subsecretaria de Aduana e Relações Internacionais — publicado 09/10/2014).

Ainda, sobre a temática:

Importação é um termo que deriva do verbo importar (introduzir produtos ou costumes estrangeiros num país). Trata-se da ação de importar mercadorias ou questões simbólicos de outra nação. Por exemplo: O governo planeia aplicar entraves à importação do

calçado para não prejudicar os produtores locais, a livre importação fomenta o consumo, uma vez que permite baixar os preços, A importação dos materiais que não são produzidos no país torna-se necessária (Subsecretaria de Aduana, 2015).

Desta feita, nota-se da citação supra, que as próprias regras do mercado definem quando e quanto importar.

Sendo que, é o Estado é quem regula a importação de acordo com normativos específicos e as diferenças entre as condições econômicas e as legislações de cada país podem dar origem a distorções no mercado, e até, prejudicar os produtores nacionais.

Isto é, se um país subsidiar a produção de um bem, assim se o bem é X e esse bem for importado por uma nação a preços demasiados baixos, quem produzir o bem X no país importador será prejudicado pelo facto de não conseguir competir.

Relevante, destacar, que para realizar-se a importação de uma mercadoria para o Brasil, em primeiro lugar deve-se verificar a classificação fiscal do produto (código NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul). Desta forma, sabendo a classificação do produto, o importador deve consultar o módulo “Tratamento Administrativo” do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, para verificar se a importação está sujeita a licenciamento e, em caso positivo, qual órgão do governo é responsável pela anuência da LI (Licença de Importação). E, caso haja necessidade de anuência de algum órgão, o importador (ou seu representante legal) deverá registrar a LI no SISCOMEX.

Inclusive, verifica-se, cada órgão anuente possui suas próprias normas. A norma que contém as regras de importação no âmbito desta Secretaria de Comércio Exterior é a Portaria SECEX nº 23/2011. Mas, se a importação for dispensada de licenciamento, o importador deve apenas registrar a Declaração de Importação (DI), que é de competência exclusiva da RFB (Receita Federal do Brasil). “

Contudo, para um melhor entendimento do assunto destaca-se, que o SISCOMEX (*Sistema Integrado de Comércio Exterior*) é um instrumento administrativo que integra as atividades de registro, acompanhamento e controle das operações de comércio exterior. Sistema esse, que foi instituído pelo Decreto nº 660, de 25 de setembro de 1992, e constituiu extraordinário avanço, ao informatizar os controles existentes, que eram realizados por meio de declarações em papel, carimbos e assinaturas. Mas, inovou também, ao criar um fluxo único de informações, em que todos os intervenientes, públicos e privados, registrando informações, declarações em sucessivas etapas, conforme fluxograma estabelecido, uniformizando assim os procedimentos.

O Siscomex Importação, na verdade entrou no ar, em 1º de janeiro de 1997.

Já o SISBACEN, é o Conjunto de recursos de tecnologia da informação interligados em rede e utilizado pelo Banco Central na condução de seus processos de trabalho, e utilizados pelo Tesouro Nacional como meio alternativo para divulgação das portarias de leilões do Tesouro Nacional.

Assim, a entrada e saída de mercadorias do país, passa necessariamente pelo controle dos referidos sistemas: SISCOMEX e SISBACEN e pelo controle legal de diferentes órgãos. E, a entrada de produtos no país ocorre sobretudo, através dos Portos.

3. Influência dos portos na importação

Os portos possuem influência relevante no processo de importação, também de produtos têxteis, sobretudo quanto aos serviços de descarregamento de cargas.

Na nacionalização de produtos têxteis, a atuação Portuária é fundamental, pois no momento da atracação do navio é iniciada a presença de carga do *container* o desembarço é formalmente iniciado, e a partir desse procedimento serão averiguadas todas documentações e possível liberação da carga.

Destaca-se, inclusive, que essa vinculação entre nacionalização e os portos considera-se o início e parte fundamental de todo o ciclo do processo e o momento crucial da análise da classificação da carga.

Sobre o assunto, Ludmar Rodrigues Coelho (2010), manifesta:

Porto marítimo é uma área, abrigada das ondas e correntes, localizada à beira de um oceano, mar ou lago, destinada ao atracamento de barcos e navios, e com o pessoal e serviços necessários ao carregamento e descarregamento de carga e ao estoque temporário destas, bem como instalações para o movimento de pessoas e carga ao redor do setor portuário, e, em alguns casos, terminais especialmente designados para acomodação de passageiros.

Sendo que, Portos Fluviais estão localizados a beira de um rio ou estuário, como Lisboa, Belém ou Manaus. Os maiores portos fluviais do Brasil são Manaus em volume de carga, e Porto Alegre em extensão de cais.

No Brasil os Portos têm papel fundamental na entrada de produtos têxteis pois, uma das características marcantes do processo de globalização é a agilidade da expansão dos serviços portuários, a dinâmica da agilidade nas conexões que transportam bens ou serviços, o crescimento e também uma maior valorização das potencialidades locais, e o respeito a ótica da sustentabilidade.

Além do que, o transporte marítimo com sua intermodalidade que reúne os processos na cadeia de produção global, ajuda na expansão das escalas e rotas marítimas mundiais e o aumento da capacidade física e operacional dos navios.

Com essa articulação e conexão modal o trânsito mercantil, tem a cada dia conseguido assegurar a integração e circulação de mercadorias, facilitando e resultando na integração porto-cidade trazendo uma grande melhoria na Logística e nos serviços.

Percebe-se, também, que os Portos brasileiros, nos últimos 25 anos, reestruturaram-se através de profundas reformas com o intuito de adequá-los à nova ordem estabelecida, a política internacional e seu nível. Assim, com surgimento de novas demandas econômicas ocorridas devido a globalização, foram fundamentais essas inovações para a reestruturação dos portos em escala mundial e a revisão na atuação e seu desempenho.

Dentre os processos de transformações, destaca (BAIRD - 1999) sobre necessidade, de adequações no sentido de melhor atender a realidade atual:

A primeira motivação seria a necessidade de erradicar deficiências nos portos, as que incluem também práticas de trabalho ultrapassadas que perpetuam a manutenção de um grande número de estivadores, o que era muito apropriado nos tempos dos navios convencionais, mas que dificilmente combina com as necessidades da era do contêiner.

No entanto, o Porto Seco também utilizado na importação, é considerado um terminal intermodal terrestre, diretamente ligado por estrada e/ou via férrea, e abrange: “Além de seu papel na carga de transbordo, portos secos, podem também incluir instalações para armazenamento e consolidação de mercadorias, manutenção de transportadores rodoviários ou ferroviários de carga e de serviços de desalfandegamento.” (Ludmar Rodrigues Coelho/ 2010).

Como relação aos principais objetivos dos Portos, destaca-se:

O Rompimento de barreiras, mares, lagos, rios), permitindo o escoamento da produção e serviços, garantindo a manutenção da economia.

O transporte de cargas em grandes volumes, diferenciando-se do transporte aéreo, por obter um custo mais viável diferente do transporte aéreo que não apresenta a mesma capacidade.

Sem contar, que o custo dos portos normalmente é menor do que o de outros meios, com algumas exceções referentes ao turismo (como cruzeiros) e também o transporte ferroviário. Inclusive, trata-se de uma das principais portas de entrada e saída das riquezas de um país, sendo que com a fiscalização ajuda a incentivar o país com o pagamento dos tributos. É um local onde se realizam atividades aduaneiras (relativas à Receita Federal no que diz respeito aos trâmites de mercadoria na importação ou exportação), alfandegárias e comerciais.

Os Portos são considerados estratégicos para garantir a segurança nacional (militarismo), e principal interface da cadeia logística com a sociedade; são considerados um ponto de transição entre os modos terrestre e aquaviários.

Já as cargas e passageiros precisam ser transportados por outros modos de locomoção.

Essenciais ao processo de globalização, os Portos promovem a integração entre “nações”, colaborando efetivamente ao desenvolvimento das economias Internacionais. Sem contar, que possuem uma grande capacidade de volume e podem ser considerados indutores do crescimento econômico dos países e as zonas portuárias apresentam grande importância na manutenção da balança comercial de um país.

E, quando as espécies de Portos, podem ser classificados por três linhas de análise, entre essas linhas estão: quanto à localização, quanto à infraestrutura e quanto à atividade (função). No dizer de Werneck operação Portuária “é a movimentação e armazenamento de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário” (WERNECK-2005).

Inclusive, constata-se, no Brasil é utilizado em grande escala os Portos Secos, com diversas vantagens, mas destaca-se fundamentalmente pela Logística da carga.

3. 1. A utilização do porto seco

Para melhor entendimento da sistemática da utilização do Porto Seco, é necessário, antes de tudo, compreender o funcionamento do DTA, que é um regime de Trânsito Aduaneiro, ou seja, é um benefício concedido a importadores e exportadores, que permite o transporte de suas mercadorias de um recinto alfandegado a outro mais vantajoso, para o desembaraço da carga, através dos modais aéreo ou rodoviário.

No caso, poderá um importador de produtos têxteis, escolha desembaraçar sua mercadoria, e acompanhar todo o processo num recinto alfandegado mais próximo de sua empresa, ou mesmo no caso de um exportador que queira realizar tais operações perto dos pontos de saída mais viáveis ao seu negócio, pela estratégia de localização.

Assim, para a liberação da modalidade o importador/exportador precisa ser habilitado pela Receita Federal para operar suas mercadorias sob o regime de trânsito, e a decisão de trânsito deve ser tomada antes da chegada da carga na zona de desembaraço, para que haja tempo hábil para a operacionalização do fluxo, e custos mínimos para isso.

Mas, antes à atracação o importador/exportador deverá decidir pelo Trânsito, e autorizar os prestadores de serviço logístico a executar as operações de transporte. Os tratamentos que podem ser dados à carga também dependem da necessidade da empresa e da habilitação que ela possui, podendo variar de proximidade da unidade produtiva à urgência da mercadoria numa linha de produção, e dos regimes especiais em que a empresa está inserida.

3. 2. Características do Porto Seco do Cerrado

Trazendo para a região, segue abordagem quanto ao Porto Seco do Cerrado.

O Porto Seco do Cerrado foi construído no Distrito Industrial de Uberlândia e composto de três armazéns, balanças ferroviária e rodoviária, instalado em área superior a 50 mil m².

O grande diferencial do Porto Seco do Cerrado é ter conseguido construir uma moderna infraestrutura para atender às necessidades de importadores e exportadores alcançando com agilidade e redução de custos os trâmites alcançados nos principais portos do Brasil.

O grande incentivo para os importadores utilizarem o Porto Seco do Cerrado é o recolhimento dos custos fiscais de importação apenas no momento de efetiva retirada do Porto, e os exportadores podem acompanhar o desembaraço das cargas nas proximidades de suas instalações.

Assim, para proceder o desembaraço aduaneiro no Porto Seco, faz-se através do transporte em DTA (Declaração de Trânsito Aduaneiro).

Sendo que, o Porto Seco do Cerrado, concentra em um só lugar todos os serviços aduaneiros e possui completa infraestrutura para os mais diversos produtos, garante segurança total às cargas e tranquilidade para os clientes, que contam com todos os benefícios oferecidos. O Decreto Nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.

Como anteriormente mencionado, a entrada de produtos têxteis no Brasil, ocorrem principalmente através dos Portos. Isso, mediante controle, desembaraço, conforme legislação pertinente, que pode ser também através dos Portos Secos.

Mas, só posteriormente acontece o processo de nacionalização dos produtos.

O Porto Seco do Cerrado, em Uberlândia, dispõe de uma moderna infraestrutura para atender às necessidades de importadores e exportadores, com agilidade e redução de custos, através dos principais portos do Brasil.

O Estado de Minas Gerais possui um dos maiores polos na área Têxtil do Brasil, devido a esse grande volume de carga, no processo de importação, no ato do desembaraço obrigatoriamente se paga todas as taxas, e na opção de utilização do Porto Seco do Cerrado esse recolhimento dos custos fiscais de importação, somente acontecerá no momento em que a carga estiver no recinto alfandegado.

Com esse benefício do desembolso financeiro, as mercadorias estando na região da empresa importadora, cresce o volume em até 50 % nas importações têxteis, movimentando as entradas de mercadorias ao Porto Seco do Cerrado.

Em relação ao assunto Anderson da Silva de Carvalho pondera:

Próxima aos portos molhados do Brasil, Uberlândia possui posicionamento estratégico e condições logísticas que despertam o interesse de empresas que necessitam de um local em que possam fazer a movimentação, armazenagem e transbordo de suas cargas com mais velocidade e menor custo. A cidade tem avançado neste sentido, investindo na melhoria das vias, acessos e estrutura. Isso agrega muito aos portos, ao estado de Minas Gerais e ao País, apontou Anderson da Silva de Carvalho, da Log-In Logística (2010).

Portanto, feitas tais considerações quanto as formas e procedimentos de entrada de produtos no país, segue análise quanto a nacionalização.

4. A nacionalização de produtos

Nacionalização é um grupo de ações que fundamentalmente transferem a mercadoria estrangeira para a economia nacional.

Os produtos têxteis importados tiveram um grande aumento de participação no mercado nacional, por serem produzidos com muita qualidade (o que não acontecia no passado), pois tem inovação, designer diferenciado e conseguem obter um preço inferior trazendo ao cliente brasileiro novidades que o mercado nacional não tem a oferecer.

E, sobre os produtos têxteis, o tecido que teve o maior volume de importação no país é o “OXFORD”, está classificado na NCM: 54075200, sendo um produto cuja composição é 100% poliéster, por ser ideal para fabricação de calças, uniformes em geral, ternos, toalhas de mesa para festas e para revenda, cortinas ou decorações.

Pelo que, verifica-se a classificação nos termos legais não é tão simples.

A problemática da classificação incorreta pode gerar muitos casos de perdimento da mercadoria porque algumas empresas não utilizavam a correta NCM, pois com esse grande volume de mercadoria entrando no país são procedidas cotatização, em função desse volume.

Outros produtos têxteis importados são tecidos mistos, ou seja, possuem em sua trama poliéster e algodão (Cotton Popeline) ou poliéster e elastano (Two Way) dentre outros.

Na verdade, a nacionalização é a regulamentação do produto importado, nos termos da legislação pátria. Nesse sentido, Sérgio Verdi (2009):

Regularização de mercadoria importada, com o pagamento dos impostos e taxas devidas, conforme a Tarifa Externa Comum do Mercosul, desembaraçando-a para consumo (utilização). Se a mercadoria é um bem de capital, passa a incorporar o estoque de capital do país, podendo ser entendido, desta maneira, que foi efetivada a sua nacionalização.

É, como explicita o MDIC (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior), o processo de importação e nacionalização de mercadorias, estão à cargo da SECEX, que tem entre outros objetivos a condução das políticas de Comércio exterior.

Sendo que, a SECEX envolve a autorização para importar, que se completa com a análise e enquadramento da mercadoria e a averiguação da necessidade ou não da emissão da licença de importação.

No contexto cambial, é a transferência da moeda estrangeira para o exterior, cujo controle está a cargo do Banco Central, e que se processa por meio de um banco autorizado e o importador pode a operar em câmbio.

Já na área fiscal o despacho aduaneiro, mediante o recolhimento de tributos, e que se completa com a retirada física da mercadoria da alfândega.

Assim, as importações definitivas ocorrem quando a mercadoria importada é nacionalizada, independentemente da existência de cobertura cambial, ou seja, mesmo nos casos que não haja relação de compra e venda (transação comercial). Somente em alguns casos de exceção as mercadorias e ou as operações são dispensadas da emissão de licença de importação, a importação a título definitivo necessita de autorização da secretaria de comércio exterior (SECEX) do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC. Já as importações não definitivas são caracterizadas contrariamente às importações definitivas, ou seja, não ocorre nacionalização. Ocorre quando as mercadorias importadas sob o regime aduaneiro especial de admissão temporária após a sua permanência no país, pelo período previamente estabelecido, são reexportadas.

Oportuno, salientar, que durante algum tempo, mas precisamente até o ano de 1988, nacionalizar era sinônimo de despachar para consumo, ou seja, o processo de nacionalização ocorria quando estava liberada a mercadoria com o seu despacho para consumo e com o pagamento das despesas aduaneiras.

Porém, com o advento da Portaria MF 300/88, houve alteração, ou seja: “Nacionalização de mercadoria importada é a sequência de atos (procedimento) que transferem a mercadoria da economia estrangeira para a economia nacional”.

E, por disposição da referida portaria, entende-se, que o importador nacionaliza sua mercadoria quando age no sentido de transferir a mercadoria estrangeira para a economia nacional, ou seja, o fato da ocorrência da nacionalização e tornar a propriedade pertencente ao país.

Isto é, processo para tornar a mercadoria definitivamente nacionalizada e transferi-la entrando na economia nacional, como propriedade do importador brasileiro. Esse processo se inicia anteriormente a mercadoria chegar ao país, processo esse, que começa a partir do momento do envio de uma fatura transferindo essa propriedade.

Até porque, só após essa primeira fatura (*Proforma Invoice*) é procedida uma análise documental principalmente averiguando a NCM e as possibilidades de a mercadoria entrar legalmente no país. Inclusive, são as Licenças de Importações, durante esse processo de deferimento pode-se proceder a cotação do Frete Internacional e aguardar.

Pelo que, observa-se, os produtos têxteis têm inúmeras classificações e incluem qualquer uma das posições dos Capítulos 50 a 55 do Sistema Harmonizado, ou das suas posições 5809 ou 5902 essas composições são constituídas inteiramente pela matéria têxtil que predomina em peso sobre cada uma das outras matérias têxteis.

Na ocorrência de nenhuma matéria têxtil predominar em peso, o produto é classificado como se fosse inteiramente constituído pela matéria têxtil que se inclui na posição situada em último lugar na ordem numérica, dentre as suscetíveis de validamente se tomarem em consideração.

Inclusive, na elaboração da LI se descreve essas composições elaborando correta classificação. Com o deferimento das LIs e com a negociação das partes efetivadas através de contrato assinado, autoriza-se o embarque.

Sendo que, é durante a navegação da carga, que se obtém os valores fáticos, corretamente precisos, sendo emitida pelo fornecedor a Fatura Final (*Commercial*

Invoice), após esse recebimento procede-se a emissão das Lis Substitutivas e finais, precisamente iguais as quantidades embarcadas e seus valores definitivos.

Mas, anteriormente ao registro da DI, ocorrem os pagamentos de taxas marítimas e no ato do despacho aduaneiro o pagamento das taxas finais para aguardar o posicionamento do fiscal e sua parametrização. Entretanto, só após todas essas etapas e mercadoria é liberada e finalmente nacionalizada. A descarga da mercadoria, anteriormente ao despacho para consumo, a mesma já não pertence à economia do exterior e, sim, a economia nacional.

Inclusive, a mercadoria somente poderá circular livremente no país após toda essa liberação, pois fica retida pela Alfândega, que tem poderes para permitir sua circulação. Isto é: “Para que haja a circulação, a lei aduaneira exige a propositura de um despacho para consumo (da mercadoria já nacionalizada)”.

A DI é um documento formalizado e emitido pelo importador, elaborada eletronicamente que consolida todas as informações de uma importação de bens, as informações tributárias, fiscais, cambiais, comerciais e estatísticas. O que tem fundamento na Instrução Normativa SRF N: 680 de 02 de outubro de 2006. Portanto, após menção a importação e nacionalização de produtos e respectivo procedimentos, oportuno definir mercadorias ou produtos.

5. Mercadoria ou produto têxtil

A mercadoria é o que pode ser objeto do comércio, ou seja o que se pode vender e comprar. Assim, mercadoria ou produto pode ser nacional se produzida no Brasil, estrangeira quando produzida no exterior. Ainda, nacionalizada, se produzida no exterior, mas incorporada à economia brasileira.

E, quando aos produtos Têxteis especificadamente o INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia) que é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que atua como Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro), define produtos têxteis: “Os produtos têxteis são aqueles que na forma bruta ou de produtos intermediários das diversas fases do ciclo industrial concluído sejam compostos, exclusivamente, de fibras e/ou filamentos Têxteis”.

Inclusive, vale destacar, que Produtos Têxteis abarcam diferentes composições, desde fibras ou filamentos têxteis e outros.

Nesse aspecto:

Produto Têxtil é aquele que, em estado bruto, semi-beneficiado, beneficiado, semi-manufaturado, manufaturado, semi-confeccionado ou confeccionado é composto de fibras ou filamentos têxteis. Também são considerados produtos têxteis os produtos que possuam, pelo menos, 80% de sua massa constituída por fibras ou filamentos têxteis (assemelhados têxteis). Os revestimentos de móveis, colchões, travesseiros, almofadas, artigos de acampamento, revestimento de pisos e forros de aquecimento

para calçados e luvas, cujos componentes têxteis representem, pelo menos, 80% de sua massa. Os produtos têxteis incorporados a outros produtos, dos quais passem a fazer parte integrante e necessária, exceto calçados. Texto desenvolvido pela Assessoria de Comunicação e pelo Departamento de Tecnologia da Informação do IPEM-SP. (2013)

Como pode ser observado, a definição de cada mercadoria, particularidades e correta classificação, se faz necessário, também no processo de importação e nacionalização de produtos. O que não é diferente para produtos têxteis, que de fato, a diversidade é abrangente.

6. Classificação de mercadorias

Uma das etapas importantes do processo de importação é a classificação de mercadorias, que determina o tratamento fiscal, tributário e burocrático.

Ainda, determina a situação do produto, não podendo, portanto de forma nenhuma, ser procedido de forma incorreta. Portanto, deve ser elaborado com total atenção e precisão, é preciso consultar código, nomenclaturas, ou seja, leis, inclusive as definições devem ser obtidas por meio de análises extensas, baseadas na origem, na composição e no uso dos produtos.

Até porque, com a classificação correta, pode se evitar grandes transtornos no desembaraço aduaneiro, permitindo a rápida chegada das mercadorias.

Enquanto que, em alguns casos, a classificação pode incluir as mercadorias em tratamento fiscal, com itens possuidores de isenção tributária.

Já no caso de uma classificação equivocada, poderão ocorrer muitos riscos e perdas para a operação. Riscos estes, que incluem atrasos, reclassificações e até mesmo multas. Assim, a única forma para se evitar tais riscos, é isso é que o procedimento da classificação seja elaborado por profissionais qualificados. Inclusive, sem dúvida, investir na classificação é fundamental para garantir qualidade e sucesso às importações.

Sobre a temática, é o entendimento da Receita Federal do Brasil:

A Classificação Fiscal de Mercadorias é importante não somente para determinar os tributos envolvidos nas operações de importação e exportação, e de saída de produtos industrializados, mas também, em especial no comércio exterior, para fins de controle estatístico e determinação do tratamento administrativo requerido para determinado produto. Os produtos classificados devem estar de acordo com as nomenclaturas, criadas com base na Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias (SH), isto é: NCM - Nomenclatura Comum do Mercosul e NALADI - Nomenclatura Aduaneira da Associação Latino-Americana” passem a fazer parte

integrante e necessária, exceto calçados. Texto retirado do site da Receita Federal do Brasil. (2015).

Além do mais, o ato da classificação fiscal de mercadorias é ciência complexa, com muita análise e muitas nuances, em virtude de todas as regras aplicáveis.

Desta forma, existem inúmeras possibilidades de se cometer erros enormes, devido a todos os fatores expostos, a classificação é fundamentalmente essencial para o desembaraço das mercadorias.

7. Reflexos da incorreta classificação de mercadorias

Conforme anteriormente mencionado, a nacionalização de produtos, inclusive têxteis, deve ocorrer de acordo com a previsão legal.

Mas, a problematização a ser analisada, é o reflexo da incorreta classificação de mercadorias, que nos dias atuais vem acometendo tanto os importadores, como os exportadores, causando enormes prejuízos e até o perdimento de mercadorias.

Pois é relevante, destacar, que a classificação conforme NCMS Nomenclatura Comum do Mercosul, trata-se de um código de oito dígitos estabelecido pelo Governo Brasileiro para identificar a natureza das mercadorias e promover o desenvolvimento do comércio internacional, além de facilitar a coleta e análise das estatísticas do comércio exterior.

Sendo que, quanto a classificação das mercadorias, primeiramente deve-se observar a obrigatoriedade da classificação fiscal. Pois, o importador recebe de seu fornecedor a NCM (Nomeclatura Comum do Mercosul) de cada produto, devendo verificar se condiz a descrição com a mercadoria.

Até porque, rigorosamente as empresas procedem em sua rotina a conferência das NCM adotadas por seus fornecedores, tarefa essencial, haja vista que erros de classificação podem impactar, inclusive, no montante dos tributos a serem recolhidos.

Além do mais, a adoção de códigos incorretos de NCM podem ocasionar diversos problemas, desde a tributação incorreta, as sanções em operações de importação. E, o que é mais preocupante, a incidência de erros causa impactos.

Sendo que, em processos de importação, é algo muito crítico, pois além das multas existentes no âmbito aduaneiro, pode implicar no não desembaraço da mercadoria, ocasionando sérios prejuízos às empresas, em razão de ser uma modalidade que exige um profundo estudo técnico da mercadoria, à vista de amostras e descrições detalhadas.

Inclusive, percebe-se, as autuações envolvendo classificação incorreta de produtos são comuns e recorrentes.

Portanto, para que se possa classificar um produto corretamente, é importante que todas as informações técnicas do produto estejam disponíveis, de forma que seja possível fazer um perfeito enquadramento na TEC (Tarifa Externa Comum).

Pois, conforme Tratado de Assunção os países integrantes do Mercosul, como o Brasil, adotam a Tarifa Externa Comum (TEC), de acordo com a Nomeclatura do

mencionado bloco. Inclusive, a TEC é regulada pelo DECRETO 2.376/97, que incorporou o ordenamento jurídico brasileiro, e é disciplinado pela resolução do CAMEX (Câmara de Comércio Exterior).

Ainda, a incorreta classificação pode causar uma desclassificação fiscal, trazendo consequências insolúveis a empresa, além das penalidades aplicadas por erro de Classificação, que estão previstas no Regulamento Aduaneiro Decreto 6.759/09, e na Lei 10.833/03, inclusive aplicação de multa.

Contudo, não cabe a aplicação de multa e juros de mora, ao contribuinte que classificou bens incorretamente nos códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), em razão de observância da classificação constante dos anexos do Decreto 5.057/04, durante sua vigência.

Todavia, se ocorrer a divergência entre a classificação ofertada pelo contribuinte e o fiscal não se pode deixar de ser procedida defesa muito claramente argumentada apontando a inconsistência da exigência aduaneira, e fundamentalmente provar que em outros desembaraços aduaneiros, o Fisco aceitou a classificação da NCM.

Pelo que também verifica-se erros na classificação de mercadorias podem ocorrer, mas a boa-fé deve estar presente. Haja vista, a intenção de burlar o fisco é inadmissível e ilegal.

Nesse sentido, é o julgamento sobre divergências de nomenclatura:

“ADMINISTRATIVO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CÓDIGO NCM-NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL. DIVERGÊNCIA ENTRE OS CÓDIGOS INFORMADOS NO CERTIFICADO DE ORIGEM E NA DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. ERRO DECORRENTE DE ATO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO ADUANEIRA, PRATICADO EM IMPORTAÇÃO ANTERIOR DE PRODUTO IDÊNTICO. BOA-FÉ. ISENÇÃO DOS PRODUTOS. INAPLICABILIDADE DE MULTA E DE EXIGÊNCIA DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. 1. Exigência de multa e do Imposto de Importação à importadora de produto isento oriundo da Argentina (borracha sintética), País membro do acordo do MERCOSUL, devido à verificação de divergência entre os códigos NCM indicados no Certificado de Origem (4002.19.19 - borracha sintética não carboxilada) e na Declaração de Importação (4002.19.20 - borracha sintética carboxilada). 2. A indicação pelo importador do código NCM 4002.19.20 baseou-se na medida da Autoridade Aduaneira, que determinou a retificação de Declaração de Importação realizada pela mesma empresa anteriormente, em outubro/2002, para apontar aquele código a produto idêntico ao objeto do presente mandamus (Borracha sintética ARPOL 1502), já que a importadora teria informado o código 4002.19.19. 3. A divergência entre o Certificado de Origem e a DI não pode acarretar a aplicação de multa ou do Imposto de Importação, do qual a empresa estaria isenta, quando aquela divergência se deu em face das exigências da própria Autoridade Aduaneira, manifestadas em outro processo de desembaraço aduaneiro, idêntico ao sob exame, de mercadoria importada pela mesma empresa.” (Março/2007).

Vale salientar, também, que no referido julgado a defesa administrativa foi rejeitada, devendo ser acolhida a classificação NCM ofertada, determinada pela fiscalização aduaneira.

Ainda, assim, havendo argumentos favoráveis ao contribuinte, uma demanda ressarcitória poderá ser intentada contra a Aduana/União Federal buscando a reparação dos prejuízos financeiros daí advindos.

É certo, também, que enquanto pendente a Consulta Formal, deverá o contribuinte acolher a classificação ofertada pelo Fiscal (pois, caso a consulta seja favorável ao contribuinte, poderá ser solicitado o ressarcimento do que foi pago indevidamente, conforme citado alhures.

Contudo, o que não pode ocorrer, por parte da Aduana, Partição governamental oficial de controle do movimento de entradas e saídas de mercadorias para o exterior, ou dele provenientes, responsável, inclusive, pela cobrança dos tributos pertinentes, a retenção e/ou perdimento da mercadoria, pela divergência/classificação incorreta da NCM.

Entretanto, o desembaraço aduaneiro é procedido no recinto alfandegado, ou seja, é um local composto por um espaço fechado alfandegado situado dentro ou fora da zona primária. São áreas demarcadas pela autoridade aduaneira competente, onde ocorrem sob controle aduaneiro pela Receita Federal, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias procedentes do exterior, ou a ele destinadas, inclusive sob regime aduaneiro especial.

Nesse sentido, prevê o art. 9º do Regulamento Aduaneiro (Dec. 6.759/09):

Art. 9º Os recintos alfandegados serão assim declarados pela autoridade aduaneira competente, na zona primária ou na zona secundária, a fim de que neles possam ocorrer, sob controle aduaneiro, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de:

I – mercadorias procedentes do exterior, ou a ele destinadas, inclusive sob regime aduaneiro especial;

II – bagagem de viajantes procedentes do exterior, ou a ele destinados;

III – remessas postais internacionais.

Parágrafo único. Poderão ainda ser alfandegados, em zona primária, recintos destinados à instalação de lojas francas.

E, quanto ao perdimento de mercadoria, esse consiste na aplicação procedida pela Receita Federal, de apreensão de mercadoria importada de maneira legal, porém com pagamento menor de impostos. Entretanto, a pena de perdimento de bens ou mercadorias está amparada legalmente pelo disposto no art 5º, incisos XLV e XLVI, alínea “b”, da Constituição Federal Brasileira de 1988. Mas, existem as hipóteses cabíveis de aplicação de pena de perdimento de mercadorias encontrados no Regulamento

Aduaneiro. Mas para tanto, deve haver prova, por parte do contribuinte, de que não houve declaração falsa, artifício e; ou má-fé na NCM (classificação) adotada.

Entretanto, assim ocorrendo, nota-se que os Tribunais têm afastado tais penalidades extremas, mas condicionado ao pagamento dos tributos inerentes à operação.

Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO. PENA DE PERDIMENTO. DIVERGENCIA DE CLASSIFICAÇÃO TARIFARIA. LIBERAÇÃO MEDIANTE PAGAMENTO DOS TRIBUTOS E MULTAS E ACRESCIMOS. APELAÇÃO PROVIDA NOS TERMOS DO § 3º DO ARTIGO 515 DO CPC. 1. Discute-se o direito ao não perdimento de bens, em virtude de pretendida reclassificação fiscal, tendo como fundamento, a desproporcionalidade da pena a ser imposta, por não ter havido falsa declaração de conteúdo, evidenciando-se a ausência de fraude... A legislação Aduaneira adotou no seu contexto vários tipos de sanções, destinadas não só ao controle administrativo como também ao controle fiscal, dentre elas o de perdimento de bens, introduzida no ordenamento aduaneiro pelo Decreto-Lei nº 1.455/76. 4. O perdimento de mercadorias é uma das sanções administrativas e é desencadeada por irregularidades, detectadas por ocasião da importação e respectivo desembaraço aduaneiro, em razão do controle das entradas de bens no país que a Administração faz por meio de seus agentes. 5. Trata-se de mero erro na classificação tarifária do produto. A importação foi regular, quanto à identificação do produto, quantidade e recolhimento de tributos, diante da classificação ofertada, remanescendo apenas a dúvida quanto à nova classificação e recolhimento de tributos, não sendo o caso de perdimento, por ausência de clandestinidade e fraude. Precedentes. 6. Apelação provida, nos termos do § 3º do artigo 515, do Código de Processo Civil, reformando a sentença a quo, afastando a pena de perdimento.” (Jurisprudência Novembro/2008.)

Portanto, do anteriormente abordado quanto a erros de classificação de mercadorias, verifica-se, que além do transtorno, pode ocorrer sanções administrativas e multas.

8. Fundamentos da classificação de mercadorias

No âmbito da classificação legal das mercadorias, algumas tem de classificação muito simples, outras, ao contrário, são muito complexas desafiando a argúcia do classificador.

Sendo que, a elaboração da consulta deve ser solicitada à Receita Federal que irá informar qual a classificação correta para uma mercadoria, garantindo a eficaz segurança jurídica ao contribuinte, que assegura uma tranquilidade no momento de desembaraço.

Porém, por diversas vezes o contribuinte não tem propriamente uma dúvida, mas devido a parametrização de uma ou outra mercadoria entrar no país, tende a optar por uma preferência a determinada classificação nesse momento ela faz a consulta para se acobertar, quando recebe a resposta e a mesma não é o que ele esperava rapidamente tenta recorrer da decisão.

Quanto à interpretação da classificação o regulamento aduaneiro esclarece:

Art. 94. A alíquota aplicável para o cálculo do imposto é a correspondente ao Parágrafo único. Para fins de classificação das mercadorias, a interpretação do conteúdo das posições e desdobramentos da Nomenclatura Comum do Mercosul será feita com observância das Regras Gerais para Interpretação, das Regras Gerais Complementares e das Notas Complementares e, subsidiariamente, das Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, da Organização Mundial das Aduanas (Decreto-Lei nº 1.154, de 1º de março de 1971, art. 3º, caput).

Desta forma, além das disposições do referido Decreto, a Classificação deve ocorrer em observância as Nomenclaturas Comum do Mercosul.

O Tratado de Assunção foi assinado em 26 de março de 1991 sua principal função é a criação do Mercosul (Mercado Comum do Sul), que consiste em um acordo de livre comércio entre países, que visa eliminar barreiras comerciais, políticas e sociais entre seus membros.

Todavia, a articulação política que gerou o bloco começou em 1985, entre Brasil e Argentina. O mesmo tem por objetivo, a qualidade de vida inclusive, consolidar a integração política, econômica e social entre os países que o integram, fortalecer os vínculos entre os cidadãos do bloco e contribuir para melhorar sua qualidade de vida. Ele visa à formação de mercado comum entre seus Estados Partes.

De acordo com o art. 1º do Tratado de Assunção:

Estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial conjunta em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;

Livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países do bloco;

Coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes;

Compromisso dos Estados Parte em harmonizar a legislação nas áreas pertinentes, a fim de fortalecer o processo de integração. Mercadorias, da Organização Mundial das Aduanas (MARÇO/1991).

Após a criação do Tratado de Assunção, foi adotado pelos quatro Estados Partes do MERCOSUL Tarifa Externa Comum (TEC), com base na Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM), com os direitos de importação incidentes sobre cada um desses itens.

Foram estabelecidas no ano de 1992, que a TEC deve incentivar a competitividade dos Estados Partes e seus níveis tarifários devem contribuir para evitar a formação de oligopólios ou de reservas de mercado.

Foi acordado que a TEC atenderia os critérios de ter pequeno número de alíquotas; baixa dispersão; maior homogeneidade possível das taxas de promoção efetiva (exportações) e de proteção efetiva (importação); que o nível de agregação para o qual seriam definidas as alíquotas era de seis dígitos.

Em relação a TEC, são utilizados internacionalmente para identificar os tipos de produtos e as alíquotas do Imposto de Importação e IPI (Imposto Sobre produtos Industrializados).

As tabelas de TEC (Alíq. de Imp. de Importação) e TIPI (Alíq. de IPI) informam as alíquotas dos impostos com base nos códigos do NCM. Os mesmos códigos são utilizados para emissão de DANFE (NOTA FISCAL). Além do Imposto de Importação (I. I.) e IPI, sobre os produtos importados são cobrados também o PIS, COFINS, ICMS.

9 . Considerações finais

Com a globalização temos no âmbito mundial a interação cada vez maior entre os países, o que tornou os processos de importação e exportação bem mais acessíveis a todos.

A grande problemática da sistematização dos procedimentos aduaneiros, e a questão toda classificação e da nacionalização dos produtos têxteis no Brasil, para se alcançar o objetivo do processo é sempre estar atendo, e seguir todas as normas impostas pelo nosso governo para não se incorrer no erro e perda de mercadorias, se ocorrem restrições e sanções em nosso país não devemos dar margem a confrontarmos o que deve ser procedido.

Especificamente com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, os importadores devem seguir o Decreto Nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.

Com a nacionalização através da importação conseguimos desenvolver nossa economia com incentivo ao país através de impostos, crescimento da economia e geração de empregos.

Para se alcançar o objetivo do processo é sempre estar atendo; e seguir todas as normas impostas pelo nosso governo para não se incorrer no erro e perda de mercadorias;

se ocorre restrições e sanções em nosso país não devemos dar margem a confrontarmos o que deve ser procedido.

Especificamente com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, os importadores devem seguir o Decreto Nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009; que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior: “A importação pode ser definida como o ingresso no país de riquezas originárias do exterior, materializadas por bens, ou ainda pelos efeitos da execução de serviços” (FARO; 2010, p. 82).

Importar se mostra cada vez mais benéfico, principalmente para as empresas que estão em busca de adquirir novas tecnologias. Esse procedimento mostra ser propício para tal, conseqüentemente há a modernização do parque industrial. Em se tratando dos produtos, normalmente os preços são bem mais competitivos comparados com os praticados no território nacional, assim destinados à fabricação de mercadorias com maior produtividade e qualidade” (VIEIRA, 2013).

10. Referências bibliográficas

AMORIM, Alberto Henrique. Competitividade internacional do complexo têxtil brasileiro. **REDIGE**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 323**. Conteúdo Jurídico, Brasília. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.1311 &seo=1>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

CAPARROZ, Roberto; LENZA, Pedro. **Comércio internacional e legislação aduaneira esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COSTA, A. C. R. da; ROCHA, E. R. P. da. Panorama da cadeia produtiva têxtil e de confecções e a questão de inovação. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 159-202, mar. 2009.

DENARI, Zelmo. **Curso de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUERRA, Nelson. **SISCOMEX: importação, manual do usuário, roteiro passo a passo**. São Paulo: Aduaneiras, 1997.

MAIA, Jayme de Mariz. **Economia internacional e comércio exterior**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MESQUITA, Gil Ferreira de; COELHO, Edihermes Marques. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Uberlândia: IPEDI, 2005.

SILVA, Guilherme A. **Dicionário de relações internacionais**. Barueri (SP): Manole, 2010.

VAZQUEZ, Jose Lopes. **Comércio exterior brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WERNECK, Paulo. **Comércio exterior e despacho aduaneiro**. Curitiba: Juruá, 2006.

A responsabilidade civil do Estado em face de ato omissivo

Guilherme Marcelino Jesuíno de Jesus¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica da responsabilidade civil e como é abordada atualmente em nosso ordenamento jurídico. 2.1. Conceito de responsabilidade. 2.2. Conceito de responsabilidade civil. 2.3. Objetivo da responsabilidade civil. 3. Da responsabilidade objetiva ou teoria do risco. 4. Fatores que compõem a responsabilidade civil. 4.1. Conduta. 4.2. Dano. 4.3. Nexo de causalidade. 5. Da responsabilidade civil do Estado. 5.1. Evolução histórica da responsabilidade do Estado. 6. Responsabilidade civil do Estado decorrente de conduta omissiva. 6.1. Responsabilidade civil objetiva em face de atos omissivos: jurisprudência e doutrina majoritárias no Brasil. 6.2. Considerações importantes acerca da responsabilidade civil objetiva do Estado em face de atos omissivos. 7. Teoria da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral. 8. Convergência jurisprudencial entre o STF e o STJ e as divergências em detrimento aos doutrinadores. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

100

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo discutir, com base na doutrina e jurisprudência brasileiras, com olhar crítico, como têm sido abordadas questões onde a Administração Pública é omissa, e devido a essa omissão, causa danos a seus administrados. É sabido que este é um tema muito polêmico em nossos dias atuais, portanto resolvi me enveredar com mais profundidade, até por ser uma área que tenho bastante apreço dentro do Direito, justificando assim a pesquisa. Como metodologia, será utilizado o método indutivo, pois a partir das análises que serão realizadas, conseguiremos por fim obter uma conclusão visando responder a pergunta proposta na problemática do tema. Como referencial teórico, serão utilizadas doutrinas clássicas e contemporâneas, contendo então o posicionamento e traçando perfis desses autores em relação ao tema, e também jurisprudências e posicionamentos de Tribunais Superiores, Regionais Federais e Estaduais. Como resultado dessa pesquisa, temos o intuito de esclarecer o leitor acerca do polêmico tema proposto, nos posicionando acerca de alguma teoria que acreditamos ser a que prevalece como correta, expondo motivos plausíveis a serem considerados e baseando-nos dentro do Princípio da Legalidade e do Estado Democrático de Direito, previstos na Constituição Federal da República do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Estado. Omissão.

1. Introdução

¹ Bacharel em Direito, egresso do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI, concluído em junho de 2016. guilherme-jesuino.adv@outlook.com

O objetivo principal deste trabalho é realizar um estudo científico sobre a responsabilidade civil do Estado em face de ato omissivo e identificarmos com uma aprofundada pesquisa, como vem sendo tratado um tema bastante polêmico que compõe basicamente dois ramos do Direito, o primeiro da Responsabilidade Civil, e o segundo, não menos importante, a seara do Direito Administrativo, onde estão previstos a maioria das normas que regulam os atos do Estado, em sentido amplo, denominado também de Administração Pública.

O problema central da pesquisa é respondermos a uma pergunta, ao Estado pode ser imputada a responsabilização de acidente automobilístico devido a irregularidades na pista? E para isso será explanado vários posicionamentos acerca do tema, com auxílio de doutrinadores reconhecidos em nível nacional e internacional por suas excelentes obras, e também por julgados importantes que formam a jurisprudência majoritária em nosso Estado.

O estudo desse tema é fundamental para definirmos como a Administração Pública deverá responder em juízo quando acusada de ter lesionado um terceiro devido a alguma omissão, causada na maioria das vezes por seus agentes públicos ou aos que são equiparados a estes. Tema de bastante relevância, pois, tanto na advocacia forense atuando na defesa de seu cliente lesado por alguma omissão do Estado, quanto atuando como membro do Ministério Público, seja ele Federal ou Estadual, nos depararemos com tais circunstâncias e ações que versem a respeito desse tema, o que não é incomum em nossa sociedade contemporânea, onde cada vez mais o Estado atrai para si responsabilidades, retirando algumas liberdades de particulares em detrimento da proteção e garantia dos direitos da coletividade.

O trabalho foi estruturado em duas partes, a geral, onde serão expostos os conceitos básicos da Responsabilidade Civil e como ela se aplica ao Estado, em seu sentido *lato sensu*, e num segundo momento, a parte especial, onde a pesquisa se aprofundará ao tema e à problemática de maneira mais específica, visando responder ao problema exposto no tema da pesquisa.

O método de pesquisa será o indutivo, já mencionado no resumo (tópico anterior), onde a pesquisa acerca do tema possui o objetivo de responder a problemática proposta; já o tipo de pesquisa, será o de pesquisa acadêmica, realizada em Instituição de Ensino Superior e sendo orientada pelo professor da própria Universidade, com o intuito de aprofundar em algum tema específico que o acadêmico esteja estudando ou já tenha estudado.

2. Evolução histórica da responsabilidade civil e como é abordada atualmente em nosso ordenamento jurídico

Quando tratamos do início da civilização, a responsabilidade civil se pautava na vingança de uma maneira coletiva, ou seja, quando alguém ofendia algum componente de determinado grupo, aquele grupo que tinha um de seus componentes ofendidos se vingava daquele ofensor de maneira violenta, aplicando-se de certa forma uma punibilidade àquele indivíduo.

Em um determinado momento histórico esse instituto sofreu uma evolução e a punição que outrora era coletiva passou a ser individualizada, caindo por terra a ideia de

grupo, portanto, quando algum indivíduo causava dano a outro, aquele que se sentia lesado devolvia a ofensa, também lhe causando dano, que deveria ser proporcional ao sofrido.

Chamamos também esses atos de “fazer justiça com as próprias mãos” com fundamentos na Lei de Talião, que vigia à época. Inclusive utilizava-se de um jargão bastante conhecido nos dias atuais: “olho por olho, dente por dente”. Nesse contexto histórico, a única intervenção do poder público era para definir parâmetros que poderiam ser utilizados para se punir determinado indivíduo que causasse dano a outro, sabendo que a punição a ser aplicada deveria ser proporcional ao dano sofrido.

Em uma segunda etapa, verificando-se que aquela forma de composição dos conflitos já não era a mais adequada, de uma maneira mais racional passou-se então a deixar de lado a pena de Talião, e começa-se então a ser cobrado o ressarcimento daqueles que causavam lesões a outrem por meio de prestações pecuniárias, onde um desses ressarcimentos trazia o nome de *poena*, e nesses casos o causador do dano ficava obrigado a ressarcir o lesado com valores em dinheiro de acordo com a gravidade da lesão que causara.

Após essa segunda etapa, num determinado momento histórico, inicia-se um processo chamado de composição legal, onde podemos afirmar ser um progresso da civilização se considerarmos que o Estado passa a se posicionar como um defensor dos direitos de seus administrados, porém um retrocesso, na medida em que a punição ora aplicada era a pecuniária, e nessa época voltou-se a punir de forma parecida à Lei de Talião, como por exemplo, fraturas, violências de forma leve, golpes, bofetadas, entre outros tipos de agressão, ou seja, o Estado agora detendo o *jus puniendi*, retrocede a um período em que já tinha se superado.

Após esse período só tivemos mudança, quando da introdução dos conceitos jus-romanísticos, da *Lex Aquilia de Damno*, que surgiu nos tempos da República e alterou a forma punitiva que ainda permanecia à época, saindo da seara física e se evoluindo para reparação pecuniária, referindo-se ao valor da res ou coisa.

No que concerne à culpa, há certa discussão, pois alguns doutrinadores afirmam que ela não existia naquela época, e que não se encontrava na Lei Aquilia; já outros, afirmam que ela existia, inclusive sendo de extrema importância para identificação da responsabilidade civil (*In Lege Aquilia et levissima culpa venit*). A teoria da responsabilidade ganhou força com a abordagem da doutrina acerca do tema, onde se podem destacar dois autores e juristas franceses, Domat e Pothier, que juntos foram responsáveis pela criação da responsabilidade civil e quase todas as legislações fundadas na culpa extraíram de suas obras, princípios para legislarem a respeito.

Com o passar do tempo foram sendo observados que o dever de reparação do dano não poderia ser aplicado somente quando se existisse a culpa, denominada à época responsabilidade subjetiva, passando a existir a chamada teoria do risco, onde começou a ser considerada responsabilidade objetiva, suscitando a ideia de que todo risco deve ser garantido, independente da existência de culpa ou dolo do indivíduo que tenha causado o dano.

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes

(*ubi emolumentm, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros (CC art. 927, parágrafo único) (DINIZ, 2011, p. 68).

No que se refere às formas de indenização, quem causava a lesão respondia com seus bens patrimoniais, buscando sempre o ressarcimento de forma integral ao lesionado com base no princípio da *restitutio in integrum*, ressarcindo nos limites das suas forças patrimoniais, visando compensar o dano sofrido pelo lesionado.

103

Podemos então, com base em uma análise histórica, afirmar que o Brasil passou por três grandes momentos no que se refere ao tema ora analisado. O primeiro foi de que o Reino se baseava nas normas do Direito Romano, aplicando-se de forma subsidiária a lei pátria, também conhecida como “Lei da Boa Razão” (Lei de 18 de agosto de 1769). Já o segundo momento, a ideia de responsabilização se concentrou no Código Criminal de 1830 que vigorava a época e que tinha o objetivo de “satisfação”, a mesma ideia que temos atualmente, que é a de ressarcimento ao bem lesionado. Já no terceiro momento, houve a separação da responsabilidade civil da penal, onde esta primeira passou a se posicionar dentro da legislação civil.

2.1. Conceito de responsabilidade

A palavra responsabilidade advém do verbo latino *respondere*, ou seja, o mesmo que dizer que uma pessoa tornou-se garantidora de alguma coisa. O termo responsabilidade também teve suas raízes advindas da palavra *spondeo*, que também possui origem latina e retrata a maneira que se vinculava o devedor em contratos verbais, no direito romano.

Importante destacarmos a origem da palavra que é objeto de nosso estudo, e mostrar o seu significado quando se originou, que foram: “posição daquele que não executou o seu dever” (DINIZ, 1998, p. 33) ou também “a ideia de fazer com que se atribua a alguém, em razão da prática de determinado comportamento, um dever” (RODRIGUES, 1995, p. 5).

No entanto, o conceito jurídico da palavra responsabilidade é: uma responsabilidade atribuída a determinado indivíduo, que por meio de uma ação ou omissão, violou algum bem jurídico tutelado, gerando para si determinada sanção, seja ela de âmbito penal ou cível.

A violação de um direito gera a responsabilidade em relação ao que a perpetrou. Todo ato executado ou omitido em desobediência a uma norma jurídica, contendo um preceito de proibição ou de ordem, representa uma injúria privada ou uma injúria pública, conforme a natureza dos interesses afetados, se individuais ou coletivos. (LOPES, 1996, p. 550-551).

A responsabilidade pode ser encontrada em vários ramos do direito, como no direito civil, direito penal ou no direito administrativo, porém, o tema se restringe ao estudo na área da responsabilidade civil, onde será conceituado e discutido a respeito desta no próximo tópico.

2.2. Conceito de responsabilidade civil

De acordo com o jurista Francisco Amaral, a responsabilidade civil pode ser conceituada sob um novo enfoque, diz assim:

104

A expressão responsabilidade civil pode compreender-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa. (AMARAL, 1998, p. 531).

Há em relação à doutrina uma grande dificuldade em se ater em um único conceito quando falamos acerca da responsabilidade civil, pois o que ocorre na prática é o esforço que se faz para unir os conceitos considerados como sendo técnicos com o dever de obrigação que é imposto ao indivíduo para que se realize a reparação do dano ocasionado ao lesionado, sem prejuízo de identificação da causalidade e também acerca da aplicação da teoria objetiva ou subjetiva ao caso concreto.

Vale ressaltar que a responsabilidade civil tem uma grande amplitude em seu conceito, tendo em vista que não se trata de um instituto específico do direito civil, mas está atrelado à teoria geral do direito, e devido a essa questão, com muita frequência sofre alterações no que tange às necessidades dos direitos público e privado, no entanto sempre mantém sua unidade jurídica. Também existe quem defende a tese de que a responsabilidade civil faça parte do chamado direito obrigacional, pois seu intuito sempre é de caráter indenizatório por parte daquele que causou algum prejuízo.

2.3. Objetivo da responsabilidade civil

O principal objetivo do instituto da responsabilidade civil é realizar o reestabelecimento do equilíbrio que fora violado pelo dano causado no caso concreto. Portanto, o dever de ressarcimento quando algum indivíduo causa dano a outro vai muito além do que o de simples cometimento de algum ato ilícito ou alguma omissão em determinada situação, ou seja, a abrangência da responsabilização de alguém independe do ato ser ilícito ou não, a regra é: causado o dano, surge o dever de repará-lo.

Existe um princípio que é aplicado à responsabilidade civil contemporânea, chamado princípio da *restitutio in integrum*, que significa da reposição ao *status quo ante*, sendo assim, a responsabilidade civil possui duas funções que são precípua à sua atuação, na primeira, o indivíduo que sofrera a lesão possui a ciência de que por força do instituto da responsabilidade civil deverá ser restituído, o que não o faz voltar às ações dos primórdios, que era de “fazer justiça com as próprias mãos” ou à Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, mas simplesmente provocar o poder judiciário, nos casos em que não haja negociação junto ao causador da lesão. E também uma segunda função deve ser destacada, que é a de obtenção de uma sanção civil de natureza compensatória, que nada mais é que aquele que causou o dano, ter a obrigação de restituir o lesado, sob pena de arcar com encargos legais.

3. Da responsabilidade objetiva ou teoria do risco

A regra geral da responsabilidade civil é a aquiliana, mais conhecida como subjetiva, no entanto, o legislador pátrio criou algumas exceções para alguns casos específicos, onde se aplicará a responsabilidade civil objetiva. O artigo 37, § 6º da Carta Magna institui a responsabilidade civil do Estado como sendo objetiva quando se trata da ação de seus representantes e equiparados, ou seja, não existe dúvida tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, que quando se tratar de atos (ações) realizados por seus representantes, o Estado responderá de forma objetiva, resguardado o seu direito de regresso.

Entretanto há divergências quando falamos acerca da responsabilidade civil do Estado em face de atos omissivos, ou seja, que por imprudência, negligência ou imperícia não são realizados, vindo a causar danos a terceiros devido a essa omissão. A jurisprudência contemporânea já se posicionou de maneira majoritária acerca do tema, e tem considerado que o Estado possui responsabilidade objetiva quando em ações que versem a respeito dessa matéria, aplicando a interpretação de que o art. 37, § 6º da CRFB/88 deve ser analisado não só do ponto de vista comissivo, mas também omissivo das decisões estatais, inclusive afirmando que seria um retrocesso por parte da jurisprudência, que por uma omissão do legislador constituinte ao redigir o texto da Carta Magna, tenha deixado de mencionar de forma expressa que os atos omissivos também deveriam ser respondidos de maneira objetiva pelo Estado.

Também ainda há muita divergência doutrinária e jurisprudencial no que se refere à revogação tácita ou derrogação do artigo 43 do Código Civil de 2002 (artigo 15 do antigo código civil) em face do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, afirmando que os atos omissivos também devem ser considerados de responsabilização objetiva do Estado.

O art. 43 do Código Civil traz a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Como falamos anteriormente, a jurisprudência e a doutrina mais contemporânea tem contestado bastante a revogação tácita desse artigo, pois traz em seu bojo apenas a responsabilidade por atos (ação estatal) e não faz menção à omissão desses agentes.

Porém, no campo da doutrina mais clássica ainda estamos longe de chegarmos a um consenso, tendo em vista que esses doutrinadores, tais como Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Helena Diniz, dentre outros, ainda muito ligados ao antigo código civil, afirmam que o Estado somente responderá de forma objetiva em se tratando de atos comissivos praticados por seus agentes, já nos casos em que houver omissão estatal, este por sua vez deverá responder de forma subjetiva, pois consideram que não há previsão legal para aplicação da teoria objetiva em face de atos omissivos e defendem a necessidade da comprovação de culpa.

De fato, na hipótese cogitada, o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvesse ocorrido, teria impedido o resultado. (MELLO, 1998, p. 73).

106

No entanto, doutrinadores mais contemporâneos têm seguido a mesma linha de raciocínio dos Tribunais, compreendendo que possuímos um artigo constitucional que necessita de modificação e afirmando que a responsabilidade civil do Estado em face de ato omissivo deverá ser considerada objetiva. A título exemplificativo, podemos citar alguns dos grandes doutrinadores que entendem dessa maneira, quais sejam, José de Aguiar Dias, Odete Medauar, Hely Lopes Meirelles, entre outros.

Só é causa aquele fato a que o dano se liga com força de necessidade. Se numa sucessão de fatos, mesmo culposos, apenas um, podendo evitar a consequência danosa, interveio e correspondeu ao resultado, só ele é causa, construção que exclui a polêmica sobre a mais apropriada adjetivação. Se ao contrário, todos ou alguns contribuíram para o evento, que não ocorreria, se não houvesse a conjugação deles, esses devem ser considerados causas concorrentes ou concausas. (DIAS, 1979, p. 252).

Na responsabilidade objetiva não existe em seu conceito o elemento da culpa, poderemos considerar a existência desta responsabilidade quando presentes a conduta, o dano e o nexos de causalidade entre estes. Foi suscitada essa teoria objetiva, pois em alguns casos específicos a prova a ser realizada pela vítima muitas das vezes era impossível, ficando então com o ônus daquele dano causado por uma omissão estatal ou de quem o representava, que saía ileso de um processo judicial justamente por essa ausência de provas, quando na verdade deveria ser punido por algum dano que causara ao indivíduo, tendo-se dessa forma o ressarcimento, princípio intrínseco na responsabilidade civil.

4. Fatores que compõem a responsabilidade civil

4.1. Conduta

Para nosso estudo acerca da responsabilidade civil, tanto para casos em que se aplica a responsabilidade objetiva ou para os casos da subjetiva, a conduta deverá ser o elemento principal.

Maria Helena Diniz traz um conceito objetivo: “Ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”. (DINIZ, 1998, p. 37).

Podemos considerar a conduta como sendo um ato que se restringe ao ser humano, que por sua vez poderá ser omissivo ou comissivo, voluntário e imputável. Não iremos considerar fatores da natureza, por se restringir somente ao ser humano; também é considerado voluntário, pois pode ser controlado pelo caráter volitivo do agente, salvo casos onde são realizados os atos inconscientes ou se tratar de casos onde a pessoa esteja sob coação absoluta; chamado também de imputável, pois o agente deve possuir plena consciência da execução de determinado ato, e realizá-lo de maneira livre.

4.2. Dano

Da mesma forma que a conduta, o dano também pode ser encontrado nos dois tipos de responsabilidade civil supramencionados, se caracterizando por uma lesão aos direitos que compõe o seu conjunto de valores, tais como a própria pessoa (moral ou física), seus bens ou direitos. Somente serão alvos de ressarcimento aqueles danos causados de forma injusta, do latim *contra ius*, onde o direito deve ser utilizado para reprimir tais condutas, condenando o autor ao ressarcimento da vítima.

No entanto, para que esse dano sofrido seja passível de indenização, deverá conter alguns requisitos, tais como, atualidade, certeza e subsistência. Consideramos o dano como sendo atual aquele que de fato já ocorreu; o certo será aquele que subsiste devido a um fato certo, não podendo haver dúvidas sobre sua existência e a subsistência significa que o dano só poderá ser alvo de reparação, caso ainda não tenha sido feito por aquele que o causou.

Existem dois tipos de dano, o moral e o patrimonial. O moral se concretiza com a lesão aos chamados “bens da personalidade” (ex.: honra, imagem, etc.). Já o patrimonial, como o nome bem já diz, incide de maneira direta sobre o patrimônio da vítima, de forma a causar um dano total ou parcial a determinado bem material que seja economicamente possível de ser avaliado o seu valor, onde dentro de seu instituto abarca os chamados danos emergentes (o que efetivamente a vítima perdeu) e os lucros cessantes (o que a vítima deixou de ganhar, sendo analisada a média de ganhos de forma razoável), com previsão legal no art. 402 do Código Civil.

Em última classificação, temos o denominado dano em ricochete, também conhecido como reflexo, que seria uma pessoa sofrer algum dano por ricochete, devido o fato ilícito causado por um terceiro a outrem, por exemplo, filho que deixa de receber pensão alimentícia de seu pai devido a um fato ilícito cometido por um terceiro, vindo a prejudicar sua capacidade laboral.

4.3. Nexo de causalidade

O nexo de causalidade pode ser considerado como o elo entre a conduta realizada pelo agente e o dano sofrido pela vítima, considerando sua relação de causa e efeito. Difícil muitas vezes identificarmos a real origem do dano, tendo em vista que surge na análise de um caso concreto, várias causas, que chamamos de “concausas”, consideradas simultâneas ou sucessivas.

Quando estamos diante de uma concausa considerada concomitante, aplicamos o artigo 942 do Código Civil, que prevê a responsabilidade de maneira solidária a todos aqueles que contribuíram para que ocorresse certo resultado danoso. O que não acontece quando se trata de concausas sucessivas, onde surgiram três teorias com intuito de tentar resolver tal situação:

a) Teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes ou *conditio sine qua non*: quando existir várias causas que levaram ao evento danoso, e que todas sejam consideradas eficientes, ou seja, sendo suprimida qualquer uma delas, o dano não teria se consumado. Por exemplo, em caso de atropelamento, pode ser arguida a imperícia do motorista, como também a capacidade mental da vítima, a demora em seu atendimento médico, ausência de mecanismos necessários para tratamento, etc. Sendo aplicada de forma isolada causa infinitas responsabilidades.

b) Teoria da causalidade adequada: a causa deve ser capaz de realizar por si só um resultado danoso, excluindo-se as que possam vir a ocorrer de maneira sucessiva, ou seja, deve ser analisada somente a causa específica e o efeito deve se adequar à ela.

c) Teoria da causalidade imediata ou dos danos diretos e imediatos: Essa é a teoria adotada pelo nosso Código Civil e traz a ideia de que para se considerar a existência do nexo de causalidade, deverá existir entre o fato e o dano relação de causa e efeito imediata e direta, contendo sua previsão legal no art. 403, CC. Significa dizer que irá se considerar a causa do dano a que mais se aproximar do efeito, de forma imediata (sem intervalo) e também de forma direta (sem intermediário). O art. 403 do Código Civil traz o seguinte texto: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto da lei processual”.

Existem alguns institutos no nosso ordenamento jurídico que retiram a possibilidade de existência do nexo causal, são eles o estado de necessidade e a legítima defesa, as excludentes de ilicitude, a cláusula de não indenizar, o caso fortuito ou a força maior, a culpa de terceiro e a culpa exclusiva da vítima, lembrando que quando se tratar de coincidência, não incidirá a causalidade.

4.4. Culpa

Quando falamos da culpa dentro do ramo da responsabilidade civil, é tratada em seu sentido *lato sensu*, ou seja, abrange também o dolo, portanto todos os atos contrários ao direito podem se enquadrar dentro desse conceito, sendo realizados de forma intencional ou não, sempre podendo ser imputável a esse agente causador do dano.

A doutrina traz alguns conceitos que não são abrangidos pelos legisladores, no entanto, é realizada por estudiosos do tema, que afirmam como sendo a culpa em sentido *stricto sensu* aquela em que o agente viola um dever, podendo ser ele legal ou contratual, devido à imprudência, negligência ou imperícia; já o dolo é considerado aqueles atos que são cometidos de forma intencional, violando tais deveres, buscando certo resultado lesivo ou até mesmo assumindo o risco de ser produzido.

De acordo com o Código Civil, a culpa se encontra somente nas responsabilizações civis que surgem devido aos atos ilícitos, vez que, as responsabilidades de atos lícitos não fazem jus a tal pressuposto.

5. Da responsabilidade civil do Estado

Conceituamos anteriormente o significado de responsabilidade civil, e agora entraremos na seara da responsabilidade civil do Estado, onde sabemos que o Estado, em seu sentido amplo, é pessoa jurídica de direito público, no entanto, possui seus representantes, que são, por exemplo, servidores, agentes, etc. Seria esse Estado responsável pelos atos lesivos que tais agentes viessem a causar contra terceiros? Ou ainda, seria o Estado responsável por atos que, por sua negligência, deixaram de ser realizados e por consequência, veio a gerar algum dano para algum de seus administrados? Responderemos a essas e outras perguntas nos próximos parágrafos, destacando a problemática do tema, ora exposta à discussão.

Já é pacífico na doutrina e jurisprudência, atual em nosso país, a obrigação do Estado de ressarcir seu administrado caso venha a causar-lhe algum dano, tanto de maneira comissiva quanto omissiva, lícita ou ilícita, portanto, podemos afirmar que o administrado que se sentir lesado, poderá ingressar em juízo pleiteando a sua recomposição. Essa responsabilidade civil do Estado possui natureza jurídica própria, pois na atuação do Estado, este poderá vir a causar danos em grande escala, e os administrados por sua vez não podem impedir essa atuação, tendo em vista que o interesse coletivo se sobrepõe ao interesse privado, e ainda vale ressaltar que, estão sujeitos a essas regras não só a pessoa jurídica de direito público, mas também a de direito privado.

5.1. Evolução histórica da responsabilidade do Estado

Nem sempre o Estado foi obrigado a ressarcir aqueles que estavam sobre sua administração, numa primeira análise, vigorava o princípio da irresponsabilidade do Estado, quando da existência dos Estados absolutistas ou despóticos, e tinham a ideia de que, como era o próprio Estado quem era o defensor da legislação, essas normas não se enquadrariam ao chefe do executivo, pois era ele quem as representava.

Afirmavam que o Estado era uma pessoa jurídica e não possuía vontades próprias, e sempre quando agia era por meio de seus servidores, logo quem deveria ser responsabilizado em casos de danos a terceiros, seriam esses mesmos servidores, afirmando que quando geravam dano a alguém, não atuavam em nome do Estado, mas sim em nome próprio, efetivando-se assim a total irresponsabilidade da administração pública.

Numa segunda análise, após a Revolução Francesa, já nos fins do século XVIII, surgiu uma nova análise acerca da responsabilidade estatal, devido a grandes danos que particulares sofreram com as revoltas da época, criaram a chamada responsabilidade por atos de gestão, que seriam os atos em que o Estado praticava como se fosse o administrado em face de seus bens, e as de atos de império (ou de mando), seria em casos que fosse utilizado o poder de polícia, por exemplo.

Nessa avaliação, foi criada a tese de que o Estado só teria obrigação de indenização em casos de atos de gestão, pois não se poderia indagar a soberania estatal. No entanto, necessitaria da comprovação pelo autor da demanda, da negligência, imprudência ou imperícia daquele funcionário público, sob pena de não ter seu ressarcimento realizado.

Logo após houve o surgimento da chamada teoria da culpa civilística, que tornava a efetividade da lei que vigorava para o direito privado também para o direito público, dessa forma, para que se pudesse se exigir o ressarcimento pelo dano sofrido ao Estado, era necessária a comprovação da culpa daquele agente estatal, o que era demasiadamente difícil, respondendo num primeiro momento somente o servidor, e num segundo momento, de forma subsidiária, o Estado.

Com o passar do tempo, as normas também foram se inovando, chegando ao entendimento de que o Estado deveria ser responsabilizado não pela falha daquele seu agente, ou seja, deveria ser responsabilizado simplesmente pelo fato de que o serviço prestado fora realizado de forma errada, porque este não funcionou, funcionou mal ou de forma tardia, e essa teoria foi chamada de *faute du service*, ou falta do serviço. Não se presumindo a culpa, tendo o autor que prová-la em juízo.

Já em sua última evolução, a ideia foi de que o Estado não seria responsável somente por atos ilícitos que fosse comprovada sua culpa ou falha no serviço, mas também sobre os atos lícitos, pois o que se avaliava no caso concreto era simplesmente o risco da atividade estatal em detrimento de seus administrados, e não a culpa do funcionário ou do serviço ora prestado, baseando-se na teoria do risco.

Portanto o Estado responderia de maneira objetiva, não tendo a necessidade de se avaliar a culpa, somente deveria ser avaliado se tal atividade estatal gerava algum risco para os administrados e o dano causado por essa atividade, tendo a parte acusadora o ônus de provar somente o dano e o nexo de causalidade, e essas mudanças começaram a vigorar com o advento da Constituição Federal de 1937, em seu artigo 158, já a CRFB/1988 manteve essa mesma teoria, realizando alguns ajustes e ampliando direitos, tendo em vista que o representante do Estado deixa de ser o chamado funcionário público, passando a ser de agente público, abrangendo um número muito maior de pessoas.

6. Responsabilidade civil do Estado decorrente de conduta omissiva

Quando falamos acerca da responsabilidade civil do Estado, pode este causar danos a seus administrados de forma omissiva ou comissiva, no entanto, essa segunda situação gera muita divergência na doutrina, onde vários autores afirmam não existir a possibilidade de se considerar que o Estado possa ser responsável por danos que foram gerados pela sua omissão, e justificam que nem toda desídia estatal emana de um descumprimento de dever legal.

Pode-se afirmar que ao Estado somente será imputada o ônus desse tipo de responsabilização quando esta surgir de ato ilícito, ou seja, a própria administração pública se omitir em face de alguma obrigação legal de conter a ocorrência do dano, tinha o dever legal de agir e não o cumpre, caracterizando-se a omissão.

Para identificar se deverá ser imputada a responsabilidade civil por omissão ao Estado, faz-se necessário a realização de um simples exercício, qual seja, verificar qual fato ou fatos foram decisivos para a ocorrência do dano e quem tinha o dever legal de evitá-lo. A doutrina e jurisprudência brasileiras são pacíficas em relação à responsabilidade civil do Estado acerca de atos comissivos, no entanto, quando se trata de atos omissivos existe uma grande polêmica.

Podemos afirmar que possuem dois posicionamentos: o primeiro segue o raciocínio do renomado autor Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende a teoria da responsabilidade subjetiva, utilizando-se da redação do artigo 15 do antigo Código Civil, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. (Art. 15, Código Civil de 1916).

A segunda tese baseia-se na responsabilidade objetiva, tendo vários autores que a defendem, inclusive atualmente tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e também Tribunais Estaduais, baseados no artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Podemos então identificar que o Poder Judiciário, de forma majoritária, tem caminhado para o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado será objetiva nos casos em que essa omissão for ilícita, ou seja, deveria realizar alguma obrigação prevista em lei, e esta não é realizada.

6.1. Responsabilidade civil objetiva em face de atos omissivos: jurisprudência e doutrina majoritárias no Brasil

Atualmente no Brasil, tanto a jurisprudência quanto a doutrina entendem que a responsabilidade civil do Estado em face de atos omissivos é objetiva, ou seja, aplica-se a previsão do artigo 37, § 6º da CF. No entanto, temos uma parcela da doutrina, autores mais clássicos, que afirmam ser subjetiva a responsabilidade estatal, não considerando que a omissão esteja abarcada no dispositivo constitucional supracitado, realizando uma interpretação literal do texto constitucional, especificamente da palavra “causarem” do verbo “causar”, defendendo a tese de que a responsabilidade civil objetiva somente se dá pela ação estatal, sendo a omissão responsabilidade civil subjetiva.

O grande doutrinador José de Aguiar Dias nos ensina que, quando ocorre omissão por parte do Estado, e essa omissão causa dano a algum administrado, deverá responder de maneira objetiva, aplicando o dispositivo constitucional. Afirma também a grande jurista, Odete Medauar que, a teoria do risco administrativo como forma de responsabilização do Estado é prevista na maioria dos ordenamentos jurídicos como

forma de responsabilização objetiva, portanto, entende-se que aplicando a teoria objetiva, gera-se um sentimento de igualdade e de menos impunidade entre os administrados, pois na maioria dos casos, a prova do dano, seja em sua modalidade dolosa ou culposa é muito difícil de ser realizada. Além desses doutrinadores, outros também compartilham do mesmo raciocínio, como por exemplo, Toshio Mukai, Celso Ribeiro Bastos, Hely Lopes Meirelles, Weida Zancaner Brunini, entre outros.

Também a jurisprudência vem caminhando no mesmo sentido da doutrina, como podemos observar nos julgados abaixo expostos:

Indenização – Acidente de Trânsito – Sinistro ocasionado pela falta de serviço na conservação de estrada – Ausência de prova de culpa do particular, bem como de evento tipificador de força maior. Comprovação do nexo de causalidade entre a lesão e o ato da Administração – Verba devida Aplicação da teoria do risco administrativo, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. (BRASIL. TJMG. Revista dos Tribunais. v. 777, p. 365).

De acordo com o julgado acima, o Tribunal de Minas Gerais reconheceu a responsabilidade civil da administração pública devido a um acidente que houve na pista, onde ficou claro que ocorrera a fatalidade, pois a pista estava com defeitos, ou seja, por omissão estatal o acidente aconteceu. Foi utilizada a teoria do risco administrativo para a tomada de decisão dos ministros, sendo afastado qualquer tipo de culpa do motorista ou evento de força maior, entendendo-se que houve o nexo de causalidade no caso concreto, tendo então a administração pública que arcar com os prejuízos do autor.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MÁ EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS – RISCO ADMINISTRATIVO – DANO E NEXO DE CAUSALIDADE. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa (comissiva ou omissiva); c) do nexo causal entre o dano e a ação administrativa. – O Município tem, por obrigação, manter em condições de regular o uso e sem oferecer riscos, as vias públicas e logradouros abertos à comunidade. (TJRJ. Apelação nº7613/94. 6ª C. Civ. Relator: Des. Pedro Ligiero).

Temos uma vasta jurisprudência nesse sentido, e devemos ressaltar que o ato omissivo do Estado deve ser considerado a causa do dano, e não somente condição, como afirma a teoria subjetivista. Podemos considerar como causa, todo evento gerado no mundo jurídico e que dele derive a possibilidade de se exigir de alguém uma obrigação (de dar, fazer ou não fazer). Portanto deve-se entender que o artigo 37, § 6º da Constituição Federal abrange tanto os atos comissivos quanto os omissivos.

6.2. Considerações importantes acerca da responsabilidade civil objetiva do Estado em face de atos omissivos

É necessário que se faça uma análise temporal e lógica da teoria da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico ao longo do tempo, tratamos acerca de seu histórico em um tópico anterior, e sabemos que houve uma longa caminhada para alcançarmos a teoria do risco administrativo, hoje aplicada no Brasil.

No entanto, fazendo uma análise da letra “fria” da lei, identificamos no dispositivo constitucional, art. 37, § 6º, o vocábulo “causarem”, ou seja, o legislador constituinte não diferenciou as duas condutas, mas que poderia ter sido diferenciada sem óbice algum, e isso é a causa de existir certa polêmica na doutrina quanto ao tipo da responsabilidade civil estatal, mas entendemos que esse artigo deve ser compreendido como “causarem por ação ou omissão”.

Avaliando que o legislador à época tinha o conhecimento da evolução do instituto, muito difícil imaginar que teria retroagido no tempo, vindo a considerar a responsabilidade objetiva somente nos casos de condutas comissivas, e em situações omissivas, voltado a aplicar a teoria da culpa civilística ou da *faute du service*, o que nos dias atuais não pode ser considerado, até porque a responsabilidade objetiva vinha sendo consagrada em textos constitucionais desde a Constituição Federal de 1946, em seu artigo 194, por exemplo.

Não existe motivação legal nem política para que o constituinte de 1988 fizesse essa distinção, acreditando que o que houve foi realmente uma falha no texto de lei, que inclusive já poderia ter sido consertada há tempos, com proposta de emenda à Constituição, pondo fim a essa discussão.

O princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo prevê que a administração pública somente poderá fazer ou deixar de fazer algo, que esteja previsto em lei, no entanto, na maioria das vezes os atos estatais são vinculados. Até mesmo em atos considerados discricionários, tal princípio se manifesta, pois existe um limite em que se consiste essa discricionariedade, previsto pela própria norma legal.

Podemos considerar que toda omissão do Estado é um ato ilícito, um descumprimento do dever legal que esteja previsto na lei, ferindo o princípio da legalidade, o que deve ser considerado muito grave, tendo em vista que as ações da administração pública devem se pautar no sentido de que é necessário prevalecer a ordem pública, viabilizando a harmonia social.

A doutrina mais clássica, inclusive Bandeira de Mello, afirma que ao Estado será imputada a responsabilidade objetiva quando de atos lícitos que esses cometerem e gerarem danos a terceiros, considerando que o ato lícito está em consonância com o Direito, sendo aceito como correto, adequado, etc., porque em se tratando de atos ilícitos cometidos por esse mesmo Estado, só que com caráter omissivo, não seria dada essa mesma proteção jurídica? Sabemos todos que ato ilícito é algo que possui alta reprovabilidade social, ou seja, não é aceito, o que se torna muito mais grave, se comparado ao ato lícito.

7. Teoria da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral

O problema central do trabalho refere-se à análise do seguinte questionamento: “Ao Estado pode ser imputada a responsabilização de acidente automobilístico devido a irregularidades na pista?”.

A resposta da referida pergunta terá como ponto de partida as jurisprudências que tratam do assunto, sabendo-se que atualmente no Brasil já é pacífico nos Tribunais as decisões acerca do tema, não havendo divergência de forma circunstancial entre os juízes. A doutrina também tem contribuído bastante quando falamos sobre o tema em questão, onde muitas teses são arguidas através de alguns renomados juristas que nos ajudam a compreender melhor sobre a matéria, trazendo em seus livros entendimentos e principalmente interpretações da norma legal, no entanto, já ressalto que estamos longe de alcançar pacificidade da matéria entre os doutrinadores.

A regra da responsabilidade civil no Brasil por atos omissivos atualmente é a objetiva, pois de acordo com doutrinadores mais contemporâneos, o artigo 37, §6º da Constituição Federal possui uma lacuna, onde prevê apenas a responsabilidade civil por atos comissivos, sendo silente quanto aos omissivos, portanto, entendem que tanto a ação quanto a omissão se enquadram neste dispositivo, e também afirmam que o texto deve sofrer alteração por parte do legislador, com proposta de emenda à Constituição, com intuito de sanar qualquer dúvida acerca da amplitude desse artigo no que tange à responsabilidade civil em face de atos omissivos do poder público. Inclusive julgados recentes tem se posicionado da mesma forma, aplicando então o dispositivo constitucional para casos em que o Estado fora omissivo e causou dano a outrem.

Entretanto, vale ressaltar que doutrinadores mais clássicos ainda preferem abordar a responsabilidade civil em se tratando de atos omissivos do Estado como sendo subjetiva, e defendem a tese de que o artigo 37, §6º da Carta Magna não traz de forma expressa que os atos omissivos também enquadram a responsabilidade objetiva do Estado, logo não devem possuir esse caráter objetivo de responsabilização. Para muitos juristas isso é um retrocesso, pois ao conquistarmos em 1988 com o advento da Constituição Federal o dever de responsabilidade objetiva do Estado, independe se esta será por ato omissivo ou comissivo, o mesmo deverá responder de forma objetiva, não se analisando a culpa por parte deste.

Vivemos alguns momentos da história que foram essenciais para criarmos a base de conhecimento que temos atualmente, onde surgiram algumas teorias diretas para a positivação da responsabilidade civil, quais sejam: da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, cada uma com certa interpretação a respeito da forma de responsabilização do Estado em face de uma omissão.

Também chamada de teoria publicista, a teoria da culpa administrativa traz em seu bojo que não há necessidade de se identificar o agente estatal que lhe causou o dano, somente é necessário que se prove o mau funcionamento de algum serviço ou órgão público para caracterizá-la. Essa teoria foi marcada pela doutrina de PAUL DUEZ, sendo dessa forma o Estado obrigado a indenizar de forma objetiva, se comprovado o nexo de causalidade e o dano.

Antes de adentrar à teoria do risco administrativo, importante conceituá-la de acordo com palavras de Yussef Said Cahali, onde de forma simples e objetiva, trouxe em sua monografia acerca da Responsabilidade Civil do Estado:

A teoria do risco administrativo não leva à responsabilidade integral do Poder Público, para indenizar em todo e qualquer caso, mas sim dispensa a vítima da prova da culpa do agente da Administração, cabendo a este a demonstração da culpa total ou parcial do lesado, para que então fique ela total ou parcialmente livre da indenização. (CAHALI, 1996).

De forma correlata, a teoria do risco administrativo, de acordo com Helly Lopes Meirelles (2003), analisa de forma lógica se houve alguma participação da pessoa (vítima) para ocorrência do dano lesivo ou se a culpa foi exclusiva do Estado. Tendo alguma parcela de culpa ou a culpa sendo exclusiva da vítima, é atenuada ou até mesmo extinta a responsabilização por parte do Estado; não existindo essa culpa, deverá indenizar integralmente esse particular, com vistas em que o Estado é mais “poderoso” e deve assumir maiores responsabilidades, advindas de suas atividades. Inclusive essa teoria também é muito utilizada na aplicação do direito em relação aos atos comissivos cometidos pelo Estado, numa ótica em que a responsabilidade em regra é a objetiva.

Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. (MEIRELLES, 2001, p. 611).

E por fim, a teoria do risco integral, que de forma excepcional é aplicada em nosso ordenamento jurídico, mas temos inúmeros doutrinadores que consideram que no Brasil não existe essa teoria vigente, no entanto, como o foco do trabalho não está voltado para este tema, será explanado apenas alguns exemplos que possam vir a ser considerados de risco integral por parte do Estado.

Essa teoria, segundo o autor Alexandre Mazza (2011), não considera nenhum tipo de responsabilidade em que o terceiro possa ter em relação ao dano, não exige a caracterização do nexos causal e haverá a responsabilização mesmo que a culpa seja exclusiva da vítima. Alguns exemplos que podem ser utilizados para essa teoria que a doutrina prevê, seria em casos de acidente de trabalho, quando se tratar de emprego público; seguro obrigatório para veículos (DPVAT); atentados terroristas em aviões e dano nuclear e/ou ambiental.

8. Convergência jurisprudencial entre o STF e o STJ e as divergências em detrimento aos doutrinadores

Em resposta à pergunta feita no início do tópico de número 7 (sete), ao Estado pode ser imputada responsabilização em caráter de ato omissivo quando deixa de realizar manutenção em pista de rolamento que está sob seus cuidados, infringindo norma

constitucional prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal, que mais a frente será debatida.

A tese do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça atribui a essa responsabilidade caráter objetivo, de acordo com jurisprudência majoritária em ambas as cortes. E como dito no tópico anterior, a tendência dos julgados mais recentes são de que o Estado é responsável de forma objetiva tanto em questões que versem sobre sua ação, quanto da sua omissão.

Celso Antônio Bandeira de Mello, advogado administrativista, escritor e professor universitário, pontua questões acerca dessa matéria e diz que a responsabilidade civil em relação ao Estado se dará de duas maneiras: a primeira seria responsabilidade civil de forma genérica (*faute du service*), ou seja, não se individualizando no agente público o dano causado, mas de uma maneira anônima, pela falta do serviço (imprudência, negligência ou imperícia), onde nesses casos o Estado deverá responder de forma subjetiva.

Já a segunda seria nos casos de o agente público ou pessoa equiparada a este causar dano à terceiro por omissão, mas de maneira específica, o Estado responderá de forma objetiva. Por ser considerado um escritor mais clássico, Celso Antônio Bandeira de Mello faz essa diferenciação entre responsabilização objetiva e subjetiva, o que para doutrinadores mais contemporâneos e para a jurisprudência atual não são aceitas, pois a responsabilidade civil do Estado em casos de omissão deverá ser somente objetiva.

A seguir, julgado do STF pelo Recurso Extraordinário 291035/SP, constante do informativo n. 421 da referida corte, condenando com base nesse pensamento:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º). POLICIAL MILITAR, QUE, EM SEU PERÍODO DE FOLGA E EM TRAJES CIVIS, EFETUA DISPARO COM ARMA DE FOGO PERTENCENTE À SUA CORPORAÇÃO, CAUSANDO A MORTE DE PESSOA INOCENTE. RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, DE QUE O USO E O PORTE DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À POLÍCIA MILITAR ERAM VEDADOS AOS SEUS INTEGRANTES NOS PERÍODOS DE FOLGA. CONFIGURAÇÃO, MESMO ASSIM, DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. PRECEDENTE (RTJ 170/631). PRETENSÃO DO ESTADO DE QUE SE ACHA AUSENTE, NA ESPÉCIE, O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL, NÃO OBSTANTE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL “A QUO”, COM APOIO NA APRECIÇÃO SOBERANA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES ESPECÍFICOS EM TEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECONHECIDO E IMPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, também na mesma linha de raciocínio jurisprudencial, tem adotado a teoria da responsabilidade objetiva em se tratando de atos omissivos, que como podemos observar mesmo não tendo ainda na doutrina a

pacificidade da matéria ora analisada, os Tribunais têm entendido e condenado o Estado de forma objetiva independentemente se o dano se deu por ação ou por sua omissão.

Na nossa problemática em análise, podemos afirmar que a responsabilidade do Estado deverá ser objetiva, pois o buraco na pista advém de uma omissão estatal, onde devemos observar que em tese não houve atividade de algum agente público para a criação daquela deformidade na pista, o que na maioria das vezes é criado por um evento de força maior ou até mesmo devido à má qualidade asfáltica, que com o tempo vai se desfazendo, ou seja, de maneira anônima aquele defeito na pista foi causado, mas não deixa de caracterizar responsabilidade objetiva do Estado.

De acordo com o posicionamento majoritário dentro da doutrina e jurisprudência acerca do assunto, o justifico com um específico raciocínio, ao Estado não é dado o dever de proteção e cuidados para com os seus administrados? Pode-se então dizer, que em caso de um acidente devido à falta de manutenção e recapeamento do asfalto, há uma omissão estatal que por sua conta, gerou dano à terceiro (administrado), sendo necessário o ressarcimento ao *status quo ante* de forma objetiva, tendo então a vítima que comprovar somente o dano e o nexo de causalidade, abstendo-se da comprovação de culpa estatal, onde na maioria das vezes essa prova é impossível de ser realizada.

Segue dois acórdãos, o primeiro julgado pelo STF e o segundo pelo STJ, demonstrando então as jurisprudências das referidas cortes superiores:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Decisão monocrática. Competência do relator. 3. Ofensa ao art. 544, § 4º, II, "b", do CPC e ao princípio da colegialidade. Inocorrência. 4. Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do poder público. Precedentes. 5. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado 279 da Súmula do STF. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.

Neste julgado o Supremo Tribunal Federal declarou o seu entendimento acerca da responsabilidade civil objetiva quando se tratar de atos omissivos do Estado, demonstrando que o artigo 37, § 6º da CRFB/1988 também é fundamento legal para se decidir a respeito de processos que envolvam a administração pública, sendo precedente, além de vários outros já declarados pela Suprema Corte, de que no Brasil a responsabilização de danos causados por atos omissivos do Estado deverá ser objetiva, conforme os atos comissivos.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO EM VIA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – AUSÊNCIA DE PRECAUÇÃO DA CONDUTORA – CULPA RECÍPROCA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SÚMULA 7/STJ.

1. Omissão do Município em conservar de forma adequada a sinalização de trânsito, diante disso, deve ser responsabilizado

subjetivamente pelos danos suportados. 2. Parcela de culpa também da condutora, uma vez que deveria ter tomado mais cuidado ao passar por cruzamento não sinalizado, uma vez que a mesma trafegava em pista com sinais horizontais informando a passagem de pedestres, sendo este outro fato que justifica o dever de cuidado. 3. Incidência da Súmula 07 do STJ em face de revisão de honorários advocatícios. 4. Recurso especial em parte conhecido, e nesta parte não provido.

O Superior Tribunal de Justiça utiliza-se da tese da responsabilidade civil subjetiva por parte do Estado nesse caso específico por ter entendido que a vítima também teve parcela de culpa no caso concreto, o que chamamos de culpa recíproca, ou seja, será necessária a comprovação da culpa do Estado pelo autor da demanda para haver uma possível condenação, demonstrando o nível de culpabilidade do ente estatal, podendo se dar por imprudência, negligência ou imperícia.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 traz em seu artigo 37, § 6º a conceituação da responsabilidade civil em se tratando de pessoa jurídica dentro do ordenamento jurídico, e seu texto está escrito da seguinte forma: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

De acordo com o artigo mencionado, a Constituição deixa bem claro que tanto a empresa jurídica de direito público quanto a empresa de direito privado irão responder pelos atos de seus agentes quando estes causarem algum tipo de dano à terceiro, porém a nossa problemática não se baseia nos atos realizados, ou seja, ação por alguém que representa o poder público, mas sim na omissão deste, que obviamente não deixa de ser um ato, mas um ato omissivo, o que significa que quando teria que ter agido, não o fez, e devido a essa omissão, o dano foi consumado.

Em sua obra, Sergio Cavalieri Filho trata em um capítulo específico sobre a responsabilidade civil do Estado ou da Administração Pública, e num subtítulo, dos danos por omissão do Estado, onde foi muito feliz na explicação acerca da diferença entre a omissão genérica e omissão específica.

Se um motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas, se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado. (FILHO, 2000, p. 194).

Portanto, com base no pensamento do ilustre jurista Sergio Cavaliere Filho, há essas duas distinções quando se fala da responsabilidade civil do Estado em caso de omissão, sendo então a genérica aplicada de forma subjetiva à administração pública, devendo então o autor ter que comprovar não só o dano e o nexo de causalidade, mas também juntar provas em que o fato ocorreu devido a alguma omissão por parte do Estado, na nossa problemática seria necessário, por exemplo, fotos do local do acidente demonstrando que a pista possuía vários buracos, o que foi a causa do acidente, tendo em vista que a administração pública não pode ser considerada um segurador universal, sendo avaliado caso a caso o fato ocorrido e as provas juntadas dentro dos autos, no entanto, como já explicado essa tese é de um doutrinador mais clássico, o que vem sendo mudada com autores mais contemporâneos, que como já demonstrado, tem seguido o raciocínio da responsabilidade objetiva.

Então, de acordo com a tese de Cavaliere, quando se trata de negligência de seus servidores, aplicar-se-á a omissão específica, pois tinha o dever de evitar o dano, e não foi evitado. Esse famoso doutrinador também nos trouxe um exemplo das duas teorias, que foi transcrito na última citação, onde diz que se acontece um acidente de trânsito e a causa se deu pelo fato do motorista estar embriagado, a administração pública não poderá ser responsabilizada, porém, se aquele motorista foi parado em uma “blitz” e logo em seguida liberado, poderá sim o Estado responder de forma objetiva, devido à omissão claramente evidenciada no fato concreto, quando ao invés dos policiais terem realizado o procedimento correto, liberaram o motorista embriagado, vindo a causar o acidente logo em seguida, assim se caracterizando omissão estatal específica, obviamente sendo comprovado nos autos.

No entanto, nos atendo à problemática da nossa pesquisa, em que acontece um acidente automobilístico e foi constatado pela perícia que a causa do capotamento do veículo, ocasionando a morte de um casal que estava dentro dele, foi devido a irregularidades na pista, que podem ter sido causadas por qualquer motivo, seja devido a chuvas constantes naquela região, ausência de massa asfáltica, possível degradação do solo, etc. Com base nessa análise e linha de raciocínio, deverá ser aplicada, sem sombra de dúvidas, a responsabilização de maneira objetiva do Estado, onde este possui o dever de manter a pista em bom estado, tendo então que ser comprovado somente o dano e o nexo de causalidade.

Considerando que o veículo trafegava em sua velocidade permitida e estava em boas condições de uso, o acidente não teria acontecido se o Estado tivesse cumprido seu dever de manter estradas em boas condições de tráfego, evitando-se assim essa fatalidade.

Vale ressaltar que nesses tipos de situação o Estado não poderá se escusar da responsabilização alegando que aquela irregularidade no asfalto se deu por uma chuva forte que ocorrera um dia antes do acidente, por exemplo. Para melhor ilustrar esse tipo de omissão, segue julgado do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, tratando sobre a matéria:

DIREITO ADMINISTRATIVO - ACIDENTE DE TRÂNSITO
DECORRENTE DE BURACO NA PISTA - RESPONSABILIDADE
ESTATAL POR OMISSÃO

1 - A responsabilidade objetiva estatal, consagrada desde a constituição de 1946, é proteção imprescindível ao administrado, ao qual, conforme nos ensina Caio Mário da Silva Pereira, é muito difícil - quando não impossível - a demonstração da culpa do agente público, e, por isso, raramente obtinha a tutela jurisdicional. 2 - Conquanto a responsabilidade subjetiva da omissão estatal seja a teoria predominante, não se deve utilizá-la indistintamente. Há diferença entre omissão genérica e omissão específica, sendo que a última, decorrente diretamente da inação do Estado, enseja a aplicação do artigo 37, § 6º, da magna carta. 3 - No caso em tela, o acidente é decorrente de uma omissão genérica, a falta de manutenção das rodovias, havendo a necessidade de comprovar a culpa, não de modo individualizado, mas apenas a anônima, ou seja, a "*faute de service*" trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello através do direito comparado. Suficiente, para tanto, as fotos colacionadas às folhas 21 a 26, que demonstram a negligência do serviço público com a obrigação de manutenção da via. 4 - Negado provimento à apelação.

(TRF-3 - AC: 1862 SP 2004.61.06.001862-3, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, Data de Julgamento: 27/05/2010, TERCEIRA TURMA).

Em análise ao julgado, podemos então identificar que o Tribunal Regional Federal se baseou para condenação do Estado apenas na omissão genérica, ou seja, omissão na obrigação em que possui de manter as estradas de rolamento em condições de serem trafegadas (diga-se sem avarias ou buracos), não necessitando então de comprovação individualizada de algum agente público pela vítima, mas somente de forma anônima, ou seja, comprovando o dano sofrido e o nexo de causalidade e juntando fotos dentro dos autos do buraco que causou o acidente. A doutrina chama a omissão genérica de *faute de service* ou falta de serviço do Estado, pois faz parte da teoria do risco administrativo que se encontra intrinsecamente ligada a essas obrigações estatais. A vítima poderá comprovar o dano sofrido juntando dentro do processo fotografias do local onde ocorreu o acidente, demonstrando que a pista estava mal recapeada e ensejando o devido ressarcimento.

No entanto, jurisprudências mais recentes tem entendido que não há a necessidade de se diferenciar a chamada omissão genérica de omissão específica, pois, a condenação do Estado deverá ser de forma objetiva, alegando que o artigo 37, § 6º da CRFB/1988 possui uma omissão em seu texto legal, e o simples fato de se caracterizar omissão estatal, gera direito ao lesionado de ser ressarcido pelo Estado de maneira objetiva, comprovando o dano e nexo de causalidade, eximindo-se de comprovação de culpa, prova difícil de ser produzida.

Sergio Cavalieri Filho também nos traz em sua excelente obra, o voto em que o eminente Ministro Celso de Mello proferiu ao Recurso Extraordinário 109.615-RJ, no qual participou como relator, posicionando-se de forma idêntica e nesse sentido a Suprema Corte:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder público pelos danos a que os agentes públicos, por ação ou por omissão, houverem dado causa. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público, consoante enfatiza o magistério da doutrina. (FILHO, 2000, p. 195).

Nesse diapasão, o eminente Ministro trata sobre a responsabilização por parte do Estado na sua forma objetiva, ou seja, sendo consumado o dano, independentemente de culpa da administração, a vítima deverá ser indenizada, podendo então num segundo momento o Estado ajuizar ação de regresso contra o causador do dano, visando assim o ressarcimento ao erário público.

Nesse voto acima referido, trata-se de acidente ocorrido dentro do ambiente escolar no estado do Rio de Janeiro, onde no intervalo as crianças brincavam, quando num dado momento, uma acertou o olho da outra, causando-lhe ferimento grave. Além dos responsáveis pela instituição não terem prestado socorro imediato à vítima, se furtaram de não informar aos pais sobre o fato acontecido, gerando então moléstia irreversível à criança, incapacitando-a para exercícios laborais, pois consta nos autos que houve deformidade traumática do globo ocular direito, gerando uma deficiência àquele indivíduo.

Em um excelente artigo, João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva, expressam algo muito importante e de bastante relevância para nosso estudo:

Para ser apurada a responsabilidade do Estado por conduta omissiva deve-se indagar qual dos fatos foi decisivo para configurar o evento danoso, isto é, qual fato gerou decisivamente o dano e quem estava obrigado a evitá-lo. Desta forma, o Estado responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, ex. enchente, mas sim por não ter ele praticado conduta suficientemente adequada para evitar o dano ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível. (GANDINI, SALOMÃO, 2003).

De acordo com o pensamento desses juristas, para identificar se o dano que ocorreu trata-se de responsabilidade civil omissiva por parte do Estado, deve-se observar o dano especificamente e o motivo do resultado causado, pois de acordo com o resultado e analisando todas as circunstâncias, conseguiremos então alcançar um denominador comum que resultará na imputação ou não ao Estado responsabilização.

Como falado no exemplo da citação, em caso de uma enchente, obviamente que o Estado não responderá devido à chuva forte que ocorrera, mas sim, sendo comprovado

no processo que deveria ter construído uma estrutura urbanística de captação pluvial quando necessário ou se comprove a necessidade de se ter ampliado a que já existia devido ao crescimento da demanda naquela determinada região, porém não foi realizada, dessa maneira então o Estado poderá ser responsabilizado de maneira objetiva pela sua omissão.

Quando tratamos a respeito da reponsabilidade civil por omissão do Estado temos então o posicionamento do STJ e também do STF, que na maioria dos julgados convergem entre si. Mas também temos os cientistas jurídicos que compõem a doutrina e que também tem se posicionado acerca desse importante e relevante tema para os países democráticos, onde podemos observar que há controvérsias acerca do assunto.

A responsabilidade civil por omissão de atos da Administração Pública é subjetiva, situação na qual se erige a culpa como pressuposto da responsabilidade. Nesse caso, não se aplica a regra do art. 37, § 6º, da CF. Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "(...) É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o "serviço não funcionou". A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram a ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-la, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo de água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública". (PORTELLA, 2008).

A autora do artigo, além de realizar citação de um grande autor de obras jurídicas, afirma anteriormente que a regra da responsabilidade civil por omissão do Estado é subjetiva, e também diz que para se aplicar a responsabilização, se faz necessária a comprovação da culpa, salvo em alguns casos específicos, onde necessitará somente da comprovação do nexo de causalidade e o dano, excluindo-se a culpa. O Estado responderá de maneira objetiva, quando ficar evidente a sua omissão, quando da negligência de algum de seus agentes públicos (ex. policial que presencia um crime de roubo e não toma nenhuma providência para se evitar a subtração do bem ou bens da vítima).

No trecho em que escreve, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta alguns exemplos onde deverá se responsabilizar o Estado sem a necessidade da comprovação de culpa (forma objetiva), somente o dano e o nexo de causalidade deverão ser comprovados, portanto, além do primeiro exemplo que foi transcrito no parágrafo anterior, também podemos citar outros mais comuns, como em caso de forte chuva e as galerias por estarem

entupidas não escoavam a grande quantidade de água, fazendo assim com que a rua se alagasse causando inúmeros transtornos à população daquela região, como danificação de veículos estacionados, trazendo riscos aos pedestres que utilizavam frequentemente a calçada daquela rua ou localidade naquele momento, entre outros riscos e prejuízos.

O que devemos observar é que, os casos em que citamos que o Estado não poderá se escusar de responsabilização, são justamente os casos em que é obrigado a agir para gerir a administração pública. Considerei ser necessário demonstrar na pesquisa ora realizada o posicionamento de doutrinadores, considerados mais clássicos, que entendem que a responsabilidade civil do estado por omissão deve ser subjetiva e prescinde de comprovação da culpa estatal, no entanto, entendo e acompanho jurisprudências e doutrinadores atuais, que afirmam a dupla interpretação do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, abarcando também a responsabilidade de forma objetiva para atos omissivos do Estado.

Como já explanamos anteriormente, a problemática do trabalho se baseia na regra que o Estado deve responder de forma objetiva em casos de acidentes automobilísticos causados em decorrência da má condição da pista de rolamento, onde acompanho a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, discordando de alguns autores que pensam de forma diferente.

Acompanho o entendimento das cortes por identificar maior amplitude e lógica ao julgarem nesse sentido, pois realizar manutenção e dar segurança aos seus administrados é DEVER do Estado, logo, em sua ineficácia, deve ser responsabilizado de maneira objetiva, ensejando a comprovação somente do dano e nexo de causalidade, onde no nosso caso, basta juntar fotos do local do acidente, evidenciando que a pista está mal recapeada, ratificando a alegação do autor.

9. Conclusão

Com base em toda a pesquisa realizada para a produção desta obra, também destacando vários autores, que com certeza auxiliaram bastante, trazendo em cada trecho de suas obras um detalhe importante, enriquecedor e acima de tudo, demonstrando seu ponto de vista, nem sempre majoritário, mas se posicionando de forma que, mesmo não sendo a teoria mais acertada, vale a pena a discussão! E o Direito isso nos proporciona, oportunidades de expor pensamentos acerca de determinado assunto, principalmente quando polêmico quanto este.

Tenho plena convicção que nossos objetivos foram alcançados, no entanto, de maneira nenhuma tivemos a intenção de esgotar o tema, pois, como citado várias vezes durante o trabalho, não temos consenso dentre as teorias expostas. Somente fizemos uma breve discussão, propondo ao leitor uma análise mais específica da problemática, expondo os argumentos contra e favoráveis à tese abordada, ratificando então o nosso entendimento de que o Estado deve responder de maneira objetiva quando se tratar de acidente automobilístico, seja em vias urbanas ou rodovias (estaduais ou federais), tendo em vista a teoria do risco aplicada à administração pública, entendendo que o artigo 37, § 6º da nossa Carta Magna deve ser interpretado não só para AÇÕES que o Estado realizar e causar algum dano, mas também pela sua OMISSÃO, tendo em vista que seria um retrocesso da jurisprudência não considerar desta maneira.

Sabemos e também foi dito com bastante enfoque durante a pesquisa, que atualmente no Brasil as Cortes Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) e Tribunais Federais e Estaduais, ou seja, a jurisprudência é pacífica quanto à responsabilidade objetiva, no entanto, estamos longe de alcançar uma pacificidade desse modo na doutrina, pois autores mais clássicos ainda insistem em afirmar que a teoria subjetiva deve ser aplicada, analisando-se somente a letra de lei, e autores mais contemporâneos partem para o consenso existente nos julgados.

10. Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. A responsabilidade civil do Estado na visão do STF e do STJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1677, 3 fev. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10915>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 951.625 - RS (2007/0111628-2), da 2ª Turma, Rel. Min.(a) Eliana Calmon, Brasília, 18 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 842.008, da 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 03 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 7613/94. 6ª C.Civ. Relator: Des. Pedro Ligiéro. COAD 75286.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 1862 SP 2004.61.06.001862-3, da 3ª Turma, Rel. Des. Federal Nery Junior, 27 maio 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 14, agosto 2003. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3750>. Acesso em 11 mar. 2016.

LOPES, Miguel de Serpa. **Curso de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 8.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PORTELLA, Simone de Sá. A responsabilidade civil do Estado por omissão. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3668>. Acesso em 11 mar. 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Galdiana dos Santos. Responsabilidade civil do estado. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12619>. Acesso em: 12 abr. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. v.1.

A subjetividade das decisões judiciais nas ações de *trade dress*

Pedro Augusto de Almeida¹

William dos Reis²

Sumário: 1. Introdução 2. Conceitos básicos do direito empresarial e da teoria geral do processo 2.1. Propriedade industrial 2.1.1. Invenção 2.1.2. Modelo de Utilidade 2.1.3. Desenho industrial 2.1.4. Marca 2.2. Concorrência Desleal 2.3. *Trade dress* 2.3.1. *Trade dress* nos Estados Unidos 2.3.2. *Trade dress* no Brasil 2.4. Aplicações de *common law* no Brasil 3. As ações de *trade dress* e a Subjetividade da decisão Judicial 3.1. Anterioridade 3.2. Distinção de conjunto-imagem 3.3. Culpabilidade concorrencial 3.4. Risco abstrato 3.5. Colisão de interesses 3.6. Reconhecimento em geral 4. Conclusão 5. Referências.

126

Resumo: A legislação brasileira apresenta em seu arcabouço jus-positivista toda uma gama protetiva para a denominada propriedade industrial, resguardando inúmeras possibilidades de defesa a fim de fomentar a concorrência sadia entre o empresariado com o intuito de favorecer o consumidor final. Ocorre que um objeto desta temática foi omitido pelo legislador, contudo tal vácuo legis não impede a existência em fato concreto, assim o denominado *trade dress* ou conjunto imagem, se faz presente nas decisões dos nossos tribunais. O fato deste reconhecimento, contudo gera instabilidade jurídica, por se tratar de um conceito abstrato, advindo da legislação norte americana onde o instituto jurídico aplicado é o *Common Law*, desta forma, utilizaremos o método dedutivo, com exemplificações pratico-doutrinarias a fim de estabelecer quais os conceitos e normas equiparadas o magistrado brasileiro deve utilizar na análise deste objeto. Não obstante adentraremos nas observações práticas em caso concreto, cujo decisão em primeira instância foi negada e em recurso reformada a favor do autor. Este recorte jurisprudencial foi escolhido devido suas observâncias de público, cujo o consumidor é o público comum, por se tratar de produto simples, barato e de fácil acesso. Por fim, usaremos alguns requisitos próprios do conjunto-imagem, juntamente com elementos essenciais de propriedade industrial, ou melhor dizendo, sobre marcas e itens de concorrência desleal para definirmos a melhor maneira de decidir sobre as ações de *trade dress*, sempre com o intuito de garantir o direito do consumidor final, cujo a proteção é expressa na Constituição Federal de 1988, em seu art. 170.

Palavras-chave: imagem. Elementos. Concorrência.

1. Introdução

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo - UNITRI. E-mail: pedu13@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo - UNITRI. E-mail: williamreiswr@hotmail.com.

É notório que no direito brasileiro, sempre que elementos do fato jurídico não possuem regulamentação própria, os magistrados utilizam de analogias e outras jurisprudências para exercer a busca para a resposta das ações. Contudo, para um elemento da propriedade industrial denominado *trade dress*, existe muita divergência sobre qual norma aplicar e qual entendimento seguir, dessa maneira, como podemos chegar a uma decisão judicial eloquente e devidamente fundamentada?

Assim, o objetivo deste trabalho é apresentar elementos a serem utilizados de forma análoga às ações de *trade dress*, que padronizarão as sentenças, com o intuito de resguardar não só o empresário, mas também o consumidor e o mercado relevante. Desta forma, o problema central da pesquisa será qual norma é aplicável e qual a melhor forma de interpretação, uma vez que o ativismo jurídico, a menos que seja sumular, é livre para cada tribunal.

O estudo deste tema é essencial para manutenção da livre concorrência e do reconhecimento da propriedade, uma vez que ambos são objetos de nossa carta magna e carecem de proteção infraconstitucional. O trabalho sendo estruturado em uma parte geral, contendo elementos e conceitos básicos do direito empresarial e uma teoria geral do direito processual civil, para a melhor busca da racionalidade aplicável e, uma parte específica, da qual apresentaremos os elementos básicos de observação, com a utilização de exemplos práticos existentes no cotidiano e jurisprudências.

2. Conceitos básicos do direito empresarial e da teoria geral do processo

No presente capítulo, utilizaremos de conceitos básicos a respeito de propriedade industrial, concorrência desleal, *trade dress* e *Common Law* com a finalidade de teorizar os fundamentos necessários para a busca do melhor padrão de sentença a respeito das decisões judiciais por concorrência desleal advindas de plágio de conjunto-imagem, assim desmembraremos item a item na busca deste conhecimento.

2.1. Propriedade industrial

Propriedade industrial trata-se de um segmento de proteção a bens imateriais no ramo empresarial, tem com intuito garantir com que objetos conjuntivos do estabelecimento comercial não corpóreos, sejam tutelados, resguardados a utilização de seus proprietários, garantindo assim a propriedade. Devido a sua conceituação de inexistência palpável, muitas vezes se confunde com os direitos autorais, contudo essa divergência é esclarecida pela Procuradora Federal Flávia Serpa, apresentando a ideia de que propriedade industrial e direito autoral são subprodutos da propriedade intelectual, cujo a “propriedade intelectual é gênero, que tem como espécies a propriedade industrial (a qual protege a técnica e o registro é constitutivo da proteção)” (SERPA, 2013) e neste sentido o “direitos autorais (os quais protegem a obra em si de o registro é declaratório – ler art. 7º da lei)” (SERPA, 2013).

Desta forma, as proteções à propriedade industrial são vinculadas as técnicas, onde seu resguardo se faz a partir de documentos públicos, sendo cartas ou certificados,

emitidos pelo órgão competente, que no caso do Brasil é o INPI, Instituto Nacional da Propriedade Industrial. A proteção tem alcance a quatro modalidades estabelecidas em lei, conforme explicação de André Luiz Santa Cruz Ramos que define como “a invenção e o modelo de utilidade, protegidos mediante a concessão de patente e a marca e o desenho industrial, protegidos mediante a concessão do registro” (RAMOS, 2014, Pg. 140).

Portanto, fica observado que a obrigatoriedade do registro da propriedade industrial se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando a necessidade de comprovação prévia de posse que surge com a certificação de um órgão competente.

2.1.1. Invenção

A concepção de invenção historicamente é conhecida por todos, uma vez que o mundo evolui a partir de inventos. Para melhor conceituar, seguiremos a ideia repassada pelo Art. 8º da Lei de Propriedade Industrial, LPI, em que invenções decorrem de atividade inventiva com o aspecto da novidade e aplicabilidade industrial. Também temos o anexo 1 C do Tratado de Marrakesh (Marrocos) estabelecido pela Organização Internacional do Comercio, que segue em seu Art. 27, item 1, com uma definição semelhante a respeito de invenção:

Article 27, Patentable Subject Matter:

1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application. Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced. (The TRIPS Agreement is Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994.)³

Vemos então pelas definições supra, que sua proteção surge com a patente, quando se tratar de algo novo, compreendido unicamente no estado da técnica e que existe a possibilidade de ser aplicado de maneira industrial, em uma linha de produção de uma fábrica por exemplo.

³ Tradução própria: 1. Sem prejuízo do disposto nos paragrafos 2 e 3, podem ser obtidas patentes para quaisquer invenções, quer sejam de produtos ou processos, em todos os campos da tecnologia, contanto que sejam novas, envolvam uma atividade inventiva e sejam suscetíveis de aplicação industrial. (5) Sem prejuízo do n.º 4 do artigo 65, parágrafo 8 do artigo 70 e no parágrafo 3 do presente artigo, podem ser obtidas patentes e direitos de patente sem discriminação quanto ao local de invenção, ao domínio da tecnologia e se os produtos são importados ou produzidos localmente.

2.1.2. Modelo de utilidade

O modelo de utilidade nada mais é do que a melhoria de uma invenção já existente, com o intuito de melhorar sua utilização prática ou sua fabricação. Nesta forma de propriedade industrial, além da melhoria, outro requisito é a possibilidade de aplicação industrial, conforme explica Dahyana Siman Carvalho da Costa, “Modelo de utilidade é a nova forma ou disposição que resulta em melhoria funcional no uso do objeto ou em sua fabricação suscetível de aplicação industrial” (COSTA, 2005).

Assim, o modelo de utilidade é uma maneira de melhorar uma invenção existente, com o intuito de fomento do mercado, a fim de gerar uma concorrência saudável, de maneira que o empresário sempre invista em pesquisa.

2.1.3. Desenho industrial

O Desenho industrial, que como mencionado necessita de certificação para proteção jurídica, trata-se de forma ou conjunto de cores dispostas a um objeto, de forma a serem aplicadas a um produto, sempre com a intenção de agracia-lo com novo visual e de forma original, tendo como o requisito necessário a possibilidade de fabricação industrial, assim define Newton Silveira que “Tal forma, entretanto, deve achar-se desvinculada da função técnica, isto é, não pode consistir em forma necessária para que o produto preencha a sua finalidade” (SILVEIRA, 2012, Pág.70).

Entendido o que é reconhecido como desenho industrial, sem confundi-lo com modelo de utilidade, podemos concluir, entretanto, que possui a mesma noção básica de melhoria frente ao mercado e a pesquisa, desta forma o consumidor se depara sempre com um designe novo e diferente.

2.1.4. Marca

Conceituar marca é demasiadamente simples, uma vez que no Brasil e no mundo existem inúmeros tipos de marcas reconhecidas. Em resumo, marca é todo sinal que gere diferenciação entre produtos ou serviços de um empresário para com seus concorrentes. A marca deve sempre preencher bem sua finalidade, a de gerar distinção, caso não o realize, seja por ser algo notório, ou pelo simples desleixo de utilização do seu empresário, pode ser punível com a extinção da certificação ou com a incapacidade de certifica-la, assim explica André Luiz Santa Cruz Ramos que “a marca possui a finalidade de identificar determinado produto ou serviço do empresário, distinguindo-o dos demais, ela deve cumprir de forma eficiente essa função” (RAMOS, 2014, Pg. 181).

A marca como regra, realiza proteção apenas para seu ramo de atividade específico, gerando aí o princípio da especialidade. Assim, se você cria uma marca e a utiliza para produção de chocolate e outro empresário realiza cópia de sua marca para produção de calças jeans, não há o que se dizer de plágio, assim ocorreu em julgado do STJ proferido pela Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti que proferiu “Segundo o princípio da especialidade das marcas, não há colidência entre os signos semelhantes ou até

mesmo idênticos, se os produtos que distinguem são diferentes” (REsp 1079344 / RJ, Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma do STJ, 2012).

Existem também as marcas notoriamente conhecidas, que seguem o princípio da especialidade e, as marcas de alto renome, que são a exceção a esse princípio, ambos os casos as marcas possuem privilégios de proteção, podendo o INPI recusar novos depósitos de ofício, mesmo que as marcas não sejam certificadas no Brasil. Tal aparato legislado na Lei de Propriedade Industrial foi instaurado com a finalidade de garantir segurança jurídica para empresas que possam investir no mercado brasileiro. Devido a especificidade do órgão, cabe ao INPI identificar o que se considera como marca de alto renome, por se tratar de exceção ao princípio, dessa forma, foi emitido a resolução 107/13 que apresenta em seu art.1º os requisitos para se declarar este tipo de marca:

Art. 1º Para efeitos desta Resolução, considera-se de alto renome a marca registrada cujo desempenho em distinguir os produtos ou serviços por ela designados e cuja eficácia simbólica levam-na a extrapolar seu escopo primitivo, exorbitando, assim, o chamado princípio da especialidade, em função de sua distintividade, de seu reconhecimento por ampla parcela do público, da qualidade, reputação e prestígio a ela associados e de sua flagrante capacidade de atrair os consumidores em razão de sua simples presença.(INPI, Resolução 107, 2013).

Concluimos por tanto, que a marca além de necessitar de registros prévios, possuem exceções quanto as suas regras, conforme o observado em marcas de alto renome e, as notoriamente conhecidas. Lembremos, pôr fim, a necessidade de utilização por parte de seu proprietário, uma vez que uma marca não utilizada, ou desleixo como já mencionado, podem gerar a nulidade do registro.

2.2. Concorrência desleal

Para falarmos de Concorrência Desleal, devemos primeiro entender e conceituar o princípio da livre concorrência, abarcado pelo art. 170 da Constituição Federal. Tal princípio que está sempre vinculado ao princípio da Livre iniciativa, protege as relações de mercado, entre empresários, independentemente do poder econômico. Sua função básica é a de autor regulação mercantil, um esforço do legislador originário em gerar a possibilidade de qualquer pessoa constituir atividade econômica, fomentar o mercado e garantir variabilidade de preços e produtos ao consumidor final, tudo isso sempre de forma ética, justa e principalmente legal, seguindo a ideia apresenta João Bosco Leopoldino de que “a Constituição adota como princípio a mola básica que rege aquele tipo de organização da economia. Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio” (LEOPOLDINO, 2011, p. 94).

Desta forma, consideremos concorrência desleal todo e qualquer meio utilizado por empresários concorrentes para adquirir mercado, lucro ou desestabilizar rivais de forma prejudicial, que firam os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Seguindo o entendimento de que concorrência desleal se trata da utilização de formas inidôneas para obter vantagens econômicas, concluímos que essa forma de ilicitude pode comprometer toda uma estrutura socioeconômica, não ferindo apenas uma instituição, mas toda a sociedade.

2.3. *Trade dress*

Trade dress ou Conjunto-imagem, é o reconhecimento do público de um sinal comum associado a um produto ou fornecimento de serviço que o difira de todos os demais do mesmo ramo de atividade. Pode ser uma cor, textura, formato e designe ou modelo de prestação de serviço e serventia, estando relacionado ou não com embalagens, etiquetas, marcas, ou outros elementos de propriedade industrial, seguindo os moldes repassados pela Associação Internacional de Marcas:

131

Trade dress is the overall commercial image (look and feel) of a product that indicates or identifies the source of the product and distinguishes it from those of others. It may include the design or shape/configuration of a product; product labeling and packaging; and even the décor or environment in which services are provided. Trade dress can consist of such elements as size, shape, color and texture, to the extent that such elements are not functional. In many countries, trade dress is referred to as “get-up” or “product design.”. (INTERNATIONAL TRADEMARK ASSOCIATION, 2015)⁴

Mesmo com reconhecimento internacional, e do judiciário, esse elemento de propriedade industrial possui uma enorme defasagem em sua proteção. O entendimento do que realmente é um conjunto-imagem gera problemas frente ao mercado, de maneira com que novos meios de prestação de serviço diferenciados, ou produtos com características distintas deixam de ser criados, demonstrando assim a necessidade de uma legislação que padronize tal tema, afim de proteger os elementos econômicos.

2.3.1. *Trade dress* nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos em 1946 apesar de ser um país originário do *common law*, foi assinado o *lanham act*, nome dado em homenagem a Fritz G. Lanham, industrial original do Texas e defensor dos registros de propriedade industrial da época. Essa carta, que em vários casos foi utilizada pela Suprema Corte Americana, é responsável por legislar a

⁴ Tradução própria: *Trade dress* é tudo que envolva a imagem comercial (aparência e comportamento) de um produto que indica ou identifica a origem do produto e o distingue dos outros. Pode incluir o design ou a forma/configuração de um produto; rotulo de produtos e embalagens; e até mesmo a decoração ou ambiente no qual são fornecidos os serviços. *Trade dress* pode consistir em elementos como tamanho, forma, cor e textura, na medida em que tais elementos não são funcionais (propriedade industrial). Em muitos países, *Trade dress* é referido como um "algo a mais" ou "design de produto."

respeito de todo o instituto de propriedade industrial dos Estados Americanos, trazendo consigo conceitos já estudados por nós, como Desenho Industrial e Marca, contudo essa norma reconhece o denominado conjunto-imagem, cujo sua proteção está prevista no § 1127 do ato, onde apresenta as definições do termo marca registrada, dando definições que abrangem qualquer forma possível de identificação, conforme o exposto:

Trademark. The term “trademark” includes any word, name, symbol, or device, or any combination thereof:

(1) used by a person, or;

(2) which a person has a bona fide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter, to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown. (§1127, LANHAM ACT, 1946).⁵

Não bastando a forma indireta de se referir ao conjunto-imagem, ao indicar qualquer dispositivo de distinção no artigo supra, a lei americana apresenta por várias vezes a denominação *trade dress* ao indicar as regras de concorrência desleal, demonstrando assim um reconhecimento direto do instituto, conforme podemos analisar do §1125, item 4, do *Lanham Act*, responsável por definir o ônus da prova:

(4) Burden of proof.: In a civil action for trade dress dilution under this Act for trade dress not registered on the principal register, the person who asserts trade dress protection has the burden of proving that;

(A) the claimed trade dress, taken as a whole, is not functional and is famous; and

(B) if the claimed trade dress includes any mark or marks registered on the principal register, the unregistered matter, taken as a whole, is famous separate and apart from any fame of such registered marks. (§1125, item 4, LANHAM ACT, 1946)⁶

⁵ Tradução própria: Marca comercial. O termo “marca” inclui qualquer palavra, nome, símbolo ou dispositivo, ou qualquer combinação dos mesmos; (1) usado por uma pessoa, ou (2) que uma pessoa que esteja de boa-fé para usar no comércio e tenha registrado no registro principal estabelecido por este capítulo, com intuito de identificar e distinguir as suas mercadorias, incluindo a distinção de um produto único, até aqueles fabricados ou vendidos por outros comerciantes e, para indicar a origem das mercadorias, mesmo que a origem seja desconhecida do consumidor.

⁶ Tradução própria: Ônus da prova.: Em uma ação civil para a proteção do *Trade dress* nos termos desta Lei em casos de *Trade dress* não registrado no principal registro, a pessoa que afirma proteção do elemento tem o ônus de prova-la; (A) o reconhecimento do *Trade dress*, tomado como um todo, não pode ser elemento funcional e deve ser reconhecido por todos; e (B) Se o *Trade dress* estiver vinculado a alguma marca registrada, o fato do elemento conjunto-imagem não estar registrado é importante, o assunto será tomado como coisas distintas, uma vez que o fato do *Trade dress* ser reconhecido independentemente de se vincular a marca registradas famosas ou não.

Nos Estados Unidos, portanto, o *Trade dress* é algo além de reconhecido, objeto de demandas judiciais, desenvolvendo a economia norte-americana. O seu registro se faz necessário, contudo a falta do mesmo ainda assim permite sua proteção frente aos meios de concorrência desleal, sua maior diferença com o Brasil, contudo, é o reconhecimento das variadas possibilidades de apresentação.

2.3.2. *Trade dress* no Brasil

No Brasil infelizmente não existe uma regulamentação específica acerca do denominado conjunto-imagem, fazendo com que o instituto fique vago para interpretações dispersas e subjetivas. Muitas vezes a impossibilidade de gerar registro gera danos, uma vez que este é essencial no nosso ordenamento para dar-se início à proteção, conforme explicamos a respeito da certificação das marcas por exemplo. Assim, é possível observar em acórdão recente do Tribunal de São Paulo, que apesar de existirem elementos idênticos, o magistrado que com tempo para observar as diferenças levando apenas o conceito de desenho industrial e considerando *trade dress* relacionado com embalagem e não como conjunto-imagem, profere:

As logomarcas das partes apresentam-se com uso de símbolos circulares. Entretanto, a distinção das cores (amarela-autora e azul-réu), aliada à grafia diversa das marcas (Orthopauher e Orthosilic), afasta a possibilidade de confusão perante consumidores. Sentença de improcedência dos pedidos mantida. Recurso não provido. (Apelação nº10029722020148260006. Relator Des. Carlos Alberto Garbi, 2016).

Veze também que se fazem necessárias provas periciais da semelhança existente, contudo se trata apenas de casos cujo envolvimento de concorrência desleal é vinculado a imagem da embalagem, quando muito, seu formato. Assim, torna-se difícil a proteção do empresariado cujo a elaboração de novos elementos se faz incentivada pela concorrência.

Não somente os meios empregados hoje para dar proteção, se faria impossível dar garantias no judiciário quando se tratar de elementos oriundos de formas de prestação de serviço, dos quais não podem ser registrados, muito menos periciados. A exemplo utilizemos a forma de apresentação e fornecimento da rede de restaurantes Outback, cujo característica marcante está no fato de seus funcionários sempre atenderem as mesas dos seus clientes de forma ajoelhada, ou até mesmo a faca utilizada no restaurante que possui um modelo indiscutivelmente diferenciado e reconhecível por frequentadores. No mais, a falta de regulamentação e a possibilidade desvairada do judiciário sem um patamar a se guiar referente a temática, gera uma instabilidade social.

2.4. Aplicações de Common Law no Brasil

O Brasil, apesar de possuir uma constituição rígida, sendo um exemplo mundial a respeito do direito positivista, possui métodos de escape vinculados ao *common law*, atos de padronização judicial através de decisões de orientação, as chamadas sumulas, proferidas por tribunais superiores e também as chamadas sumulas vinculantes, com aplicações semelhantes a leis federais, advindas de orientações do Supremo Tribunal Feral, assim explica o ministro Gilmar mendes a respeito da competência do STF, que “é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão” (RE n.203.498/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes 2003).

Assim faz nascer um elemento normativo denominado ativismo jurídico, uma forma ou postura do órgão judicante responsável em buscar utilizando elementos de interpretação expansiva o verdadeiro valor da norma, seu conceito em amplo senso com a finalidade de atender a necessidades advindas da omissão ou da lentidão do poder legislativo. Utilizando o judiciário o conceito e regras expostas por Thamy Pogrebinschi:

134

Ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade. (POGREBINSCHI, 2000, PG.02).

Por fim, fica entendido que o judiciário tenta sempre responder a uma solicitação, o direito de ação é universal e o dever de responder é uma obrigação e, através do ativismo judicial, o Poder Judiciário encontra uma forma de atender às necessidades sociais.

3. As ações de *trade dress* e a subjetividade da decisão judicial

Os tribunais brasileiros têm a necessidade de padronizar as decisões judiciais que envolvem o entendimento do considerado conjunto-imagem, sentenças dadas a ações existentes com a finalidade de identificar ilegalidades frente ao consumidor final, ou seja, aos populares e, aos defeitos jurídicos impostos à própria economia, sendo uma necessidade decorrente da inercia do legislador, da falta de lei própria que regulamente o tema. Existem muitos julgados que demonstram um entendimento variado do magistrado do que seria considerado *trade dress*, bem como nem sempre observam o real mal existente nesta prática. *Assim, para padronizar as decisões judiciais a respeito de ações de conjunto-imagem, quais aspectos devem ser observados?*

A melhor forma de responder este questionamento, é dar características concretas e objetivas ao que identificamos como *trade dress*. A definição material do objeto da ação judicial como requisito necessário para que o magistrado consiga pronunciar uma sentença mais justa e coerente.

Para o melhor entendimento apresentemos o processo nº 013/1.03.0003681-9 (comarca de Erechim – RS), decorrente de ação ajuizada entre uma produtora de balas e uma concorrente direta que utilizavam as mesmas características de identificação dos produtos, quatro tipos de balas que eram vendidas conforme suas disposições de cores,

bala de doce de leite com invólucro amarelo-ouro por exemplo. O Juiz de Direito, Dr. Victor Sant'Anna Luiz de Souza Neto, negou liminar e julgou improcedente o pedido, por entender que não existe registro no órgão competente:

Nesse contexto, não há como se afirmar, estreme de dúvidas, tenha havido concorrência desleal, nem há como impedir a ré de comercializar seus produtos com marca aprovada pelo órgão a que legalmente cometida a atribuição de zelar pela Propriedade Industrial. Do exposto, julgo improcedente o pedido. (Sentença, processo nº 013/1.03.0003681-9).

Seguindo o mesmo processo, em recurso de apelação nº 70039585534, a sentença do juiz de primeiro grau foi reformada por decisão da décima quinta turma da câmara cível. Foi julgado procedente o pedido devido a existência comprovada de registro misto da marca, que foi a solicitação de concessão de marca vinculada a elementos de imagem, contudo o relator, Des. Vicente Barroco de Vasconcellos deixa claro o entendimento de que a comprovação de anterioridade da utilização do conjunto-imagem, mesmo sem existência de registro em órgão competente e, existência de boa-fé, são suficientes para aplicação no caso concreto, ou em outras palavras, “referente à demonstração da pretérita utilização de tais embalagens – independentemente do registro no INPI - com boa fé e anterioridade - capaz de aproveitar o direito de precedência decorrente do sistema misto-atributivo que rege a matéria.”. (Desembargador Vicente Vasconcellos, Acórdão de apelação cível nº 70039585534).

Toda via, a comprovação de anterioridade de existência da característica é apenas elemento constitutivo de direito, apresenta a ideia de quem pode ser determinado como o titular para propositura da ação. No decorrer do processo, deve o magistrado não somente observar a titularidade, mas também os danos gerados pelo plágio, sendo necessário a adequação dos fatos aos requisitos de concorrência desleal, tendo como elementos, a) seu reconhecimento distinto, para o proprietário e para o público, b) o requisito de culpa sendo a existência da mera cópia do elemento característico, c) colocar em análise o perigo abstrato que pode ser gerado ao empresário detentor original da substância, d) a existência da colisão de interesses entre empresariados diferentes, e) clientes que reconheçam e se confundam com o conjunto-imagem e, por fim, contudo tão importante quanto os demais elementos, f) a possibilidade de repreender o plagiador do elemento, ou nas palavras de Carlos Alberio Bittar:

a) desnecessidade de dolo ou de fraude, bastando a culpa do agente; b) desnecessidade de verificação de dano em concreto; c) necessidade de existência de colisão; d) necessidade de existência de clientela; e) ato ou procedimento suscetível de repreensão (BITTAR, 2005, p.47).

Levemos então a conceituação de requisitos de concorrência desleal exposta a cima, de maneira a aplica-la nas ações de *trade dress*, adequando o entendimento jurisprudencial e doutrinário à matéria do fato gerador, criando grilhões a serem seguidos

pelo magistrado, da mesma maneira que é realizado em países originários do *common law*.

3.1. Anterioridade

Como falamos, o primeiro elemento existente do conjunto-imagem a ser observado pelo magistrado, sem sombra de dúvidas é o início do exercício sobre a propriedade industrial, frente aos demais concorrentes de mesmo segmento, sendo obrigatória a recorrência de sua utilização. De nada adianta o pleito judicante se o próprio autor que criou a característica não a utiliza mais, caindo na ideia de caducidade apresentada pela lei de propriedade industrial, quando falamos de marcas não utilizadas, em resumo, o exercício da função social da propriedade, conforme acórdão do TRF 2ª Região que bem explica os “direitos de propriedade e de exclusividade de uso sobre uma marca, atribuídos pelo registro no órgão marcário, corresponde um dever legal de uso da mesma, decorrente da função social da propriedade”. (TRF 2ª Região, Apelação Cível nº 438890, Processo nº. 2004.51.01.534594-7, Segunda Turma Especializada, Relator: Des. Messod Azulay Neto, julgado em 23.2.2010).

Assim, o primeiro requisito do conjunto-imagem é ser algo utilizado, um elemento a ser comprovado logo na propositura da ação, como requisito de interesse, devendo ser único, e utilizado pelo seu proprietário, nos mesmos moldes da regra geral apresentada pelas marcas registradas.

3.2. Distinção no conjunto-imagem

O elemento básico do *trade dress* sem sombra de dúvidas é o fato de ser distintivo como características de produtos ou serviços colocados em circulação, no exemplo da fábrica de balas essa diferenciação está no fato de vincular cada sabor a cada tipo de cor de bala, sendo o ponto diferencial da empresa, independentemente de ser adquirido seja por iniciativa de propaganda ou por tradição do grupo empresarial, que repercute e gera reconhecimento, ou conforme o exposto por Luciana Yumi Hiane Minada, em artigo da revista eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Industrial, que “o *trade dress* não pode apresentar uma configuração ordinária e trivial com a qual o consumidor já esteja acostumado” (MINADA, 2014, p. 7).

Para identificar o efeito distintivo do conjunto-imagem, vamos considerar a definição prática do que seria a marca para seu proprietário de registro, visto que seu conceito básico, tende a alcançar toda a abrangência de elementos constitutivos de uma simbologia (cor e sabor das balas) vinculada a uma empresa. Uma marca é utilizada como frente representativa não só de um produto em específico, mas de todo uma gama empresarial, seja anexa a ações de uma sociedade anônima, ou a outros subprodutos de um nicho mercadológico, sendo nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho que “As marcas são sinais distintivos que identificam, direta ou indiretamente, produtos ou serviços.” (COELHO, 2012. Pg.343).

O *trade dress* não está longe deste conceito, trata-se da imagem total do produto ou serviço, disposição de cores e formas que juntas ou separadas da marca, identificam e caracterizam toda a identidade de uma empresa, serviço ou grupo econômico. A ideia de

estar separada da marca é o principal problema doutrinário que encontramos, visto que a lei 9279/96 (lei de propriedade industrial) em seu art. 124, VIII, veda a possibilidade de registro de cor e sua nomenclatura, salvo se dispostas de maneira peculiar. Esta segunda parte, no entanto, abre uma possibilidade de defesa contra a concorrência desleal, visto que:

Um comerciante que adotasse como marca de seus produtos a cor azul, não poderia obter a proteção legal, quer a cor se referisse ao produto, quer à marca ou invólucro. Mas a combinação de cores, a sua disposição, ou a sua combinação com outros sinais característicos, pode ser admitida como marca. Nada impede, porém, que uma determinada cor ou combinação de cores, seja reivindicada como característico essencial da marca. (CERQUEIRA. 2010. Pg. 85).

Bem como a anterioridade, o elemento distintivo, no caso das fabricas de balas onde cores são vinculadas a sabores, se apresenta como o principal elemento a ser observada pelo judiciário. É a característica fundamental do *Trade dress*, configurando assim o item obrigatoriamente necessário para obter sua proteção como propriedade industrial, visto que ser comum não geraria diferenciação.

3.3. Culpabilidade concorrencial

O sucesso de um elemento distintivo pode acarretar na necessidade de plágio por parte de concorrentes, sejam eles diretos ou indiretos, gerando assim a possibilidade de cópias parasitárias com o intuito de lucrar com o erro do consumidor ou com a tentativa de roubar clientela para extirpar o empresário do mercado final, gerando confusão ou seguindo o entendimento de deslealdade da Mestra Dahyana Siman Carvalho da Costa, “Para a identificação da concorrência desleal fez-se necessário o agrupamento dos atos considerados como indevidos, que turbam o livre funcionamento do mercado” (COSTA, 2016).

Contudo nos conflitos de *trade dress*, bem como a maioria dos conflitos de concorrência desleal, não é necessário a existência de dolo ou vontade do agente, a simples culpa é elemento figurativo suficiente para gerar a lide a ser discutida em âmbito judicial, o fato do concorrente de nossa fábrica de balas saber ou não do elemento pré-existente não exime a possibilidade da cobrança por perdas e danos. A caracterização da intenção servirá apenas para o aspecto indenizatório da ação por meio do procedimento de “indenização por danos materiais (lucros cessantes) ou morais cumuladas ou não a uma obrigação de fazer ou não fazer para haver a reparação e paralisação dos danos emergentes da deslealdade comercial”. (BITTAR, 2005, p. 32).

A criação de elementos idênticos ou confundíveis, mesmo que um dos empresários não saiba do outro em um mesmo momento, ou que a territorialidade das vendas não seja a mesma, gera dano ao elemento distintivo, sendo que com o advento da internet, não existe mais limite mercadológico:

É necessário que os concorrentes estejam disputando o mercado em momentos temporais paralelos, também, é forçoso que a competição se funde no mesmo bem ou serviço, por fim, tem-se a identidade de mercado, mais abrangente que a expressão identidade territorial, baseado na globalização, que permite a competição entre territórios longínquos, como, por exemplo, o comércio eletrônico (internet). (ALMEIDA, 2004, p. 118).

O concorrente que realizou plágio do elemento característico das balas, então mesmo não exercendo sua atividade com culpa, gera uma responsabilidade civil objetiva, uma necessidade de reparação.

3.4. Risco abstrato

Quando falamos em risco abstrato nas infrações de concorrência desleal nas ações de *trade dress*, devemos observar o prejuízo presumido que pode ser gerado ao empresário, ao ordenamento econômico brasileiro e ao consumidor final. Como apresentado por Gabriel Di Blasi, o reconhecimento cria um padrão de consumo, gerando uma escolha preferencial, ou como aduz:

Além disso, a marca atua como um veículo de divulgação, formando nas pessoas o hábito de consumir um determinado bem incorpóreo, induzindo preferências através do estímulo ocasionado por uma denominação, palavra, emblema, figura, símbolo ou outro sinal distintivo. (DI BLASI, 2010, p. 292.)

Utilizemos novamente a sentença nº 013/1.03.0003681-9, da lide existente entre as fabricantes de balas. O Juiz prolata em determinado trecho, que um dos motivos de indeferimento do caso se dá devido ao público consumidor da autora se enquadra a uma classe mais elevada, devido a isso elas não se confundirão com o produto da concorrente devido a “cabe sopesar que os produtos (balas finas) se destinam a consumidores mais exigentes” (Sentença, processo nº 013/1.03.0003681-9).

Além de irrelevante o nível de exigência do consumidor, o mesmo não é *expert* no quesito propaganda ou produção industrial, desta forma entende-se que não são obrigados a diferenciar produtos que são visualmente iguais, devido a isso, cabe ao comerciante por meios legais, impor métodos para diferenciação do produto, que no nosso caso concreto, era a vinculação de sabores a cores, ou nas palavras de Túlio Arantes Bozola a respeito da percepção do lesado “o que no passado foi considerado como perigoso por ser facilmente percebido pelos sentidos, na sociedade contemporânea foi substituído pelo risco advindo de relações sociais de enorme complexidade” (BOZOLA, 2015, Pg. 17).

No caso prático, uma mãe de família realizando compras, com dois filhos pequenos em um supermercado cheio, aflita para deixar aquela condição de estresse, apenas olha a coloração do pacote, imaginando ser o produto de seu gosto e sua marca favorita e o

compra, podendo pagar a mais ou adquirir um produto de qualidade inferior do que está acostumada. Com este exemplo, vemos o risco que a consumidora sofre, bem como o empresário que pode perder uma cliente habitual e ocorrendo em larga escala o mercado concorrencial pode ser prejudicado. Verifica-se que a mera possibilidade de afetar um dos pilares econômicos, pode acarretar no prejuízo dos demais, ou como afirma Túlio Bozola, seguindo o pensamento de Luciano Anderson Souza que, “não importa que os perigos representados pelos novos riscos venham a se concretizar ou não, bastando a mera possibilidade de sua ocorrência” (BOZOLA, 2015, Pg.18).

Seja talvez, o risco abstrato não uma característica do ato concorrencial, mas seu resultado, cujo uma vez acrescido os demais itens do rol de elementos que configuram as regras de reconhecimento de lide por conjunto-imagem, o produto final será a possibilidade de danos gerada ao meio social.

3.5. Colisão de interesses

O interesse do proprietário do conjunto-imagem bem como o de seu plagiador é de simples entendimento. São levados, seja por boa ou por má fé, a praticar inovações para obter lucro, exercendo assim a atividade empresarial em sua origem, olhemos os termos doutrinários de Maria Helena Diniz, que apresenta uma concepção jurídica sobre o conceito de empresa, que “é a atividade organizada para produção e circulação de bens ou de serviços, desenvolvida por uma pessoa natural (empresário) ou jurídica (sociedade empresária), por meio de um estabelecimento” (DINIZ. 2006, Pg.754).

Ao utilizar “atividade organizada”, encontramos o núcleo responsável pelo conflito de interesses, sendo nele que o empresário adquire no ordenamento brasileiro concorrentes, são outros sujeitos que exercem atividade de mesmo ramo, com a mesma finalidade, contudo cada qual do seu método. Ocorre que o sucesso de alguns leva a cópia de como apresentar o produto ou o serviço à sociedade, como existe também a possibilidade de coincidência, casos que empresários de mesmo ramo tem a mesma ideia sem se conhecerem. Temos aí, a necessidade de que nas ações de *Trade dress* sejam consideradas o ramo ocupacional, excluindo cópias, plágios ou coincidências de atividades organizadas distintas. Assim segue o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação civil, nos termos que foram proferidos o que segue:

As marcas Dreher e Cereser são completamente distintas; rótulos os desenhos e até os elementos de uso comum são diferentes; o formato e a cor são de uso comum; os produtos são destinados a segmentos de mercado distintos; não há risco de confusão. Ação judicial é, portanto, improcedente. (Dreher vs. Vinicola Cereser – AC 69.216-4/5/SP).

Portanto, como vemos na sentença, uma empresa de conhaque e a outra de vinhos, tendo a comercialização de bebidas alcoólicas em comum, contudo o produto é distinto. Assim se faz necessário a atuação no mesmo ramo, com as mesmas praticas, e a partir desse mesmo nicho mercadológico.

3.6. Reconhecimento em geral

O fato das cores serem vinculadas a sabores além de algo distintivo, também tinha seu reconhecimento pelo público, que muitas vezes ignorava os escritos da embalagem, por já entenderem que se tratava do seu produto usual de consumo. Observado isso temos o objeto de identificação como algo notório pela população consumerista, seja ela de território amplo para uma grande empresa, ou de uma extensão restrita, de um nicho mercadológico menor. Uma marca no sentido de elemento, cujo a simples apresentação já leva ao entendimento de qual empresa ou grupo empresarial trata o objeto, ou em outras palavras, uma busca de reconhecimento pelo coletivo, nos moldes de Celso Ribeiro Bastos:

140

A coletividade tal como colocada no art. 1º daquele diploma legal (CF) denota a existência de um interesse geral que transcende os limites das estruturas do mercado, comum na tutela antitruste, abrangendo agentes econômicos de diferentes portes: consumidores, trabalhadores, população do entorno dos estabelecimentos empresariais e toda a sociedade. (BASTOS, 1999, p. 451).

Um outro exemplo notório e de grande abrangência é o ato publicitário realizado pela empresa *Coca-Cola Company*, cujo o intuito era mostrar que não devemos rotular as coisas, contudo em sentido contrário a propaganda, ela utiliza de elementos de *trade dress*, que por serem notórios em todo o mercado nacional, figuram sua marca, que por si já é de alto renome.



(BELLONI, 2016)

Visto o exemplo não obsta apenas o reconhecimento do produto pelo consumidor final, mas também a sua influência mercadológica, demonstrando assim não apenas uma vinculação à marca, mas também a sua característica distinta de apresentação ao mercado. Gerando assim uma associação do público, ou nas palavras do Ministro Vasco Della Giustina:

A marca e os outros sinais distintivos permitem impedir que alguém use, no exercício de atividades econômicas sinal idêntico ou semelhante para os mesmos elementos para que o sinal foi

registrado e que possa causar risco de confusão ou de associação no público. (STJ. Resp. 862.067/RS, Min. Giustina).

Neste sentido descartemos elementos reconhecidos, porém que são uma forma de demonstração de serviços que é ignorada pelo comércio. A simples suposição de que causará confusão não deve ser abarcada, uma vez que o comprador final ignora os invólucros e métodos de apresentação e apenas observa o conteúdo essencial, a exemplo da empresa Mc Donald's, notoriamente conhecida pelo modelo de disposição interna de suas lojas e formas de fornecimento de serviço, que possuem inúmeros concorrentes que realizam a mesma disposição, contudo não geram confusão. Sendo assim no caso concreto, a obrigação do autor de comprovar a possibilidade de confusão, seja por testemunhas, seja por laudo técnico, se faz necessária para a propositura da ação. Como podemos ver no julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a comprovação de todos os elementos constitutivos se torna elemento obrigacional ao demandante:

141

O próprio autor sustenta que o consumidor poderá incorrer em erro ou confusão. Não existe, portanto nenhuma evidência inequívoca de que a semelhança das embalagens possa induzir a erro. A produção de provas se faz necessária para a decisão do caso. (Unilever x Brasweg – AI 368.720 – 04/05/2000/SP).

O reconhecimento geral, esta então, vinculado a notoriedade do bem tutelado, assim como informado nas regras de marcas, sua notoriedade pode gerar vínculo a uma empresa e danos a quem os utilizar de maneira inidônea, irresponsável e com intuito de prejudicar o mercado. Por fim, de nada adianta um objeto do conjunto-imagem ser tutelado em ação, se nem o mais fiel de seus consumidores o correlaciona com o produto ou empresa que produz.

4. Conclusão

Após o vislumbre geral a respeito das propriedades industriais, cujo arcabouço de proteção se refere a quatro tipos de objetos, sendo a invenção o elemento primordial da propriedade industrial, cujo sua proteção advém da novidade, da criatividade e da possibilidade de aplicação industrial. Em seguida temos o modelo de utilidade, que basicamente se trata na melhoria da atividade fim do objeto registrado, algo inovador criado com a finalidade de enaltecer uma invenção anterior, ou um método de produzi-la de forma mais eficaz. Semelhante ao modelo de utilidade temos o desenho industrial, que conforme seu predecessor tende a alterar uma invenção existente, mas com a diferença de não alterar sua atividade fim, apenas modificando o seu designe. Por fim chegamos ao ápice do que buscamos como conhecimento a respeito de propriedade industrial, as marcas, cujo seu conceito universal apresentado por órgãos internacionais e reconhecidos no mundo todo são vinculados ao reconhecimento de sinais distintivos perante a um produto ou fornecimento de serviço, assim no ordenamento brasileiro, além de marcas simples, que se adequam a regra geral estipulada pelo ordenamento, temos as

marcas de alto renome e as notoriamente conhecidas, cujo seu reconhecimento é apresentado pelo órgão regulamentador, o INPI.

Seguimos então ao estudo de um elemento protetivo apresentado também nas leis de propriedade industrial, cujo intuito é de resguardar os elementos de propriedade industrial, tratamos no caso da concorrência desleal, que tem como embasamento a falta de lealdade entre os empresários rivais, podendo utilizar de várias formas com o intuito de adquirir novos mercados de maneira antiética, de desestabilizar a honra do concorrente, ou simplesmente com a intenção de lucrar de maneira parasitária, sem inovar ou despender gastos para chegar ao sucesso.

Após a busca dos dois termos, apresentamos então a relação de *Trade dress*, um ordenamento reconhecido em países que possuem o *common law*, a exemplo dos Estados Unidos, cujo os preceitos de proteção ao empresário, suas propriedades e suas criações, são exemplos seguidos mundialmente, de maneira que deixam no *lanham act*, lei própria americana a respeito de propriedade industrial, apresentar implícita e explicitamente a existência de tal fato jurídico e sua possibilidade de registro. Contudo diferente da América do Norte, o Brasil por ser um país positivista, não possui uma legislação que envolva tal objeto, gerando assim insegurança jurídica devido a divergência de entendimento entre tribunais superiores e inferiores.

Então, com o vácuo da legislação surge a possibilidade de *common law*, no Brasil, que por si é um país representante do *civil law* que nada mais é o formato de leis escritas, de forma positivada. Sendo que sua aplicabilidade de costumes, após sentenças desenfreadas devido à falta de regras a respeito destas decisões fez surgir as sumulas vinculantes, proferidas pelo STF, cujo os acórdãos proferidos são transformados em entendimentos jurisprudenciais com força de lei, ato advindo do ativismo jurídico.

Assim, chegamos ao embate de como padronizar as decisões judiciais advindas de ações propostas por concorrência desleal com a matéria de *Trade dress*. Entendemos que o magistrado deve abordar o tema, que hoje não possui legislação própria, adequando conceitos e regras da propriedade industrial, em específico das marcas e das marcas notoriamente conhecidas, bem como aspectos do próprio instituto de atos mercadológicos ilícitos. Como primeiro item fundamental a ser observado pelo Estado Juiz, temos a anterioridade, definir quem no processo realmente iniciou a utilização do conjunto-imagem é essencial para se declarar as partes possíveis no processo. Em segundo plano, busquemos a definição do objeto, se o mesmo é algo distinto, ou como retiramos da analogia a respeito da propriedade industrial, se é algo novo no estado da técnica, o que nos leva a terceira regra, se existe reconhecimento do público em geral, por que, como a marca, se o *Trade dress* está em desuso, ou se torna algo banal, não á o que falar em prejuízos ao empresário.

Após o magistrado eleger os três itens de identificação, vamos a observação do caso prático cujo a colisão de interesses torna a possibilidade de danos mais evidente, necessariamente o composto do conjunto-imagem que foi copiado pelo empresário desleal deve ser aplicado ao mesmo ramo de atividade, pois assim como a marca, esse objeto identifica um produto, um serviço ou até mesmo uma empresa e, transformar esse reconhecimento em algo geral como marcas de alto renome poderia abrir preceitos jurídicos prejudiciais ao mercado relevante. Neste sentido, a culpabilidade do plagiador apenas será observada para reparação de perdas e danos, uma vez que existe a possibilidade de duas pessoas terem a mesma ideia, contudo a relação da obrigação de não fazer independe de culpa ou dolo, pois aqui o prejudicado não é apenas o proprietário

do elemento, mas também o mercado final, o consumidor em geral que deve ser preferencialmente defendido devido a sua hipossuficiência, neste sentido, chegamos ao último conceito que deve ser levado em consideração, o risco abstrato da prática ilícita em questão, uma vez que não existe a obrigatoriedade de se comprovar os prejuízos sofridos, pois tal atividade por si só já enseja em danos para a ordem econômica nacional.

Concluindo assim que a utilização das regras observadas, com devida fundamentação, criará a partir de sua utilização, preceitos fixadores, impedindo que decisões baseadas apenas em comparativos do fato específico, ou de observações errôneas a respeito do que se faz o conjunto-imagem perpetuem nas regras jurisprudenciais.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Marcos Elidius Michelli de. **Abuso de direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ANDRADE, Marília. Câmaras reservadas de direito empresarial, ano 15, **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://mariliaandrase.jusbrasil.com.br/artigos/234305133/camaras-reservadas-de-direito-empresarial>>. Acesso em: 11 maio 2016.

ASSOCIATION, International Trademark. Types of protections, **INTA**, nov. 2015. Disponível em: <http://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/Trade_dress.aspx>. Acesso em: 12 maio 2016.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade industrial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. v.1 e 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BELLONI, Luiza: Coca-Cola Remove rótulos das latinhas para combater preconceito, **Huffpost Brasil**, publicado em 06 jul. 2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2015/07/06/coca-cola-rotulos-preconceito_n_7736488.html>. Acesso em: 15 abr. 2016.

BOZZOLA, Tulio Arantes. **Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 1079344 / RJ, Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 862.067/RS. 3ª turma. Relator Min. Vasco Della Giustina. Brasília – DF 26/04/2011. Dje 10.05.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1079344 / RJ, Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma do STJ, julgado em 21/06/2012, publicado em 29/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – RE n.203.498/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU, de 22.08.2003.

_____. Tribunal Regional Federal, 2ª Região, Apelação Cível nº 438890, Processo nº. 2004.51.01.534594-7, Segunda Turma Especializada, Relator: Des. Messod Azulay Neto, julgado em 23.2.2010

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 3ª Turma. Apelação Civil. 0000581-11.2013.8.10.0000. Relator, Desembargador Marcelo Carvalho Silva, 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Turma. Apelação nº10029722020148260006. Relator Desembargador Carlos Alberto Garbi, 2016.

_____. 2ª Vara Civil da Comarca de Erechim, Rio Grande Do Sul. Processo nº 013/1.03.0003681-9 Juiz de Direito Dr. Victor Sant'Anna Luiz de Souza Neto 2010

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 15ª Turma. Acórdão de apelação cível nº 70039585534. Relator Desembargador Vicente Vasconcellos, 2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 8ª Turma. AI 368.720 – 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Manual de direito comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Dahyana Siman Carvalho da. Concorrência desleal, Comercial, **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 10, nº 9121. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9121>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Propriedade industrial, Civil, **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=246>. Acesso em: 11 maio 2016.

DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario Soerensen; M. MENDES, Paulo Parente. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industrial analisado a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FUCHS, Angela Maria Silva. **Guia para normalização de publicações técnico-científicas** / Angela Maria Silva Fuchs, Maira Nani França, Maria Salete de Freitas Pinheiro. Uberlândia: EDUFU, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro: comentários à nova legislação sobre marcas e patentes**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v.2. t.2.

LEMLEY, Mark A. The modern Lanham act and the death of common sense. **Yale Law Journal**, ed. 7, 1999, p. 1687–1715.

LEOPOLDINO, João Bosco. **Direito econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MINADA, Luciana Yumi. **O instituto do trade dress no Brasil: a eficácia da repressão à concorrência desleal enquanto mecanismo de proteção**. São Paulo: Associação Paulista de Propriedade Intelectual, 2012.

NARDOZZA, Luciano. O papel do juiz: um estudo comparativo entre os sistemas jurídicos do Common Law e Civil Law, **Jusbrasil**, 2016. Disponível em:

<<http://lucianonardozza.jusbrasil.com.br/artigos/325944347/o-papel-do-juiz-um-estudo-comparativo-entre-os-sistemas-juridicos-do-common-law-e-civil-law>>. Acesso em: 15 maio 2016.

NUNES, Dierle. Acórdãos deveriam ter linearidade argumentativa, **CONJUR**, 24 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-24/dierle-nunes-aos-tribunais-atribuida-forma-julgamento>>. Acesso em: 16 maio 2016.

ORGANIZATION, World Trade. Trade-related aspects of intellectual property rights, **Agreement of Marrakesh**, 15 abr. 1994, Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm>. Acesso em: 14 maio 2016.

PHELPS, D. M. Certification marks under the Lanham act. **Journal of Marketing**, ed. 13, 1949, p. 498-505.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 17, ago./dez. 2000.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

_____. **Curso de direito comercial**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

RODRIGUES, Clóvis da Costa. **Concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Peixoto, 1945.

SERPA, Flávia de Araújo, Notas introdutórias sobre propriedade industrial, **Jus Navigandi**, Teresina, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23908/notas-introdutorias-sobre-a-propriedade-industrial>>. Acesso em: 12 maio 2016.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial**, São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Direito de autor no design**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, José Carlos Tinoco. Trade dress e/ou conjunto-imagem. **Revista da ABPI**, n. 15, mar./abr. 1995, p. 22-23.

_____. **Concorrência desleal: trade dress e/ou “conjunto-imagem”**. São Paulo: Ed. do Autor, 2004.

_____. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos: Lei 9279-14.05.1996**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Análise das implicações e das alterações fomentadas pela Lei Complementar nº. 147/2014 no âmbito da administração pública municipal

Adeildo Chaves da Silva¹

Amanda Reis Gomes²

Raquel Rosa Domingos Ferreira³

146

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo estabelecer as principais alterações promovidas pela LC 147/2014 na LC 123/2006, além de pesquisar se o Município de Araguari/MG está praticando a nova legislação e se percebe alguma dificuldade severa em realizá-la, por fim, caso isso ocorra, o terceiro objetivo é proporcionar soluções para os obstáculos encontrados pelos funcionários do Departamento de Licitações e Contratos. A metodologia aplicada é qualitativa, utilizando-se de referência bibliográfica, documental e pesquisa de campo. O método é o dedutivo. Os resultados foram alcançados, com exceção do terceiro objetivo, haja vista que a situação hipotética não ocorreria. Os funcionários encontraram dificuldades iniciais, mas já se adaptaram e estão aplicando as considerações da legislação atual. A escolha do tema deu-se pela importância da ME e EPP no mercado brasileiro, haja vista sua capacidade de gerar empregos e capital, fazendo com que ajude a economia local a transcender e trazer melhorias significativas ao município.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia e método. 3. Resultados, análises e discussão. 3.1. Principais alterações promovidas pela Lei Complementar nº. 147/2014 na Lei Complementar 123/2006. 3.2 Pesquisa de Campo – Departamento de Licitações e Contratos na Prefeitura Municipal de Araguari/MG. 4. Referencial teórico. 4.1 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Lei Complementar nº 123/2006. 4.2 Conceito de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte dado pela Lei Complementar nº 123/2006. 5. Conclusão e considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito administrativo municipal. Araguari. Licitações. Contratos.

¹ Militar de carreira no Exército Brasileiro e bacharel em Administração pública pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP. E-mail: adeil.chaves2010@gmail.com.

² Bacharel em Administração Pública pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP, graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo - UNITRI e atuante no Programa de Iniciação Científica da UNITRI, através da bolsa de estudos fornecida pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais - FAPEMIG. E-mail: amandareisgomes@gmail.com.

³ Bacharel em Administração Pública pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP e graduanda em Ciências Contábeis pela Universidade Paulista - UNIP. E-mail: raquelferreira07@hotmail.com.

1. Introdução

A Administração Pública tem por finalidade representar os interesses que proporcionam à coletividade os melhores serviços sendo, por isso, que ao surgir uma demanda de aquisição de materiais ou contratação de serviços o gestor público deve direcionar o processo de compra, sistematicamente, aos moldes da licitação pública, pois esta tem o objetivo específico de cumprir com as obrigações inerentes da transparência da utilização de recursos públicos. Essa utilização deve ser realizada mediante uma contratação prévia celebrada através de um processo licitatório regido pela Lei nº 8.666/1993, cujo princípio fundamental é a competição, salvo raras exceções.

147

Nos últimos anos, as compras públicas têm passado por uma verdadeira revolução no país. Essa reestruturação tem se dado após inúmeras penalidades originadas pelas fiscalizações externas referentes à má utilização dos recursos públicos, fraudes em processos licitatórios e da errônea operacionalização dos procedimentos administrativos.

Destarte, a licitação pública é uma atividade administrativa composta por várias etapas e recoberta por princípios e normas que a regulamenta. Sendo que a inobservância dessas leis poderá ocasionar multas e penalidades severas para os praticantes dos atos ilícitos, sejam eles agentes políticos ou participantes de licitação, denominados licitantes.

A licitação destina-se a garantir o princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração que será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (CHIAVENATO, 2010).

A partir dessas prerrogativas, afirma-se que as compras públicas podem ser realizadas das formas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e não defesa em lei. Em especial, a licitação pública se fortifica nos princípios e normas estabelecidos na Lei Federal nº. 8.666/1993 e em demais normatizações que a complementam como, por exemplo, a Lei Complementar nº. 147/2014 e a Lei Complementar nº. 123/2006.

A Lei Complementar nº. 123/2006 trata-se sobre a presença da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP) nas licitações públicas, de forma que evidencia suas prerrogativas, além de regulamentar sua efetiva participação. Ocorre que, esta foi parcialmente alterada pela Lei Complementar nº. 147/2014 e com as inovadoras disposições normativas a administração pública Federal, Estadual e Municipal teve que se readaptar e implementar as novas práticas às sessões públicas de licitação.

Diante disso, o objetivo deste trabalho divide-se em três aspectos. O primeiro é expor e analisar criticamente quais foram às consideráveis e importantes mudanças fomentadas pela mencionada legislação. A partir disso, a segunda etapa é pesquisar diretamente no Departamento de Licitações e Contratos da Prefeitura Municipal de Araguari/MG quais foram as dificuldades e os benefícios encontrados pelo Pregoeiro e Diretor do Departamento, cuja função é confeccionar editais sob os moldes da legislação vigente.

A escolha específica destes dois funcionários justifica-se pela aproximação que estes possuem com a prática das leis mencionadas, ou seja, o Diretor elabora os editais e estes precisam estar de acordo com as normas, portanto, em concordância com a Lei nº.

8.666/1993, Lei Complementar 123/2006 e 147/2014. Já o Pregoeiro conduz a sessão pública e, necessariamente, precisa deter o conhecimento das novas alterações na legislação para agir corretamente com a Administração Pública bem como com o licitante. Esse conhecimento prévio das funções de cada funcionário deu-se pela experiência vivenciada por dois autores deste trabalho, pois desenvolvem atividades no Departamento como funcionários, portanto, essa aproximação nos fez possuir conhecimentos prévios à pesquisa.

Por fim, após a apuração da segunda etapa da pesquisa e se, hipoteticamente, os funcionários que participaram do questionário demonstrarem dificuldades consideráveis acerca da aplicação das alterações difundidas pela nova legislação, há que se propor soluções que buscam mitigar os desafios percebidos pelos entrevistados.

O presente estudo se faz necessário porque as inovações como o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Portal da Transparência, Portal de Licitações do Tribunal de Contas dos Municípios e Sistema de Informações Municipais são relevantes para o aperfeiçoamento das técnicas de controle bem como para a correta utilização do erário municipal e benefícios para empresas destituídas de porte. Essas mudanças, principalmente com o advento da Lei Complementar nº 123/2006, vêm trazendo avanços e melhorias para os pequenos negócios no país e são significativas visto que buscam atender às prerrogativas de redução das desigualdades regionais e sociais no tratamento favorecido às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP).

Desta forma, deve-se buscar evitar a utilização indevida da Lei Complementar nº123/2006 e suas posteriores alterações entre servidores e licitantes, haja vista que ocasiona-se danos ao erário, para tanto, ressalta-se que o pregoeiro ou o presidente da comissão de licitação deve estabelecer um controle rigoroso das empresas que apresentam declaração de ME e EPP, pois a falsa declaração pode trazer severos danos à administração pública. Ademais, o Governo Federal, comprometido com a formulação de políticas públicas e com a criação de mais oportunidades para micro e pequenos empreendedores instituiu a Lei Complementar nº 123/2006 mais conhecida como Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, portanto, já se adiantou em realizar a regulamentação da referida lei através de decreto.

Portanto, verifica-se que evidenciar as principais alterações promovidas pela Lei Complementar nº. 147/2014 no âmbito das licitações, identificar os benefícios e os problemas encontrados pela administração pública do município de Araguari/MG ao aplicar as novas práticas e por conseguinte, caso a situação hipotética se vislumbre, promover soluções para mitigar qualquer dúvida que paira sobre o Departamento de Licitações e Contratos, pois isto significa apostar no crescimento do país visto que elas impulsionam a economia, gerando empregos, renda e desenvolvimento local, além de proporcionar a correta utilização dos recursos públicos e a coerente observância aos preceitos legais garantidores da segurança à administração pública.

2. Metodologia e método

A pesquisa científica apoia-se em razões intelectuais e razões práticas haja vista que a pesquisa deve ser definida como o "(...) procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos. A pesquisa

desenvolve-se por um processo constituído de várias fases, desde a formulação do problema até a apresentação e discussão dos resultados” (GIL, 2007, p. 17).

Contudo, para desenvolver qualquer pesquisa de cunho científico é necessário estabelecer metodologias e método que vão de encontro à resolução dos objetivos propostos. No entanto, antes de prosseguir é primordial distinguir dois conceitos tão distintos.

A metodologia se interessa pela validade do caminho escolhido para se chegar ao fim proposto pela pesquisa; portanto, não deve ser confundida com o conteúdo (teoria) nem com os procedimentos (métodos e técnicas). Desta forma, a metodologia vai além da descrição dos procedimentos (métodos e técnicas a serem utilizados na pesquisa), indicando a escolha teórica realizada pelo pesquisador para abordar o objeto de estudo (GERHARDT e SILVEIRA, 2009, p. 13).

O presente trabalho desenvolve um conhecimento científico porque determina um objeto específico de investigação e explicita um método para essa investigação. Este, por sua vez, trata-se de um procedimento detalhado cuja finalidade é conhecer, interpretar e intervir na realidade. O método aplicado nesta pesquisa é o dedutivo uma vez que faz análises e sintetiza normas jurídicas presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir disso, a metodologia aplicada quanto à abordagem do tipo de pesquisa utilizada é qualitativa, uma vez que, não se preocupa com análises numéricas, pois o objetivo foi construir uma compreensão das principais alterações fomentadas pela Lei Complementar nº. 147/2014 no âmbito da licitação pública municipal. Isto é, a partir da leitura completa da Lei Complementar 123/2006 atualizada e alterada pela Lei Complementar 147/2014 foram selecionados os principais dispositivos normativos alterados que são voltados exclusivamente à participação da microempresa e empresa de pequeno porte nas licitações públicas.

Após a realização dos estudos iniciais, a pesquisa de campo foi necessária para verificar se o Município de Araguari/MG estava cumprindo corretamente com a legislação vigente. Contudo, para melhor compreender essa última parte foi necessário entrevistar por meio de contato pessoal os funcionários do Departamento de Licitações e Contratos sobre as dificuldades encontradas pelos servidores públicos ao praticar as recentes modificações.

O processo de comunicação com o Pregoeiro e o Diretor de Departamento do Departamento de Licitações e Contratos foi realizada no próprio nicho, por meio de um diálogo que fora direcionado por um questionário com cinco perguntas, quais sejam:

1. Sob sua perspectiva profissional, a Lei Complementar nº. 147/2014 trouxe benefícios para as compras públicas? Se sim, quais, Se não, por quê?
2. Você está encontrando alguma dificuldade ao praticar as modificações promovidas pela referida lei. Se sim, quais, Se não, por quê?

3. A Prefeitura Municipal de Araguari não possui um decreto regulamentador próprio da Lei Complementar nº. 147/2014, você acredita que a falta deste prejudica a prática da lei?

4. Quanto à subcontratação de ME e EPP regulada pelo inciso II do art. 48, o dispositivo prevê que a Administração poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte. O município aplica este benefício nas contratações de obras públicas?

5. O município de Araguari dá prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no local, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido?

150

As perguntas foram diretamente expostas pelo entrevistador a cada um dos entrevistados separadamente, para que não ocorresse a influência de respostas. Após a explanação do entrevistado, as respostas foram transcritas para o papel pelo entrevistador, de modo que promoveram as anotações adicionais que auxiliariam no desenvolver do trabalho.

Contudo, compreende-se que para a resolução dos objetivos fomentados neste estudo é preciso estabelecer os procedimentos necessários e efetivos. Nesta seara, aduz "(...) pesquisa científica é o resultado de um inquérito ou exame minucioso, realizado com o objetivo de resolver um problema, recorrendo a procedimentos científicos" (GERHARDT e SILVEIRA, 2009, p. 36).

Os procedimentos que corresponderão às expectativas da pesquisa são: pesquisa de campo até o Departamento de Licitações e Contratos da Prefeitura Municipal de Araguari/MG para realizar entrevista; pesquisa bibliográfica e documental, haja vista que há o amparo da doutrina assim como da legislação prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Resultados, análises e discussão

Os resultados apurados ao final da pesquisa, de modo geral, são satisfatórios, cumprindo com as expectativas iniciais e contribuindo para com a administração pública municipal.

3.1. Principais alterações promovidas pela Lei Complementar nº. 147/2014 na Lei Complementar 123/2006

As alterações advindas da Lei Complementar nº. 147/2014 ocorreram, especialmente, nos artigos 43, 46, 47, 48 e 49 da Lei Complementar 123/2006 que já regulamentava o tratamento diferenciado em licitações para a microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP) bem como a introdução do artigo 49A, que trouxe

inovações tardias. Os benefícios concedidos e regulamentados pela atual legislação aos pequenos negócios nas licitações públicas são:

a) Regularização Fiscal Tardia – Artigo 43, §1º da Lei Complementar 123/2006.

O Pregão Presencial inicia-se com a fase de credenciamento, abertura de envelopes de propostas, discute-se preço, uma vez finalizado essa etapa, parte-se para a fase de habilitação, a qual todos os licitantes que “ganharam nos lances” irão demonstrar todos os documentos que fazem jus à habilitação, envolvendo certidões de débito negativas entre outros. É primordial que toda a documentação seja entregue, impreterivelmente. A ME e EPP tem a prerrogativa de apresentar documento que esteja vencido sem ser desclassificada do certame, com a condição de apresentá-lo em cinco dias úteis, podendo ser prorrogável por igual período a critério da administração pública.

151

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

É importante ressaltar que anteriormente à Lei Complementar nº. 147/2014 o prazo concedido a microempresa e empresa de pequeno porte eram de apenas dois dias úteis, também prorrogáveis por igual período a critério da administração pública. O aumento de prazo é considerável e justo, tendo em vista que a regularização de documentação envolve negociações e burocracia, fatores que demandam tempo.

b) Supressão do parágrafo único do artigo 46 da Lei Complementar 123/2006.

A Lei Complementar 147/2014 revogou o parágrafo único do artigo 46 da LC 123/2006, haja vista que tal disposição era ineficaz, não houve regulamentação conforme o prazo previsto. Em contrapartida, deixou de esclarecer o que é a cédula de crédito microempresarial.

Art. 46. A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Município não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

~~Parágrafo único. A cédula de crédito microempresarial é título de crédito regido, subsidiariamente, pela legislação prevista para as~~

~~édulas de crédito comercial, tendo como lastro o empenho do poder público, cabendo ao Poder Executivo sua regulamentação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação desta Lei Complementar. (Revogado pela Lei Complementar nº 147, de 2014).~~

c) A Lei Complementar 147/2014 além de modificar a redação do caput do artigo 47 da Lei Complementar 123/2006 também inseriu parágrafo único

A alteração vislumbrada neste dispositivo normativo foi sutil, mas determinante para os novos rumos da compra pública. Antes, a administração pública poderia conceder tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPP, porém com a nova redação pronunciada pela LC 147/2014 tornou-se um dever da administração pública, além de retirar a segunda parte do caput do artigo “desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente”, haja vista que tal supressão é a forma de transformar o poder em dever.

152

~~Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.~~

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

A introdução do parágrafo único ao artigo é essencial para nortear o procedimento das compras públicas em todos os entes da federação, pois confirma a intenção do legislador em garantir o tratamento diferenciado para a microempresa e empresa de pequeno porte independente de qualquer legislação ou regulamentação específica.

d) Licitação exclusiva, estabelecimento de cotas, possibilidade de exigir subcontratação de microempresa e empresa de pequeno porte - Artigo 48 Lei Complementar 123/2006

~~Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:~~

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

~~I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);~~

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

~~II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;~~

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

~~III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.~~

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

~~§ 1º - O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.~~

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

§ 2º Na hipótese do inciso II do *caput* deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3º Os benefícios referidos no *caput* deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

A partir destas modificações, é um dever da administração pública realizar licitação pública exclusivamente para microempresa e empresa de pequeno porte quando houver item que correspondem à importância de até oitenta mil reais. Nota-se que a nova redação dada pela Lei Complementar 147/2014 deixou de assegurar a faculdade do município em aplicar tal prerrogativa, alterando de opcional para obrigatório o caráter desta diretriz. Além de ampliar as possibilidades de participação, haja vista que antes da referida lei era considerado o valor global da licitação para fins de exclusividade. Agora, com as modificações da Lei, esse valor de até oitenta mil reais pode-se dar por itens.

Em contrapartida, o artigo 48, inciso II da Lei Complementar 123/2006 vigente não determina que a Administração Pública seja obrigada a exigir dos licitantes ganhadores a subcontratações de ME e EPP, no entanto, para um bom desenvolvimento e crescimento dos pequenos negócios, a autoridade poderá exigir em seus editais essa subcontratação. É uma faculdade da administração pública que pode ser arguida com a finalidade de contribuir para o crescimento da economia.

O artigo 48, inciso III, da Lei Complementar 123/2006 estabelece um dever da administração pública, determinando que a mesma deva reservar uma cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações para aquisição de bens de natureza divisível. A partir da leitura do dispositivo normativo, a priori, pode-se concluir que se trata de uma simples determinação, a qual se houver uma licitação para aquisição de cem mesas, por exemplo, nesta licitação deverá ter uma cota reservada de vinte e cinco mesas para a microempresa e empresa de pequeno porte.

Entretanto, é nesta seara que pairam algumas dúvidas que possivelmente serão sanadas pela doutrina e pela jurisprudência, pois quando se pensa de forma global e há apenas um item é por em prática o benefício às ME e EPP, porém, quando há diversos itens, é preciso estabelecer uma cota de vinte e cinco por cento em todos os itens? Portanto, é um dos questionamentos que a Administração Pública do Município de Araguari/MG possui, todavia, para já se adiantarem, o Departamento de Licitação e Contrato adota a prática de reservar a referida cota em todos os itens para garantir a efetividade da lei e evitar impugnações de edital e represálias do Tribunal de Contas do Estado (TCE).

Por derradeiro, o artigo 48, §3º, da Lei Complementar 123/06 estabelece sobre a faculdade da administração pública em estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, desde que se posicione adequadamente pautado nos princípios da administração pública e de acordo com a legislação vigente e edital de sessão pública. Todavia, o Município de Araguari/MG não exerce tal oportunidade haja vista que, geralmente, os licitantes participantes do certame possuem empreendimentos sediados na região ou até mesmo na própria localidade do município.

e) Supressão de inciso e adição de exceção são as alterações promovidas no artigo 49 Lei Complementar 123/2006

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

~~I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;~~

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Produção de efeito)

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

~~IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.~~

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

A supressão do inciso I do artigo 49 possibilitou o rompimento do limite estabelecido pela legislação anterior. Antes, os benefícios dos artigos 47 e 48 concedidos a ME e EPP não poderiam ser constituídos se tais prerrogativas não tivessem previstas no instrumento convocatório. Após a introdução da Lei Complementar 147/2014 essa condição foi retirada, pois segundo o entendimento atual o instrumento convocatório não pode ser determinante quando, na verdade, há uma legislação federal que se posiciona de forma mais vantajosa ao empresário.

Contudo, o inciso II continuou com a redação original, uma vez que dispõe a exigência de haver um mínimo de três licitantes (ME e EPP) para que sejam concedidos os benefícios previstos nos artigos anteriores, porém é imprescindível demonstrar um posicionamento jurisprudencial acerca do tema discutido. Nesta seara, o Tribunal de Contas do Estado (TCE) definiu a expressão “regionalmente”,

O próprio gestor deverá delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, seu sentido e alcance. E quanto à delimitação e definição, que o Administrador deverá demonstrar, motivadamente, que foi levado em consideração as particularidades do objeto licitado, bem como o princípio da razoabilidade e os objetivos do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs, previstos no art. 47 da LC 123/06 (CONSULTA Nº 887.734 DO TCE-MG).

O parágrafo terceiro do artigo 49 adicionou uma exceção à regra, pois, a partir da alteração as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da Lei de Licitações 8.666/1993 deverão ser realizadas preferencialmente para as microempresas e empresas de pequeno porte, de modo que se aplica a redação do artigo 48, inciso I da Lei Complementar 123/2006. Isso quer dizer que a administração pública deverá contratar microempresa e empresa de pequeno porte quando houver obras e serviços de engenharia de valor até dez por cento de cento e cinquenta mil, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e para outros serviços e compras de valor até dez por cento de oitenta mil reais e para alienações, nos casos previstos na lei de licitações, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

f) Introdução da microempresa e empresa de pequeno porte ao mercado externo - Artigo 49 Lei Complementar 123/2006.

A Lei Complementar nº. 147/2014 introduziu o artigo 49-A na Lei Complementar nº. 123/2006 com o intuito de promover o crescimento do campo de atuação da microempresa e empresa de pequeno porte tendo em vista que o desenvolvimento dos pequenos mercados faz com a economia brasileira venha a sofrer expansão. Vale ressaltar que a lei reformadora teve a missão de aperfeiçoar o tratamento jurídico da ME e EPP, uma vez que, não se restringiu apenas a remodelar a Lei Complementar nº 123/06.

A criação do Simples Nacional estabeleceu não apenas um regime de tributação mais racional e compatível com as peculiaridades dos empreendimentos menores. Propiciou, contudo, segurança jurídica e certeza da existência do benefício ao centralizar a sua gestão nas mãos da União e, assim, dar cabo à inércia legislativa dos demais agentes políticos, em especial, dos Municípios.

Art. 49-A. A microempresa e a empresa de pequeno porte beneficiárias do SIMPLES usufruirão de regime de exportação que contemplará procedimentos simplificados de habilitação, licenciamento, despacho aduaneiro e câmbio, na forma do regulamento. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Parágrafo único. As pessoas jurídicas prestadoras de serviço de logística internacional quando contratadas por beneficiários do SIMPLES estão autorizadas a realizar atividades relativas a licenciamento administrativo, despacho aduaneiro, consolidação e desconsolidação de carga, bem como a contratação de seguro, câmbio, transporte e armazenagem de mercadorias, objeto da prestação do serviço, na forma do regulamento. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)”

Os estímulos às exportações trazem uma perspectiva de um futuro mais próspero, cheio de inovações, crescimento econômico e social. Geralmente, os beneficiados é a própria sociedade, pois é esta quem recebe os incentivos e também é quem paga por eles.

Em linhas gerais a Lei Complementar nº 147/2014 visou aprimorar o tratamento favorecido às pequenas unidades produtivas ao introduzir diversas alterações no texto base da Lei Complementar nº 123/2006. Tais modificações cumprem com o objetivo do legislador, vez que incentiva o pequeno comércio brasileiro.

O governo federal demonstra a valorização pelo pequeno empreendedor e aposta nele o futuro do mercado, pois percebe que além de lançar prerrogativas direcionadas à microempresa e empresa de pequeno porte no âmbito das licitações públicas, em especial àquelas da própria região do município, é essencial para que a economia local transcenda e traga mais riquezas para a cidade, conseqüentemente, à sociedade.

Portanto, é interessante perceber que o objetivo traçado é muito mais complexo e profundo do que meras alterações na legislação, haja vista que as alterações da Lei Complementar 147/2014 promoveram, em prol das pequenas empresas, não só no âmbito da Lei de Licitações, mas também em outros diplomas normativos como na Lei de Falências e na Lei dos Juizados Especiais.

3.2 Pesquisa de Campo – Departamento de Licitações e Contratos na Prefeitura Municipal de Araguari/MG

A pesquisa de campo realizou-se no Departamento de Licitações e Contratos – Prefeitura Municipal de Araguari/MG com o intuito de cumprir com a segunda etapa proposta por esse trabalho. Os entrevistados foram o Diretor Geral do Departamento e o Pregoeiro. Ambos realizam atividades que envolvem a prática da Lei de Licitações sob o nº. 8.666/1993 e também as leis complementares, como a de nº. 147/2014 e 123/2006. A partir da entrevista, os dados coletados são analisados e discutidos neste tópico.

A administração pública do município não está somente atendendo as exigências da Lei Complementar nº. 123/2006 e a 147/2014, está também entendendo sua real importância para as compras públicas, haja vista que a “proteção” dada à microempresa e a empresa de pequeno porte além de contribuir para a efetivação do princípio da economicidade para o município (disputa de preços), há a valorização do comércio local.

O questionário possui cinco perguntas discursivas (anexos) e a partir de cada resposta extraímos entendimentos e informações que complementam a segunda etapa do trabalho. Portanto, a primeira pergunta tem o objetivo de compreender se os entrevistados observam algum benefício com o advento da Lei Complementar 147/2014. Ambos os entrevistados responderam que sim, em especial, o pregoeiro, pois até elencou os principais aspectos que entendia ser conveniente ressaltar. Diante disso, é importante evidenciar que o Município de Araguari está percebendo os benefícios que a referida Lei trouxe para o âmbito da licitação pública, haja vista que a sua efetivação depende não só de sua obrigatoriedade, mas também de sua aplicabilidade pelos servidores públicos.

Todavia, a segunda pergunta questiona se os mesmos encontraram dificuldades ao colocar em prática as novas determinações legais. Sob uma análise minuciosa, afirmar-se que na prática diária os profissionais da área sentiram sutis dificuldades no início da introdução da Lei Complementar 147/2014, conforme demonstra nas respostas que os entrevistados deram ao questionário.

Contudo, para que ocorresse a mitigação desse problema, houve o investimento em cursos de capacitação, mesmo que superficiais, pois como o assunto é relativamente

novo ainda não há cursos completos e bem elaborados. Todos os profissionais estão passando por um processo de aprendizado, inclusive a consultoria contratada pela Administração Pública de Araguari/MG. Outro fator que contribuiu efetivamente foi troca de sistema de programas da administração pública, haja vista que o anterior não auxiliava da forma adequada, isto é, não conseguia reservar a cota de vinte e cinco por cento dos itens licitados para a microempresa e empresa de pequeno porte. Atualmente, o novo sistema auxilia fortemente o Departamento de Licitações e Contratos neste sentido.

Destarte, nota-se que diante do que foi respondido pelos entrevistados não haverá a necessidade do cumprimento da terceira etapa da pesquisa, pois a situação hipotética proposta (propor soluções que buscam mitigar dificuldades consideráveis acerca da aplicação das alterações difundidas pela nova legislação) não se concretizou, portanto, perdendo sua aplicabilidade à pesquisa.

O terceiro questionamento faz alusão à inércia da administração pública em criar o próprio decreto regulamentador da Lei Complementar 147/2014. Os entrevistados afirmam que a existência ou não do decreto não apresentaria modificações consideráveis na seara da prática da legislação, haja vista que a referida Lei é federal e já direciona a todos os entes da federação os posicionamentos a serem executados. Uma vez quem o próprio artigo 47, parágrafo único da Lei Complementar 123/2006 menciona que “No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal”.

O quarto questionamento relaciona – se à faculdade que a administração pública possui em exigir dos licitantes ganhadores do certame, quando esses forem empresas grandes, a subcontratação de ME e EPP nos casos previsto no artigo 48 da Lei Complementar 123/2006. Segundo os entrevistados o Departamento de Licitações e Contratos do município de Araguari/MG não pratica essa faculdade, haja vista que se trata apenas de uma possibilidade e não obrigatoriedade.

O fato de exigir uma subcontratação envolve diversos detalhes que vão além das compras públicas diretamente, pois há casos específicos na legislação e, na prática, podem fluir resultados positivos e negativos. Diante da incerteza de como proceder a exigência da subcontratação assim como de sua real aplicabilidade para o benefício da administração pública, o município de Araguari ainda permanece inerte a essa possibilidade.

Por derradeiro, o quinto questionamento está direcionamento à prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediado local, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. Contudo, o Departamento de Licitações e Contratos também não prevê em seus editais de licitação e nem adota na prática, pois se trata apenas de uma faculdade e não obrigatoriedade. Acerca desta pergunta, o Pregoeiro fez considerações plausíveis, haja vista que acredita que “(...) as Leis Complementares tem um caráter de fomentar as contratações para esses tipos de empresas e não de facilitar a contratação das mesmas, vejo que o critério do “empate ficto” e o benefício de reapresentação da documentação fiscal, no prazo legal, que foi apresentada com restrição são suficientes para contratação delas, não seria justo contratar um mesmo objeto com dois preços, isso oneraria os cofres públicos.”.

Diante desta análise é preciso refletir sobre as profundas alterações que a Lei Complementar 123/2006 sofreu a partir do advento da Lei Complementar 147/2014, pois, por mais que tenha cumprido com os objetivos do legislador, também há severas

críticas que devem ser levadas em consideração e discutidas pela doutrina e jurisprudência.

4. Referencial teórico

4.1 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Lei Complementar nº 123/2006

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) fundamenta e autoriza essencialmente a prerrogativa oferecida à microempresa (ME) e a empresa de pequeno porte (EPP) e a trata como um verdadeiro princípio constitucional o qual é trabalhado por meio das leis complementares já mencionadas neste estudo. Os artigos 146, III, “d” e parágrafo único, 170, IX e 179 da Constituição Federal de 1988 vislumbram o tratamento diferenciado conferido as ME e EPP como um princípio e uma determinação constitucional.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Em linhas gerais, o artigo 170, IX, CF/88, não quer apenas estabelecer tratamento diferenciado e favorecido às empresas de pequeno porte injustificadamente, pois o verdadeiro sentido é a prática do fortalecimento do princípio da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando assegurar a todos os cidadãos uma existência digna. Percebe-se que a intenção do legislador é muito mais profunda e complexa, por isso não se deve simplesmente atear severas críticas a esse tratamento diferenciado, pois não se trata de uma questão preferencial ou aleatória. A valorização da ordem econômica fundada no trabalho digno do cidadão será uma conseqüência da elucidada prerrogativa.

Vislumbra-se que o princípio fora inserido como preceito constitucional no ano de 1995 e que somente no ano de 2006 veio a Lei Complementar nº. 123/2006 para regulamentar e definir todo o procedimento diferenciado conferido a ME e EPP. A instituição de referida lei se deu através da autorização constitucional concedida pelo artigo 146, III, “d”, § único, CF/1988, pois seria função da lei complementar definir o tratamento diferenciado e favorecido as microempresas e empresas de pequeno porte, mas também instituindo um regime jurídico de arrecadação de impostos. Custaram aos pequenos empreendedores mais de dez anos para que houvesse alguma manifestação da casa legislativa no sentido de regularizar a situação de prerrogativa das referidas empresas.

Art. 146 Cabe à lei complementar:

III – Estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte;

§ único - A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:(...).

Todavia, a Constituição Federal de 1988 preceitua novamente sobre a ME e EPP, haja vista que em seu artigo 179 ressaltam a importância do tratamento jurídico diferenciado, pois evidenciam o incentivo a simplificação, eliminação ou redução das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, conforme aduz a redação da disposição normativa;

Art. 179 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Contudo, a proteção constitucional dada à microempresa e empresa de pequeno porte é, sem dúvidas, uma das formas mais políticas de dar importância a um setor econômico que possui a capacidade de geração de emprego e movimentação dos pequenos municípios do Brasil. É a iniciativa econômica sendo valorizada.

De acordo com os dados do Serviço de Apoio à Micro e Pequena Empresa (SEBRAE, 2004), 98 % (noventa e cinco por cento) das empresas brasileiras se enquadram como micro ou pequenas empresas e ainda são responsáveis por 67% dos postos de trabalho. Diante desse cenário houve o reconhecimento generoso do legislador em conferir através da Lei Complementar nº. 123/2006 e também pela inovadora e reparadora Lei Complementar nº 147/2014 tratamento diferenciado e favorecido à microempresa e empresa de pequeno porte, visto que estas enfrentam severas dificuldades de competição no mercado.

Pode-se dizer que com a introdução da Lei Complementar 123/2006 no ordenamento jurídico brasileiro houve a formalização de todas as prerrogativas conferidas à microempresa e empresa de pequeno porte, contudo, trouxe regulamentações a respeito de três principais aspectos, sendo, portanto, aspectos tributários; trabalhistas e previdenciários e acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas compras públicas realizadas por meio de licitação pública.

Por derradeiro, a fim de preencher as lacunas e trazer normas que adequam a ME e EPP à realidade econômica do Brasil houve a estruturação e publicação da Lei

Complementar 147/2014 com o objetivo de dirimir quaisquer dúvidas que antes pairavam o cenário de proteção e incentivo à microempresa e empresa de pequeno porte.

Enfim, as disposições normativas dispostas pela legislação complementar disciplinam as matérias de licitação de todo o Brasil, abrangendo os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a fim de garantir a efetividade do incentivo a ME e EPP por todo o território nacional.

4.2 Conceito de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte dado pela Lei Complementar nº 123/2006

A Lei Complementar nº. 123/2006 propriamente em seu artigo 3º compreende a microempresa e a empresa de pequeno porte como;

Art. 3º (...) a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o artigo 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Pode-se observar que o próprio texto da lei menciona o conceito de receita bruta, “o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos” (BRASIL, 2006).

Nessa sequência, vale ressaltar a figura do microempreendedor individual – MEI, pois com a introdução das novas alterações promovidas pela Lei Complementar nº. 147/2014 na Lei Complementar nº. 123/2006 o legislador passou a compreender que o “o instituto do MEI é uma política que tem por objetivo a formalização de pequenos empreendimentos e a inclusão social e previdenciária” (BRASIL, LC nº. 123/2006, art. 18-E). Além de ressaltar que o MEI passou a ser identificado como uma modalidade de microempresa, conforme menciona o artigo 18-E, §3º da LC nº. 123/2006.

O microempreendedor individual é aquele empresário individual que possua receita bruta anual de até R\$60.000,00 (sessenta mil reais) e que seja optante pelo SIMPLES, não podendo estar impedido de optar pela sistemática prevista no Estatuto Nacional da ME e EPP (BRASIL, 2006).

Todavia, existe algumas condições mencionadas na LC nº 123/06, que mesmo que uma pessoa jurídica se enquadre nos limites previsto na lei de receita bruta anual, não poderá ter benefícios e tratamento jurídico diferenciado determinado pelo Estatuto das ME e EPP para nenhum efeito legal. As condições impeditivas para concessão dos

privilégios e dos benefícios estão elencadas nos incisos I ao X, § 4º, do art. 3º do Estatuto das ME e EPP:

Art. 3º [...] § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

As vedações tragas pelo mencionado artigo é essencial para evitar fraudes contra à administração pública no âmbito da tributação, além de manter a proteção do pequeno empreendedor que necessita de auxílio do governo para se manter no mercado e competir rigorosamente com as empresas de grande porte.

5. Conclusão e considerações finais

A geração de competitividade nas micro e pequenas empresas é um fator indispensável na promoção do desenvolvimento tecnológico e econômico. Nesta seara, as implicações das alterações promovidas pela Lei Complementar n.º. 147/2014 na Lei Complementar n.º. 123/2006 tem relação direta com o ganho de competitividade das empresas em sessões públicas de licitação, sendo assim, o objetivo fomentado por este trabalho foi demonstrar a importância da aplicação de tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPP no âmbito da Administração Pública Municipal de Araguari/MG.

Há de salientar que as principais alterações oriundas da Lei Complementar 147/2014 estão previstas nos artigos 43, 46, 47, 48 e 49 da Lei Complementar 123/2006. As inovações foram sutis em alguns pontos, em contrapartida, trouxe novidades um pouco assustadoras demais para que deva colocá-la em prática. A modificação mais transformadora foi exigir da administração pública a contratação de ME e EPP em casos que os itens sejam de até oitenta mil reais no momento da realização da licitação das compras públicas, todavia, a administração pública deverá reservar cota de vinte e cinco por cento para ME e EPP em compras de bens divisíveis, independentemente do valor.

É importante esclarecer que a primeira posição do legislador em estabelecer licitação exclusiva para ME e EPP mencionou que o valor deve ser até oitenta mil por item e não valor global, facilitando o entendimento para o aplicador do direito. Em contrapartida, a segunda posição permanece obscura, haja vista que não estabelece limite de valor e não menciona se são todos os itens. Contudo, o Município de Araguari/MG está praticando com eficiência todas as alterações obrigatórias da legislação complementar, pois acredita que estará efetivando a intenção do legislador.

A microempresa e empresa de pequeno porte vêm ganhando cada vez mais visibilidade dos agentes políticos, tendo em vista a sua capacidade de gerar empregos e movimentar a economia local, e com o intuito de reforçar e dar mais visibilidade à essas questões, a proposta deste trabalho foi analisar a aplicação das inovações trazidas pelas Leis Complementares, através de questionários a dois servidores do setor de licitações que dirimiram as dúvidas no tocante as inovações proporcionadas às ME e EPP. Para que isso fosse realizado, foram aplicados questionários, que, aliados a uma abordagem jurídica, permitiu uma análise multidisciplinar do tema.

A escassez de cursos atualizados sobre o tema foi destacada pelos entrevistados como um fator que dificulta a aplicação das alterações fomentadas pela Lei Complementar n.º. 147/2014, pelos servidores do município, que inclusive contam com uma Assessoria Jurídica contratada e especializada e que todos servidores estão em processo de aprendizado.

Pode-se constatar que a atualização do Sistema de programas do Departamento de Licitação também auxiliou na aplicação da Lei Complementar n.º. 147/2014. Verificou-se, ademais, que os servidores inicialmente sentiram certa dificuldade na aplicação da referida lei, que foi assimilada rapidamente trazendo para a Administração Pública Municipal economicidade e competitividade nos certames.

Ressalta-se que a partir das entrevistas com o Diretor do Departamento de Licitações e Contratos e o Pregoeiro podemos concluir que os mesmos não tiveram severas dificuldades em implantar a nova lei complementar, portanto, desconstituindo a situação hipotética do terceiro aspecto desta pesquisa. Desta maneira, já que os entrevistados conseguiram se reorganizar e praticar a lei com base nos princípios da administração pública, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência

não há que lhes ajudar e proporcionar meios de solução para que possam se adequar à nova realidade na licitação pública.

Portanto, o Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte passou por diversas alterações para ampliar incentivos, ajustou benefícios e eliminou incongruências, ou seja, em linhas gerais, a Lei Complementar nº 147/14 trouxe diversas alterações positivas e necessárias. Por fim, o objetivo traçado por esta pesquisa alcançou seus objetivos, de forma que trouxe as implicações das alterações da Lei Complementar nº. 147/2014 na Lei Complementar nº. 123/2006 aos estudos analíticos e críticos da equipe, para que assim houvesse uma aproximação da administração pública de Araguari/MG com o intuito de absorver a prática diária de como as compras públicas são realizadas e se estão de acordo com os ditames legais.

6. Referências bibliográficas

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123compilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. **Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp147.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BORGES, Nilson Pereira. **Cartilha do comprador: os novos paradigmas da administração pública**. / Nilson Pereira Borges. Belo Horizonte: SEBRAE Minas, 2015. 37p.:il.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração geral e pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. **O município contratando com a micro e pequena empresa: o estatuto da micro e pequena empresa fomentando a economia dos municípios**. Brasília: SEBRAE, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; _____. **Metodologia do trabalho científico**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORÍÁ FILHO, Humberto Ferreira. **As fraudes contra as organizações e o papel da auditoria interna**. São Paulo: Sicurezza, 2010.

SEBRAE. **Guia do candidato empreendedor**. Brasília: Sebrae Nacional, 2004.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SIMPLES NACIONAL. Disponível em:
<<http://www8.receita.fazenda.gov.br/simplesnacional/Noticias/NoticiaCompleta.aspx?id=50fa1ebe-b489-4a30-b71f-c98980d7640c>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

Análise do princípio da presunção de inocência em face dos fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 126.292, de 2016

*Amanda Reis Gomes*¹

166

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo compreender a aplicabilidade e extensão do Princípio da presunção de inocência a fim de analisar o voto do Ministro Relator Teori Zavascki na recente decisão do Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº. 126.292 de 2016, a qual permite a execução provisória da sentença penal condenatória após a confirmação pelo Tribunal de 2º instância. Além disso, o voto do Ministro Relator menciona diversas Constituições do mundo que autorizam tal situação para justificar seu posicionamento e diante disso, este trabalho também se presa a analisar as Constituições dos Estados Soberanos da Alemanha, Portugal e Itália em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, faz uso de uma metodologia qualitativa e método dedutivo. Contudo, também há a exposição de sobreposições de ideias à Relatoria do Habeas Corpus nº. 126.292 de 2016 arguidas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na tentativa de equilibrar a discussão acerca da nova interpretação da Suprema Corte quanto ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Sumário. 1. Introdução. 2. Aplicabilidade e extensão do Princípio da presunção de inocência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 3. Análise do voto do Relator Ministro Teori Zavascki no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 de 2016 do Supremo Tribunal Federal. 4. Análise das Constituições dos Estados Soberanos da Alemanha, Portugal e Itália em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 5. Conclusão. 6. Referências.

Palavras Chave: Princípio da presunção de inocência. Habeas corpus nº 126.292. Supremo Tribunal Federal. Execução provisória da pena. Trânsito em julgado.

1. Introdução

O Princípio da presunção de inocência está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e constitui uma garantia individual que assegura ao cidadão

¹ Bacharel em Administração Pública pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP, graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo - UNITRI e atuante no Programa de Iniciação Científica da UNITRI, através da bolsa de estudos fornecida pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais - FAPEMIG. E-mail: amandareisgomes@gmail.com.

o direito à liberdade, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Ocorre que em fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal fez uma revisão da atual jurisprudência a fim de admitir que o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência cessa após a confirmação da sentença quando analisada por órgão colegiado.

O novo entendimento adveio do julgamento do Habeas Corpus de nº. 126.292 e contou com sete votos a favor e quatro contra a decisão, sob a afirmação de que a análise do Tribunal de 2º instância já é capaz de exaurir o exame de fatos e provas de causas e os recursos extraordinários direcionados à Suprema Corte não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate de matéria fática probatória.

167

Sob esse prisma, o presente trabalho pretende abordar e analisar o Princípio da presunção de inocência em face da Carta Magna e em comparação com demais Constituições estrangeiras a fim de verificar a luz dos princípios constitucionais o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal em permitir de imediato a execução da pena quando houver a confirmação da condenação por órgão colegiado.

Sendo assim, a problemática consiste em: analisar quais foram os fundamentos do recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal em permitir a execução da pena logo após a condenação em 2º instância em face da Constituição Federal do Brasil e de outras Constituições do mundo?

A fim de responder à problemática formulada estabelecem-se três etapas que serão desenvolvidas ao longo do texto. Inicialmente há a necessidade de promover estudos específicos quanto ao Princípio da presunção de inocência, de modo a verificar sua aplicabilidade e extensão de interpretação.

Em um segundo momento, far-se-á a análise do julgamento do Habeas Corpus sob o nº. 126.292 de 2016 cujo relator fora o Ministro Teori Zavascki que resultou na decisão do Supremo Tribunal Federal em permitir de imediato a execução da pena após confirmação da condenação por órgão colegiado.

E por derradeiro pesquisar nas Constituições e leis processuais penais dos Estados Soberanos da Itália, Portugal, Alemanha e França para compreender o posicionamento que estes países possuem acerca do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que a decisão do Supremo Tribunal Federal citou outras Constituições do mundo para justificar o atual a posicionamento da corte.

Para tanto, é fundamental utilizar as metodologias adequadas para assegurar o correto cumprimento dos objetivos, pois a pesquisa científica apoia-se em razões intelectuais e práticas de modo que busca compreender a sistemática de estudos que fora delimitada.

A metodologia tem por finalidade validar os meios escolhidos para atingir o propósito, no entanto, não poderá ser confundida com os métodos e técnicas utilizados. Sendo assim, a metodologia adequada para o desenvolvimento do trabalho é qualitativa e o método compatível com os interesses da pesquisa é o dedutivo.

Portanto, para que a metodologia qualitativa e método dedutivo atinjam sua finalidade de guiar o caminho da pesquisa é preciso também definir as técnicas, isto é, os procedimentos que serão úteis. Trata-se de análise documental, revisão bibliográfica de livros, artigos científicos e jurisprudência.

Destarte, a temática abordada justifica-se porque o atual posicionamento do Supremo obsta sua análise tradicional e tal decisão pode promover consequências severas no sistema carcerário brasileiro, haja vista a possibilidade de haver um aumento considerável na quantidade de condenados que ainda aguardam julgamento de recursos especial e extraordinário em liberdade. Além de haver controvérsias de posicionamentos e primar pela manutenção do Estado Democrático de Direito assim como dos direitos e garantias individuais.

2. Aplicabilidade e extensão do princípio da presunção de inocência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

É sabido que culpa atribui-se ao agente quando ele pratica uma conduta, por meio de ação ou omissão, que está tipificada como crime no ordenamento jurídico brasileiro, além de estar revestida de reprovação social.

Contudo, transitar em julgado é uma expressão jurídica que indica quando uma decisão judicial não poderá ser objeto de recurso, seja porque houve a perda do prazo recursal pelas partes ou porque a referida decisão não é mais suscetível de pedido de reexame da matéria trazida nos autos do processo. A partir do momento em que ocorreu alguma das duas hipóteses mencionadas ocorre o trânsito em julgado, a sentença torna-se irrecurável e irretroatável.

Salienta-se que o Princípio da presunção de inocência mencionado na Carta Magna compõe um dos principais temas arguidos no texto constitucional. Os direitos fundamentais são bens e vantagens previstos na Constituição Federal, tendo em vista a indispensabilidade da dignidade da pessoa humana. Segundo os ensinamentos de (CANOTILHO, 1991, p. 553-554) tais direitos podem ser classificados como direitos de defesa e direitos de prestações.

Sendo assim, quando o Estado não deve praticar determinadas condutas que afrontam as disposições constitucionais denomina-se direitos de defesa, e quando o Estado tem o dever de realizar práticas positivas que interage o serviço público com as necessidades da sociedade são denominados direitos de prestações.

Todavia, para que tais direitos sejam, de fato, aplicáveis à sociedade deve haver instrumentos que assegurem o efetivo exercício destes direitos tão importantes e necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. Os instrumentos são denominados garantias individuais.

Por conseguinte, as garantias individuais são definidas pela matéria constitucional e é considerada a esca dos direitos fundamentais. O constitucionalista Jorge Miranda aduz a diferença entre os direitos e garantias fundamentais da seguinte forma:

Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias; os direitos permitem a

realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso as respectivas esferas jurídicas; as garantias só nelas se projetam pelo nexu que possuem com os direitos (...) os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. (MIRANDA, 1988, p. 88-89).

À vista disso, concluímos que se trata de conceitos e abrangências distintos e observa-se que há complementaridade entre os direitos e as garantias, pois quando há essa interação ocorre a efetivação dos princípios e regras previstos na Carta Magna.

A priori, o Princípio da presunção de inocência constitui-se uma garantia constitucional, pois “são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados” (LENZA, 2013, p. 1.031). Sendo assim, não considerar alguém culpado até o transito em julgado da sentença penal condenatória é assegurar o direito individual à liberdade.

Segundo os ensinamentos de (LENZA, 2013, p. 1.031),

Os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional”. O direito à liberdade corresponde à 1ª dimensão, haja vista que indica a transição de um Estado autoritário para um Estado de Direito, “o seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII. (LENZA, 2013, p. 1.028).

Sendo assim, os direitos protegidos na Constituição Federal, especialmente aqueles previstos no artigo 5º, possuem aplicação imediata, ou seja, são normas de aplicação instantânea. Nestes termos, Pedro Lenza faz anotações acerca da definição de aplicação imediata sob o prisma dos ensinamentos de José Afonso da Silva,

(...) ter aplicação imediata significa que as normas constitucionais são “dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais (direitos de 1ª dimensão, acrescenta-se) sejam de aplicabilidade imediata (LENZA, 2013, p. 1033-1034).

É imprescindível ressaltar a considerável proteção constitucional que é conferida aos direitos e garantias individuais tendo em vista que, por força do artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal, “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais”.

O mencionado artigo faz menção às matérias que são denominadas cláusulas pétreas, ao passo que são normas constitucionais que não poderão ser abolidas ou ser

alteradas de modo que venham a reduzir a proteção aos direitos fundamentais, nesta senda.

É certo que o texto proíbe abolir, ou seja, extinguir, eliminar, revogar, e assim não veda alterar, modificar, regulamentar, como pretende uma corrente interpretativa. Mas assim mesmo é amplíssimo o campo que cobre, inclusive se se entender, como parece correto, que os direitos e garantias salvaguardados são os fundamentais e não meramente os individuais (FERREIRA FILHO, 1995, p. 16).

Para solucionar o problema do alcance das cláusulas pétreas, foi elaborada a teoria de que tais cláusulas não poderiam petrificar a máxima extensão do enunciado normativo, já que isso traria dissonância entre constituição e realidade, denegrindo necessariamente a normatividade dos enunciados constitucionais. (...) O texto constitucional deve manter relação com a dinâmica social para preservação de sua normatividade. O conteúdo objetivo da constituição não se refere a valores absolutos, pois eles são limitados pelo contexto constitucional. (...) Cláusulas pétreas não significam, simplesmente, petrificação de enunciados normativos, mas densificação de conceitos tidos por básicos em uma sociedade (ARANHA, 2000, s/p.).

Desta forma, é razoável afirmar que a interpretação das cláusulas pétreas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser mutável, pois tendem a acompanhar a evolução do direito e, conseqüentemente, as necessidades da sociedade.

Todavia, ressalta-se que as normas constitucionais ou infraconstitucionais revestidas da proteção exarada pelas cláusulas pétreas poderão aumentar sua proteção sobre o cidadão, mas não poderão mitigar os direitos e garantias já conquistados pelo povo.

Sendo assim, o princípio que blinda a proteção às cláusulas pétreas é o Princípio da Vedação ao Retrocesso e é uma garantia constitucional derivado do bloco de constitucionalidade como aduz Geraldo Magela de Melo.

O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria. Tal princípio alude a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente. (MELO, 2010, p. 65).

O princípio da presunção de inocência além de estar regulamentado na Carta Magna também possui complementação em tratados internacionais de direitos humanos. Portanto, nota-se que, na verdade, há uma complementaridade de normas e princípios entre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos.

A evolução das discussões acerca do tema salvaguardou que os direitos fundamentais também são cláusulas pétreas, pois remete ao ideal da junção dos direitos essenciais ao Estado Democrático de Direito, sejam eles os de primeira dimensão os direitos individuais, os de segunda dimensão os direitos sociais, econômicos e culturais e os de terceira dimensão os direitos coletivos e difusos.

Desta forma, sob a égide da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais fomentada por João Trindade Cavalcante Filho,

(...) poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica (CAVALCANTE FILHO, 2016, s/p.)

O Estado Democrático de Direito garante aos cidadãos que o poder coercitivo exercido pelo Estado somente será efetivado quando houver, comprovadamente, a violação da norma prevista no ordenamento jurídico brasileiro, e ainda afirma em texto constitucional que ninguém será considerado culpado até que se esgotem todas as vias recursais.

As garantias constitucionais do cidadão brasileiro são vistas como o estabelecimento da ordem global, desempenham função limitadora do poder coercitivo do Estado ao mesmo passo que buscam a idealização do Estado Democrático de Direito, pois servem como fundamento “material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa” (ESPÍNDOLA, 1999, p. 73). Nestes termos,

(...) no Direito Constitucional é que a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria principialista do Direito. Assim, os princípios estatuídos nas Constituições – agora princípios constitucionais -, “postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos constitucionais [e infraconstitucionais, acrescenta-se], os princípios desde sua constitucionalização, que é, ao mesmo passo, positivação no mais alto grau, recebem, como instância máxima, categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das leis, Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, normas das normas.” (ESPÍNDOLA, 1999, p. 74).

A partir dos ensinamentos de Ruy Samuel Espíndola pode-se compreender que os princípios constitucionais possuem uma notoriedade sofisticada, tornando-os “normas das normas”, os princípios devem servir de orientadores, pois estão “no ponto mais alto da escala normativa”. Sendo assim, o Princípio da presunção de inocência orienta através do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Porquanto, o Estado utilizava o direito penal como forma de perseguir incessantemente os indivíduos que viessem a praticar qualquer ato que afrontasse os parâmetros éticos e morais da época. Contudo, atualmente, o Estado utiliza as leis penais

como a *ultima ratio*, isto é, o direito penal é um instrumento público que garante o controle social de forma mais intensiva e coercitiva, no entanto, deve ser utilizado de forma subsidiária, como a última alternativa ou último remédio, para que sua atuação não seja banalizada. Tal observação decorre-se do princípio da intervenção mínima.

Assevera-se que o principal marco da previsão literal do Princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico foi o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo diploma fora influenciado pela Revolução Francesa e os ideais iluministas que promoveram as manifestações revolucionárias do século. Como bem disserta em seu artigo 9º **“Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado** e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Destarte, a Declaração Universal de Direitos Humanos fora proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948 e também trouxe disposição acerca de tal princípio, especificamente no artigo 11, item 01 “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 também consagra o Princípio da presunção de inocência por meio de seu artigo 26 “Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade”.

Nesta senda, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 consubstancia em seu artigo 6º, item 02 que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Ressalta-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos também conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica foi assinado em 1969 e ratificado pelo Brasil em 1992 traz em seu artigo 8º, item 02 a seguinte disposição normativa “Toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presume a inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.

Por derradeiro, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que entrou em vigor em 1992 no Brasil por meio do Decreto nº. 592, de 06 de julho de 1992 prevê em seu artigo 14, item 02 a seguinte redação “Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

Ante ao exposto sugere-se que o Princípio da presunção de inocência surge da necessidade do cidadão em se proteger do poder coercitivo ilimitado do Estado e fora conquistado por meios de revoluções históricas e garantidos por diplomas internacionais de extrema relevância e importância social. Arguir-se que decorre de um direito fundamental, o da dignidade da pessoa humana e representa, sobretudo, a evolução da sociedade e seus direitos.

É importante mencionar que o princípio da presunção de inocência previsto no ordenamento jurídico brasileiro retrata mais um passo na evolução histórica, pois traz uma complementariedade que os demais tratados internacionais não revelam. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, ou seja, ela determina claramente o momento em que se concretizará ou não a culpabilidade, diferentemente dos demais diplomas estrangeiros.

Os tratados internacionais mencionados anteriormente limitam-se a dizer que o acusado será considerado inocente até que prove ou demonstre sua real culpabilidade, porém, não determina qual será esse momento. No entanto, é justamente essa liberdade de interpretação e extensão que os princípios universais se comprometem.

Portanto, compreende-se que a disposição da Carta Magna nada mais é que mais um passo na evolução do Princípio da presunção de inocência. Sendo assim,

A presunção de inocência é na verdade um estado de inocência, no qual o acusado permanece até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado. Logo, o acusado é inocente durante o processo e seu estado só se modificará com a declaração de culpado por sentença. A aplicação desse princípio ocorre tanto no campo probatório, quanto no tratamento de um acusado em estado de inocência. No primeiro caso, o acusado deve ser presumido inocente, cabendo a parte que acusa provar a veracidade do fato, e a culpabilidade do acusado. E só depois de sentença condenatória transitada em julgado, decorrente de processo judicial, é que ele pode ser considerado culpado. (SOUZA, 2011, s/p).

O texto constitucional é bastante transparente quando define o momento em que finaliza o estado de inocência do acusado, isto é, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Antes desse período, o acusado não deve incorrer em satisfação da pena sentenciada, haja vista que “o réu não deve ser punido antecipadamente, e nem mesmo tratado como culpado, aplicando só as medidas necessárias, e restringindo o mínimo de direitos possíveis, uma vez que ainda não se sabe se o acusado é inocente ou culpado” (SOUZA, 2011, s/p).

Todavia, assim como todo direito e garantia constituídos no ordenamento jurídico, o Princípio da presunção de inocência também sofre certa relativização, a qual está ligada à prisão preventiva ou cautelar do acusado antes da sentença penal condenatória transitada em julgado em hipóteses determinadas pela lei com a finalidade genérica de não comprometer a resolução efetiva do devido processo legal.

Nestes termos,

Trata-se da imposição de prisão cautelar a um acusado. Além da prisão definitiva, sanção penal posterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória definitiva, existe também a prisão provisória, que ocorre no decorrer do processo como medida cautelar e excepcional, só sendo possível essa prisão antes do trânsito em julgado da sentença definitiva quando for indispensável para assegurar o curso do processo, e condicionada também a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Essa prisão cautelar é legal e aceitável, desde que atenda a todos os requisitos, e seja devidamente fundamentada, uma vez que se perder esse caráter instrumental do processo, acaba por tornar-se

execução antecipada de pena, que fere frontalmente o princípio da presunção de inocência. (SOUZA, 2011, s/p).

As medidas cautelares são garantidoras da efetividade do processo judicial, são necessárias para que o objetivo principal não se perca, ou seja, preserva o resultado útil do processo. Desta forma, a relativização do princípio por meio de uma medida acautelatória é essencial para que outros direitos sejam assegurados. O sistema judiciário busca equilibrar direitos e deveres em prol da efetividade jurisdicional.

Nesta seara, o Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência quanto a esse aspecto, uma vez que, “a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI do artigo 5º da Constituição Federal (STF, *Habeas Corpus* n.º.71.169, Rel. Min. Moreira Alves, 26 abr. 1994).

Ante ao exposto, nota-se que a intenção do Ministro Relator Moreira Alves foi a de demonstrar que o ato de apreensão do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença ocorreria em casos de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente e que ainda se levaria em consideração a possibilidade de conceder liberdade provisória com ou sem fiança em situações previstas em lei.

Portanto, percebendo que houve a utilização de critérios e justificativas para efetuar a relativização do princípio da presunção de inocência a fim de resguardar os direitos fundamentais da Carta Magna.

É relevante mencionar que o Princípio da presunção de inocência ratifica a dignidade humana e confirma a existência do Estado Democrático de Direito, pois deixa de ser um Estado autoritário, cuja organização baseia-se no período da inquisição. Tal princípio é uma garantia constitucional que visa a limitar o poder coercitivo Estatal, pois não permite que o acusado seja alvo das coerções do Estado antes de se comprovar sua real culpabilidade diante dos fatos.

Aduz-se que o

Estado de Direito é possibilidade de organização estatal que sucedeu ao chamado absolutismo em razão das Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII, sobretudo a Francesa ^[03], com as quais se afirmou o constitucionalismo. Um modelo cujo embrião é a Magna Carta ^[04], que no século XIII já consignava os elementos essenciais do moderno constitucionalismo: limitação do poder do Estado e a declaração dos "Direitos Fundamentais da Pessoa Humana" ^[05]. É um modo de organização que se contrapõe ao Absolutista por não mais admitir a confusão entre o poder e aquele que o exerce, deixando de fazer sentido a locução célebre creditada a Luís XIV: "O Estado sou Eu". Surge, assim, a ideia da Supremacia da Constituição. (SIQUEIRA, 2008, s/p).

Destarte, defender sua prevalência nada mais é que compreender a evolução dos costumes e valores éticos e morais de uma sociedade e valorizar todas as perdas que

ocorreram em lutas de defesa pelos direitos e garantias individuais à existência digna do ser humano.

3. Análise do voto do Relator Ministro Teori Zavascki no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 de 2016 do Supremo Tribunal Federal

As argumentações trazidas pelo Ministro Relator Teori Zavascki na defesa do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal baseiam-se, em síntese, nas súmulas do Supremo Tribunal Federal, na Lei nº. 8.038/1990 e em diversas Constituições do mundo.

175

O acórdão do Relator traz diversas decisões que sedimentara o ideal de que o Princípio da presunção de inocência não é corrompido quando há o imediato cumprimento de sentença, assim aduz o julgamento do Habeas Corpus nº. 71.723 sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, o Habeas Corpus nº. 79.814 sob a relatoria do Ministro Nelson Jobim, o Habeas Corpus nº. 80.174 sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa, entre outros.

O Ministro Teori Zavascki faz uma análise superficial e apenas remete-se às súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal como mais uma razão para justificar seu posicionamento. Segundo suas ponderações as referidas súmulas já pressupõem a relativização do Princípio da presunção de inocência, pois seu conteúdo induz a efetivação da sentença antes desta ter transitado em julgado.

Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

É interessante observar que além destes argumentos, o acórdão faz uma menção extensa ao artigo 27, §2º da Lei nº. 8.038/1990, o qual dispõe “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”, ou seja, os recursos que poderão ir ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de reformar a decisão não terão efeito suspensivo, apenas devolutivo.

Há que salientar a diferença entre os principais efeitos que existem no âmbito processual. O efeito devolutivo compreende-se como aquele que devolve toda a matéria ao tribunal de origem com a determinação de reexaminá-la a fim de que a sentença seja reformada, anulada ou mantida, no entanto, os efeitos advindos da sentença permanecem, isto é, não há paralisação.

No entanto, o efeito suspensivo possui uma abordagem diferente, pois interrompe a execução da sentença proferida, não permitindo que ela sofra seus efeitos até que o recurso seja julgado.

Diante disso, o Relator Ministro Teori Zavascki compreendeu que quando há um reexame de uma sentença penal condenatória por órgão colegiado e é proferido um acórdão alguns dos principais recursos que as partes podem arguir são o extraordinário e especial e enquanto tais recursos são analisados os efeitos da sentença podem fruir, pois só serão recebidos no efeito devolutivo e não no suspensivo.

Além disso, compreende-se que para interpor um Recurso Extraordinário é essencial que se valha do requisito de admissibilidade – Repercussão Geral – o qual obriga a parte requerente a demonstrar a relevância jurídica, política, social e econômica acerca da temática envolvida. Nesse sentido,

Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Rel.Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016).

Sendo assim, não há argumentos que justifiquem a não execução provisória da pena privativa de liberdade do condenado em segunda instância quando não houver mais nenhuma razão para rediscussão de matéria fática. Nessa senda, o Ministro disciplina a superação da presunção de culpa do acusado,

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação -, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016).

A intenção do Relator é demonstrar que quando a condenação do acusado é fundamentada em fatos e provas consistentes e insuscetíveis de revisão pela Suprema Corte não é errôneo afirmar que há a possibilidade de execução imediata da pena, haja vista que a garantia processual do duplo grau de jurisdição já se efetivou. Sob os ensinamentos de Nelson Nery Junior o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição,

Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior à daquele que realizou o primeiro exame. (NERY JUNIOR, 2000, p. 41)

Por assim dizer entende-se que tal princípio se caracteriza, por exemplo, com a possibilidade de recorrer ao Tribunal de Justiça do Estado quando a ação for ajuizada em

primeira instância, ou quando a ação originária for neste Tribunal e puder recorrer ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal.

Nessas circunstâncias, os recursos que possuem natureza extraordinária não configuram o duplo grau de jurisdição, tendo em vista que se trata de recursos de ampla devolutividade, não havendo momento para se rediscutir matéria fática. Assim, aduz-se que,

Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. (...) tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio de inocência até então observado. (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Min. Rel. Teori Zavascki, 17 fev. 2016).

Além disso, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal afirma, na verdade, que nenhum indivíduo será considerado culpado até que a sentença tenha transitado em julgado. E, segundo o voto do Relator a possível condenação já representa uma circunstância de culpabilidade, vez que flui de uma sistemática que envolve produção de provas e o contraditório.

O Relator Ministro na estruturação de seu voto faz alusão ao artigo 1º, inciso I, alínea n, da Lei Complementar nº. 64/1990 que fora alterado pela Lei Complementar nº. 135/2010, a qual afirma que são inelegíveis aqueles que incorrerem em condenação, cuja decisão transitou em julgado ou foi *proferida por órgão judicial colegiado*.

Sob os auspícios dessa demanda compreende que a Presunção de Inocência não obsta os efeitos do acórdão, mesmo que a decisão não tenha transitado em julgado.

Salienta-se que o Ministro Gilmar Mendes compartilha o ideal da máxima relativização do Princípio de Presunção de Inocência, pois é convicto de que “a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado” (STF, *Habeas Corpus* nº. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016).

Ademais, as argumentações também se basearam em estudos específicos de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016) que buscam compreender a sistemática da culpabilidade do acusado em diversas constituições do mundo, de modo que os conteúdos jurídicos elucidados por estas constituições estrangeiras foram arguidos como fundamentação para a nova decisão.

O Ministro Zavascki menciona o seguinte texto no acórdão,

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta corte portuguesa dispõem que tratar de presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida

privativa de liberdade, mesmo as cautelares. (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016).

A Constituição Francesa de 1958 adotou com a carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda a positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós revolução francesa (...). Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz o art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendente outros recursos (...). (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016).

É importante compreender que a aplicabilidade da legislação é própria de cada país, de modo a perceber que há particularidades sociais, culturais, econômicas e políticas que determinam seu próprio ordenamento jurídico.

Pois, mesmo que “em país nenhum do mundo, depois se observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (STF, Habeas Corpus nº. 85.866, voto Min. Ellen Gracie, 28 dez. 2005), tal tentativa de fundamentar-se em ordenamentos estranhos à Constituição Brasileira exige-se cautela.

Por fim, além das causas motivacionais elencadas pelo Relator Ministro como fomento para sua decisão, ele também faz uma reflexão bastante desafiadora,

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016).

Em linhas gerais, o Supremo Tribunal Federal acredita ser o responsável pela efetividade da função jurisdicional penal, que o atual posicionamento da Corte modifica o cenário de injustiça que acomete a sociedade. É pretensiosa tal afirmação, pois a busca do equilíbrio tem que vir de um conjunto de ações de todos os Poderes, e não apenas de um.

Em contrapartida, o voto do relator salienta que a abordagem extensiva da relativização do mencionado princípio não demonstra ser arbitrária, mas, necessária e plenamente justificável. Haja vista que a plenitude do Princípio da presunção de inocência pode ser perigosa e, por vezes, é argumento daqueles que interpõem recursos e mais recursos meramente protelatórios com o intuito de configurar a prescrição da pretensão punitiva ou executória.

E, caso algum ato praticado pela Suprema Corte ou qualquer outro Tribunal esteja eivado de ilegalidade, há medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo. Sendo, portanto, um instrumento essencial e suficiente para controlar situações de injustiças ou decisões que trazem uma natureza excessiva da condenação. É o que o Relator Ministro Teori Zavascki se limitou a argumentar e a sustentar seu posicionamento e, por maioria, a do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, em oposição à decisão dos demais magistrados os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Rosa Weber divergiram da maioria. O Ministro Lewandowski demonstrou em seu voto sua indignação quanto à transformação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que já havia se sedimentado.

Em sua colocação o Ministro menciona que há, na verdade, um paradoxo, pois, como permitir que haja a execução provisória da pena se, anteriormente, houve um consenso geral entre a própria Suprema Corte que o sistema penitenciário brasileiro vive em um estado de coisas inconstitucionais.

Em síntese, autorizar a execução provisória da pena é contribuir mais ainda para a superlotação das celas carcerárias (BENITES, 2014, s/p) e, portanto, permitir que mais cidadãos, ora condenados, vivam o “Inferno de Dante”, vivam um estado de coisas inconstitucionais. E, não parece certo que a Suprema Corte, guardiã da Constituição Federal, autorize, arbitrariamente, tamanha atrocidade.

Queria manifestar minha perplexidade desta guinada da Corte com relação à esta decisão paradigmática. Minha perplexidade diante do fato dela ser tomada logo depois de termos assentado que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, afirmamos que o sistema se encontra no estado de coisas inconstitucional. Vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro ‘Inferno de Dante’, que é o nosso sistema prisional. (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Min. Rel. Teori Zavascki, voto Min. Ricardo Lewandowski, 17 fev. 2016).

No mês de setembro de 2015, a Sessão do Plenário deferiu parcialmente a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – sob o nº. 347, tendo em vista que determinou taxativamente que o sistema carcerário brasileiro oferece celas superlotadas, degradantes, imundas, insalubres, não há alimentação saudável, nem trabalho e que não são capazes de oferecer o mínimo existencial ao condenado.

A ADPF nº. 347/2015 teve por objetivo solicitar ao Supremo Tribunal Federal uma intervenção de urgência, ou seja, determinar aos Poderes Legislativo e Executivo a adoção de medidas necessárias com o intuito de repudiar as agressões aos preceitos fundamentais. O Ministro Relator desta arguição foi o magistrado Marco Aurélio, que no julgamento do Habeas Corpus analisado por este trabalho votou contra o posicionamento do Relator Teori Zavascki e primou pela defesa da Constituição Brasileira.

Sob o relato do Ministro Marco Aurélio é possível compreender o quão sério é a crise do sistema carcerário brasileiro, pois, diariamente, verifica-se uma “violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica” (STF, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347, Min. Rel. Marco Aurélio, 09 set. 2015).

Salienta-se que a superlotação carcerária e a precariedade das instalações das penitenciárias públicas pode ser a causa de diversos outros problemas como, por exemplo, aumento da criminalização dentro do presídio e na sociedade, rebeliões, abusos sexuais, doenças infecciosas, entre outros. O Ministro da Justiça, Senhor José Eduardo Cardozo, assemelha tal situação às “masmorras medievais” (STF, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347, Min. Rel. Marco Aurélio, 09 set. 2015).

Nessa senda, o Ministro Marco Aurélio enumera os diversos preceitos fundamentais que são diariamente violados,

Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). (STF, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347, Min. Rel. Marco Aurélio, 09 set. 2015).

Além destas normas, o Ministro também evidencia que há agressão aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como a Convenção Contra a Tortura e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e, também à Lei de Execução Penal nº. 7.210/1984, pois estão consagrados alguns direitos fundamentais, “inclusive o alusivo a cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados”. (STF, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347, Min. Rel. Marco Aurélio, 09 set. 2015).

Ante ao exposto, é, no mínimo, contraditório o posicionamento dos Ministros que acompanharam a decisão do Relator Ministro Teori Zavascki no Habeas Corpus nº. 126.292/2016, pois, há poucos meses decidiram, por unanimidade, que o sistema carcerário brasileiro vive em um estado de coisas inconstitucionais e que, portanto, não há nenhuma forma do condenado de se ressocializar e voltar à sociedade para contribuir, sustentavelmente, com seu crescimento.

E, agora, acabam por descumprir mais uma norma nuclear e extremamente translúcida da Constituição Federal, o inciso LVII do artigo 5º, com o vago objetivo de contribuir para a efetividade da função jurisdicional penal.

Ademais, também se posicionou o Ministro Celso de Mello contra o atual entendimento da Corte, “Quando esta Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução provisória da condenação criminal, impede que o Estado decrete arbitrariamente, por antecipação, a implementação executiva de medidas privativas de liberdade” (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Min. Rel. Teori Zavascki, voto Min. Celso de Mello, 17 fev. 2016).

As considerações feitas pelo Ministro Celso de Mello ressaltam a legitimidade pela ideia democrática, valorizando princípios estabelecidos em tratados internacionais que acompanham a Constituição Brasileira.

Na construção da fundamentação de seu voto, o Ministro Celso de Mello compreende o direito brasileiro como norma prevalecente, em especial, as leis fundamentais. Estas não podem retroceder ou mitigar sua abrangência, a conquista é do

direito e deve se perpetuar, haja vista a desgastante luta para a concretização do Estado Social Democrático de Direito.

Além de se posicionar criticamente o Ministro também demonstra sua repulsa ao posicionamento da maioria de seus colegas,

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional. (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, voto Min. Celso de Mello, 17 fev. 2016).

181

Conclui-se que o magistrado prima pelo respeito à legalidade, à literalidade da lei, pois suas severas alegações afirmam que a relativização do Princípio da presunção de inocência abordada pelo Ministro Relator não é condizente com o texto constitucional.

Em outros termos, não se pode tornar efetiva a execução provisória da sentença penal condenatória, nem mesmo buscar a eficiência do poder público em conter as mazelas do país, desconstituindo diretrizes constitucionais, pois, a Carta Magna deve ser vista como um troféu adquirido após uma batalha travada entre o Estado Democrático de Direito e a Ditadura. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve continuar como norma norteadora desse país.

Nesse sentido, afirma também que a Constituição Federal estabeleceu limites claros para a persecução penal, e que não pode ser ignorado, o Ministro defendeu taxativamente pela manutenção da tradicional jurisprudência do tribunal.

Segundo o Ministro Celso de Mello não se pode corromper o Princípio da presunção de inocência em razão da natureza do crime e pelo clamor público, ou seja, mesmo que o delito tenha sido hediondo ou grave a norma constitucional deve manter-se intacta, pois caracteriza direitos básicos da pessoa humana.

Conforme julgamento do Supremo Tribunal Federal no ano de 2004, “Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs”. (STF, Habeas Corpus nº. 84.677, Rel. Min. Cezar Peluzo, 23 nov. 2004).

Em consonância com a Constituição Brasileira o Princípio da presunção de inocência prevalece até que haja sentença penal condenatória transitada em julgado para que, de fato, reconheça a culpabilidade do acusado, evitando que o Estado incorra em erro, de modo que diminua a força invasiva do Estado de retirar a liberdade do indivíduo sem que exista culpa, motivo ou fatos que comprove ato ilícito.

Nessa senda,

(...) absolutamente ninguém pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial dessa Suprema Corte: O postulado constitucional da presunção de

inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecurável. (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, voto Min. Celso de Mello, 17 fev. 2016).

O direito à liberdade é precioso e deve ser assegurado, haja vista que mesmo diante do poder Estatal, restringir a liberdade do cidadão brasileiro deve ser um ato fundamentado e sob autorização judicial que busque colocar na balança da justiça os devidos pesos e medidas que levarão à absolvição ou condenação do acusado.

Observando a aplicabilidade do artigo 5º, LVII, CRFB/1988, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no ano de 2009 por meio do julgamento do Habeas Corpus nº. 84.078 sob a relatoria do Ministro Eros Grau, a impossibilidade de promover a execução da pena privativa de liberdade antes da sentença penal condenatória transitar em julgado, uma vez que contraria o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência previsto.

O entendimento tornou-se pacificado, passando a ser utilizado pela corte como precedente tradicional e justo frente à Constituição Brasileira. Conforme a ementa do julgamento do Habeas Corpus abaixo,

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (...) A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (STF, Habeas Corpus nº. 84.078-7, Rel. Min. Eros Grau, 05 fev. 2009).

Destarte, compreende-se que a execução provisória da pena não coaduna com os preceitos fundamentais previstos na Carta Magna e a tentativa arbitrária de permitir que haja o cumprimento da sentença antes do trânsito em julgado pode trazer consequências irreparáveis e demonstra-se incompatível com os padrões do Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que a perplexidade acerca da temática envolvida ultrapassou as paredes do Supremo Tribunal Federal, pois o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou no dia 19 de maio de 2016 Ação Declaratória de Constitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar - ADC.

Os apontamentos feitos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil possuem legitimidade e coerência, haja vista que no julgamento do Habeas Corpus nº. 126.292 de 2016 o Ministro Relator não fez nenhuma consideração acerca do artigo 283 do Código de Processo Penal.

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

Tendo em vista a omissão do Supremo Tribunal Federal em nada relatar sobre o artigo ou como ficaria sua utilização, os demais magistrados não poderiam deixar de aplicar a lei, pois, tal ato estaria infringindo a cláusula de reserva de plenário, devidamente registrada no artigo 97 da Carta Magna e na súmula vinculante nº. 10. Como mesmo disciplina no instrumento de petição da ADC ajuizada pelo Conselho Federal,

183

(...) embora a referida decisão não tivesse nenhum efeito vinculante, os tribunais de todo o país passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, violando, assim, a cláusula de reserva de plenário, expressa no artigo 97 da Constituição, e a Súmula Vinculante nº. 10. (STF, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 44, Rel. Min. Marco Aurélio, 19 maio 2016.).

Sendo assim, tornou-se de extrema relevância que a Suprema Corte declare constitucional o conteúdo do artigo 283 da lei processual penal com a finalidade de guardar a reserva de plenário e não permitir com que os magistrados incorram em erro, pois não podem deixar de aplicar a lei, salvo quando esta autorizar.

Além de preservar a legalidade e promover a igualdade evita-se a insegurança jurídica, pois, cumprir estritamente o que a lei emana proporciona a oportunidade de tomar um juízo de segurança e certeza. Caso contrário, traria um cenário jurídico de desordem e falácias. Dessa forma, é plenamente correto determinar que o texto de lei do artigo mencionado, que é a cópia exata do texto constitucional, é constitucional.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil prima pela Constitucionalidade do artigo 283 da lei de processo penal sob a alegação de que a Suprema Corte por meio da ADI sob o nº. 815 e 997, ambas do Rio Grande do Sul decidiu repudiar a tese das normas constitucionais inconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim,

Se essa e. Suprema Corte rejeita a tese de Bachof, negando a existência de normas constitucionais inconstitucionais, disso resulta a seguinte conclusão, por derivação lógica: caso uma norma infraconstitucional reproduza, repita, copie o teor de uma norma constitucional, então o que se verificará é sua constitucionalidade espelhada. (STF, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 44, Rel. Min. Marco Aurélio, 19 maio 2016).

Em linhas gerais, a Teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais que se refere às normas do Poder Constituinte Originário (AZEVEDO, 2016, s/p) foi fomentada na década de 1950 pelo Professor Alemão Otto Bachof que buscou difundir a ideia de que havia a possibilidade de existir normas constitucionais, por estarem prevista na Constituição, porém, seriam, na verdade, inconstitucionais. Isto é, haveria normas que se conflitariam dentro de um mesmo diploma.

Tratou-se de uma teoria que encontrou fundamentação em poucas orientações jurisprudenciais, de modo que nem a Alemanha acolheu tal tese.

Portanto, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal também não acolheu a referida tese este não pode entender de outra forma senão declarar a constitucionalidade do referido artigo, pois o texto previsto na lei processual é reprodução límpida do texto constitucional, abordando aspectos materiais e formais.

Destarte, em vista da omissão é certo compreender que o dispositivo do Código de Processo Penal continua vigente e aplicável, não permitindo com que demais magistrados pratiquem a dispensa de utilizá-los sem a iniciativa de ajuizar um Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade.

Todavia, não parece certo afirmar que isso deveria ser, de fato, feito, pois, nessas circunstâncias também deveriam ser julgados inconstitucionais as demais normas da Lei de Execução Penal como os artigos 105 e 147, e até mesmo a própria Constituição, e não lhe dar interpretação diversa a seu sentido original.

Artigo 105: Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

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

A literalidade do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Brasileira é claro e insuscetível de interpretação desconexa à sua própria redação. A expressão trânsito em julgado é determinante e compreensível. Transitar em julgado significa, em linhas gerais, sentença irrecorrível.

E quando se torna irrecorrível? Quando não houver mais nenhum recurso a ser interposto e nem julgado. Os argumentos elucidados pelo Ministro Relator Teori Zavascki citam diversas Constituições do mundo que autorizam a execução provisória da pena antes mesmo da sentença transitar em julgado, no entanto, esqueceu-se

(...) de dizer que a carta constitucional de nenhum desses países traz a concepção de presunção de inocência tal qual a nossa (art. 5º,

LVII, CR). O que fazer se a nossa Constituição é a mais garantista e garantidora que as outras? Algo há pelo qual devemos nos ufanar. (STF, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 44, Rel. Min. Marco Aurélio, 19 maio2016.).

Considerando que a decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus nº. 126.292 de 2016 não tenha qualquer efeito vinculante não é possível afirmar que os demais tribunais deverão seguir seu entendimento. Todavia, não deixa de se tratar de uma temática que envolve interpretação constitucional e, portanto, acaba tornando influenciadora.

Ademais, o Conselho Federal da OAB afirmou que a nova guinada da Corte se justifica, unicamente, pela política judiciária, e não pela falsa tentativa de efetivação da função jurisdicional penal, conforme disserta,

O grande problema é que, por ocasião do julgamento do HC 126.292, essa Suprema Corte operou uma verdadeira alteração do texto constitucional, curiosamente em um caso comum – que sequer se enquadra naquilo que pode ser considerado como uma exceção – por meio do qual buscou reprimar a jurisprudência tradicional, sob o alibi da efetividade processual, voltada à instituição de uma verdadeira política judiciária que deverá orientar a atuação dos tribunais nos casos futuros, incluindo os processos da operação Lava Jato. (STF, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 44, Rel. Min. Marco Aurélio, 19 maio2016.).

Ocorre que em nada fez o Supremo Tribunal Federal acerca do artigo 283 do Código de Processo Penal e, por um dever, o magistrado não pode deixar de aplicar segundo o artigo 97 da Constituição Brasileira e súmula vinculante nº. 10, então vejamos:

Artigo 97: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Súmula Vinculante nº. 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

À vista disso nota-se que quando o magistrado deixa de aplicar norma que não foi julgada inconstitucional está violando dispositivo constitucional e súmula vinculante que,

por sua vez, possui força de lei. Trata-se de própria determinação do Supremo Tribunal Federal que, agora, torna-lhe um paradoxo por ela mesmo criado.

Por fim, o Conselho Federal da OAB ao construir suas argumentações faz alusão à superinterpretação acerca do “trânsito em julgado” realizada pela Suprema Corte. Esta ultrapassou os limites semânticos do texto, uma vez que, fez sua vontade prevalecer sobre à do legislador. Nesse sentido menciona,

Ainda em 1987, quando do julgamento da Representação nº. 1.471, o Ministro Moreira Alves alertava para o fato de que é imprescindível que a interpretação conforme deve ter limitações, para evitar que o intérprete se transforme em legislador positivo: se há um sentido claro e inequívoco, uma interpretação desviante pode vir a distorcer o sentido do texto a tal ponto que haverá não mais “aquele texto”, mas sim, “um novo texto”. (STF, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 44, Rel. Min. Marco Aurélio, 19 maio 2016).

186

Destarte, quando o Ministro Relator Teori Zavascki menciona que pode haver a execução provisória da sentença penal condenatória logo após a condenação em Tribunal de 2º instância é contradizer a garantia constitucional que impõe claramente a necessidade de a sentença transitar em julgado para fruir seus efeitos. Portanto, a interpretação excedeu os limites e o Tribunal deve primar pelo entendimento tradicional em prol do Estado Democrático de Direito.

4. Análise das Constituições dos Estados Soberanos da Itália, Portugal, Alemanha e França em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição da República Italiana fora promulgada no ano de 1947 e é composta por apenas 54 (cinquenta) artigos e traz pouco conteúdo jurídico protecionista e organizacional quando comparado com a Constituição do Brasil que possui 250 (duzentos e cinquenta) artigos e diversas emendas, vez que dispõe um material bastante extenso e complexo que proporciona protecionismo ao cidadão e uma organização da administração pública extremamente diferenciada.

Contudo, há que se preocupar com a análise do Princípio da presunção de inocência no diploma italiano. Este encontra seu lugar na Parte I – Direitos e Deveres dos Cidadãos – Relações Cíveis, propriamente no artigo 27 primeira parte, o qual singelamente afirma que “A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado réu até a condenação definitiva”.

A partir da disposição acima percebe-se o quão ligeiro e superficial foi o legislador, no entanto, não tão claro como a disposição semelhante brasileira prevista no inciso LVII do artigo 5º, Constituição Federal. Esta, por sua vez, afirma claramente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

À luz de uma sutil comparação entre as duas normas poderia compreender que a expressão “condenação definitiva” seria equivalente ao “transito em julgado”, uma vez

que essa última significa uma condenação dada através de uma sentença que é insuscetível de recursos e, portanto, definitiva.

É perigoso realizar comparações, pois são legisladores distintos que em épocas diferentes sentiram a necessidade de incorporar tal regra a um diploma Constitucional e, ainda, podem trazer interpretações dissonantes que possam não se equivaler ou até mesmo transcender uma à outra.

Em virtude de tamanha semelhança textual o autor Ricardo Alves Bento menciona em sua obra *Presunção de Inocência no Processo Penal* conclusões do ilustre Antônio Magalhães Gomes Filho, que ao abordar a Constituição Italiana, constatou que

Expressando ainda as divergências doutrinárias já mencionadas, pretendeu adotar uma solução de compromisso limitando-se a consagrar a fórmula '1'imputato non è considerato colpevole sino Allá condanna definitiva' (semelhante, por sinal, ao texto brasileiro de 1988). Apesar disso, e depois de muita polêmica sobre o real alcance dessa disposição, entende-se hoje que a presença ou não do termo 'presunção' não altera o valor do operativo do princípio (...). (BENTO, 2007, p. 56-57)

Portanto, não é nem um pouco pretensioso afirmar que a regra também é bastante clara, pois o texto constitucional diz que acusado não poderá ser considerado réu, ora culpado, até o momento da condenação definitiva. Evidencia-se, ainda, que proíbe a antecipação da pena e não as medidas cautelares.

É valioso compreender que a Constituição Italiana não possuiu uma forte influência dos ditames da Revolução Francesa, ou seja, não transmitiu às suas normas a essência dos direitos fundamentais revolucionado à época, restando, ainda, estilhaços de um Estado Soberano Totalitário, o que acabou por refletir na sutil previsão do Princípio da presunção de inocência na Carta Constitucional Italiana.

A Lei Processual Penal Italiana traduz um ideal de que é preciso proteger o cidadão diante de malfeitores, contudo, também é preciso estabelecer proteção desses malfeitores diante do poder punitivo do Estado (BENTO, 2007, p. 90).

Os artigos 275 e 273.1 do Código de Processo Penal Italiano consideram que a pena de reclusão deve ser uma exceção e somente poderá ser realizada quando houver indícios de culpabilidade.

Artigo 275: As custódias cautelares em cárcere (285) podem ser dispostas somente quando outras medidas tiverem sido inadequadas. Quando existentes graves indícios de culpabilidade dos delitos descritos no artigo 416 do código penal (...) é aplicada a custódia cautelar no cárcere.

Artigo: 273.1: Ninguém pode ser submetido a medidas cautelares se não for fundamentado em graves indícios de culpabilidade.

Conclui-se que as normas processuais italianas elencadas acima revelam a presença do Princípio da presunção de inocência, de modo que demonstra a aplicabilidade e extensão das medidas cautelares que poderão ser utilizadas no processo criminal italiano.

A Constituição da República de Portugal é datada de 1976 e traz consigo 296 (duzentos e noventa e seis) artigos que compõem uma estrutura jurídica completa com ampla previsão de conteúdos e aplicabilidade. O que é essencial, pois quanto mais previsões a Carta Magna fizer mais fácil é de compreender as leis infraconstitucionais.

A legislação portuguesa compreende o Princípio da presunção de inocência sob o título de Garantias de Processo Criminal, especificamente, em seu artigo 32, item 02, o qual disserta “Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Ante a disposição Constitucional de Portugal nota-se que é extremamente semelhante ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição Brasileira, o texto, a literatura é idêntica, trazendo a necessidade e a expressão do “trânsito em julgado da sentença de condenação”.

Em análise da norma constitucional é completamente compreensível concluir que só é possível à execução da sentença penal condenatória após o trânsito em julgado, quando a decisão tornar-se definitiva, seja porque tenha esgotado todos os recursos, seja porque houve a preclusão para interpô-los. E qualquer outro posicionamento estaria contrariando dispositivo normativo constitucional.

Ocorre que, Ricardo Alves Bento, em sua obra Presunção de Inocência no Processo Penal, menciona outros doutrinadores portugueses que repelem esse entendimento, quais sejam, Antônio Barbosa Melo, J.M. Cardoso da Costa e José Carlos Vieira de Andrade,

Autores portugueses, ao tempo da revisão da Constituição Portuguesa de 1976, sugeriram que a presunção de inocência poderia cessar com a sentença de condenação, ainda que não definitiva, pois teoricamente, a partir desse momento, passaria a existir uma presunção de culpa. (BENTO, 2007, p. 59).

Contudo, não é cauteloso realizar uma releitura de um texto constitucional tão límpido e relevante para a concretização do Estado Democrático de Direito, haja vista que afasta de uma vez por todas os resquícios do período da inquisição.

O Ministro Teori Zavascki, relator do julgamento do Habeas Corpus nº. 126.292 de 2016 também fez alusão a essa relativização do Princípio da presunção de inocência na tentativa de justificar seu posicionamento:

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta corte

portuguesa dispõe que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares. (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016).

Mesmo diante do posicionamento jurisprudencial de um Tribunal Constitucional não é garantidor exercer um papel tão futurista assim. Respeitar as determinações previstas na Carta Magna é preservar a legalidade e a obediência a Lei Maior, pois relativizar expressivamente texto constitucional é causar insegurança jurídica e instabilidade.

A Lei Processual Penal Portuguesa faz menção singela ao Princípio da presunção de inocência, ora que traz ocorrências de medidas cautelares e prisões preventivas. O artigo 193.2 do referido diploma identifica “que a prisão preventiva somente pode ser aplicada quando todas as alternativas resultem inadequadas ou insuficientes” (BENTO, 2007, p. 96).

Diante da exposição do artigo nota-se que, na verdade, há uma hesitação à imposição de pena de prisão, pois identifica que esta só será necessária quando qualquer outra não for adequada ou insuficiente para a fruição dos efeitos da sentença penal condenatória.

Por fim, ao observar tanto o diploma Italiano quanto o Português seja ele Constitucional ou Processual Penal, o Princípio da presunção de inocência se mantém extensivo, aplicável e demonstra seu fim quando a sentença torna-se definitiva, em outros termos, tenha transitado em julgado.

E, por mais que existam doutrinadores analisando a mesma norma, porém atribuindo – lhes valores e conceitos distintos não é seguro e nem legalista trocar o ideal proposto pelo legislador por outro menos garantidor.

A Constituição da República Federativa da Alemanha, promulgada em 1949, é bastante sutil ao mencionar normas constitucionais que possuem um escopo o Princípio da presunção de inocência. O capítulo IX – O Poder Judiciário, artigo 103 sob a titulação dos Direitos Fundamentais Perante os Tribunais e o artigo 104 sob o título Privação da Liberdade leciona,

Artigo 103:

- (1) Perante o tribunal, todos têm o direito de ser ouvido.
- (2) Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade foi estabelecida por lei antes de seu cometimento.
- (3) Ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, com base no direito penal comum.

Artigo 104:

- (1) A liberdade do indivíduo só pode ser limitada com base numa lei formal e desde que se respeitem as formas prescritas na mesma.

As pessoas detidas não podem sofrer maus tratos físicos ou psicológicos.

(2) Cabe apenas ao juiz decidir sobre a admissibilidade e continuação de uma privação de liberdade. Em qualquer caso de privação de liberdade não ordenada pelo juiz, terá de ser obtida imediatamente uma decisão judicial. Por autoridade própria, a polícia não pode manter ninguém sob custódia para além do fim do dia posterior à detenção. A matéria será regulamentada por lei.

(3) Toda pessoa detida provisoriamente sob a suspeita de um delito deve ser levada à presença do juiz, o mais tardar no dia seguinte à detenção, devendo o juiz comunicar-lhe as causas da detenção, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de fazer objeções. O juiz tem que decretar imediatamente uma ordem de prisão por escrito, indicando as causas da mesma, ou ordenar a libertação.

(4) Sobre qualquer decisão judicial que ordene ou prolongue uma privação da liberdade, deve-se informar imediatamente um parente do detido ou uma pessoa da sua confiança.

Os dispositivos normativos dispostos acima demonstram as garantias legais concedidas aos cidadãos com o intuito de assegurar-lhes sua liberdade, e tais garantias só serão relativizadas se houver alguma ordem formal que venha ocorrer por força legal. Nesse sentido,

E ratificando os preceitos já estabelecidos, que somente o magistrado poderá decidir sobre a admissibilidade ou continuação de qualquer privação de liberdade, e esta privação não for baseada em ordem de um juiz, a decisão judicial deverá ser obtida sem maiores retardamentos; que nenhuma pessoa poderá ser detida provisoriamente com base apenas em suspeita de cometimento de um delito (...) devendo o juiz, sem dilações desnecessárias, expedir mandado de prisão, descrevendo os fundamentos ou ordem para que se realize sua prisão. (BENTO, 2007, p. 80).

Noutras palavras é compreender que ninguém será considerado culpado enquanto não sobrevierem questões que fundamente autoria e materialidade do crime. A partir dessa sutil disposição é possível compreender quando haverá o fim do pressuposto da inocência, no entanto, a Carta Constitucional Alemã é omissa quanto ao momento em que ocorrerá a execução provisória da pena.

Já na Legislação Processual Alemã há pouca previsão normativa quanto a possibilidade de prisão ou apreensão provisória. Assim, o magistrado sofre certa limitação, pois também não há norma que autorize o juiz a aplicar alternativas de medidas cautelares.

Ante ao exposto, verifica-se que as três Constituições analisadas neste trabalho trazem diferentes níveis de aprofundamento quanto ao Princípio da presunção de inocência, sendo que nas Constituições da Itália e de Portugal demonstra-se mais presente

e explícita, em contrapartida, a Constituição Alemã revela certa superficialidade ao tratar do referido princípio.

Ademais, é extremamente relevante salientar que a Constituição Brasileira, Portuguesa e Italiana afirmam que o Princípio da presunção de inocência só é interrompido quando a sentença penal condenatória transitar em julgado. Diferentemente das elucidações feitas na Constituição Francesa de 1958.

A Constituição Francesa foi atualizada no ano de 2000, uma vez que, fez adesão expressa aos Direitos Humanos e aos princípios oriundos da Declaração Francesa de 1789. Segundo as disposições do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, resultante da Revolução Francesa: “todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para garantir sua integridade, deve ser severamente reprimido pela lei”.

Nesses termos, o diploma Francês compreende que a Presunção de Inocência será presumida até que o acusado seja culpado, não condicionando o Princípio ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória como nos outros diplomas constitucionais analisados.

Em síntese, deve-se ser criterioso ao mencionar que outras Constituições do Mundo permitem a execução provisória da pena logo após a confirmação da condenação por órgão colegiado, pois, cada diploma prevê de uma forma específica a extensão e interpretação do Princípio da presunção de inocência.

Dessa forma, é possível concluir que o posicionamento da Ministra Ellen Gracie no pronunciamento do julgamento do Habeas Corpus nº. 85.866 que ocorrera em 28 de outubro de 2005 e utilizado pelo Relator Ministro Teori Zavascki no julgamento do Habeas Corpus nº. 126.292 é bastante pretensioso, pois, segundo ela “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (STF, Habeas Corpus nº. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016).

Por fim, salienta-se que a partir da compreensão das disposições constitucionais, em especial à da Itália e de Portugal, quanto às normas que evidenciam o Princípio da presunção de inocência não se deve compreender que elas autorizam a execução provisória da pena, nem quando houver concretizado o duplo grau de jurisdição, e sim quando a sentença penal condenatória transitar em julgado.

5. Conclusão

O Princípio da presunção de inocência está previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e compreende a seguinte redação “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

À vista desse Princípio temos uma garantia constitucional que tem por finalidade garantir a efetivação de um direito individual – a liberdade. Uma vez que se configura uma garantia individual reconhece – se que é uma cláusula pétrea, por força da disposição do artigo 60, §4º e inciso IV da Constituição Federal.

Em virtude de tal Princípio possuir um reconhecimento tão valioso que é a proteção dada pela cláusula pétrea compreende-se que sua interpretação e extensão não poderão mitigar os direitos e garantias já previstos no ordenamento jurídico brasileiro, em razão do Princípio da Vedação ao Retrocesso.

Em linhas gerais, o ordenamento jurídico brasileiro assim como as interpretações derivadas desses diplomas não deverá retroceder, deverão sempre evoluir e buscar perspectivas cada vez melhor para os cidadãos.

Sendo assim, inadmissível compreender a hipótese de uma superinterpretação extensiva e agressiva feita pelo Relator Ministro Teori Zavascki no julgamento do Habeas Corpus nº. 126.292 no dia 17 de fevereiro de 2016 acerca do Princípio da presunção de inocência.

O conteúdo do referido Habeas Corpus teve a intenção de relativizar ao máximo a aplicação do Princípio, uma vez que passa a considerar ser possível a execução provisória da sentença penal condenatória assim que tenha a confirmação da condenação por Tribunal de 2º instância.

Ora, o texto constitucional é muito claro e não está disponível a uma interpretação tão absurda como essa. No voto do Relator Ministro houve algumas sucintas justificativas que embasaram seu posicionamento. No entanto, muito frágeis.

Os seus principais argumentos foram que os Recursos Especial ou Extraordinário, quando interpostos, não são recebidos no efeito suspensivo, apenas no devolutivo em razão do artigo 27, §2º da Lei nº. 8.038/1990, portanto, não haveria razão para a não execução provisória da pena logo após a confirmação do Tribunal de 2º instância.

Além disso, mencionou estudos específicos propostos por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman que buscam compreender a sistemática da culpabilidade do acusado em diversas constituições do mundo.

Segundo o Relator Ministro Teori Zavascki sob a citação de uma passagem da Ministra Ellen Grace reafirma que em nenhum lugar do mundo a sentença penal condenatória fica suspensa aguardando sabatina da mais alta Corte, ora o Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, o presente trabalho prestou a analisar o Voto do Relator Ministro e a trazer contraposições que revelassem os ideais que primam pela manutenção do posicionamento tradicional da Suprema Corte, qual seja a de permitir a execução da pena após o trânsito em julgado da sentença.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Constitucionalidade com o intuito de demonstrar à Corte que não há alternativa senão em dizer sobre a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, pois esta norma é cópia exata do texto constitucional.

E em nada disse o Ministro Teori Zavascki sobre o referido artigo da Lei Processual Penal no seu voto. De modo que se omitiu acerca da aplicabilidade do artigo 283, tendo em vista que não declarou o dispositivo normativo constitucional e nem inconstitucional.

Por derradeiro, realizou-se a análise da possível presença do Princípio da presunção de inocência nas Constituições dos Estados Soberanos da Itália, Portugal, Alemanha e França. E, concluiu-se, que as Constituições Portuguesa e Italiana demonstraram claramente a presença do Princípio bem como disposição normativa semelhança ao texto constitucional brasileiro.

Pois, as Constituições Italianas e Portuguesas revelam expressões que definem o momento em que o acusado será considerado réu ou culpado, sejam elas, “sentença definitiva” e “trânsito em julgado”, respectivamente.

Ambas as Constituições compreendem que é necessário, antes de executar a pena, estabelecer uma segurança jurídica que é proporcionada pela sentença transitada em julgado, pois terá transcorrido o prazo ideal para sanar qualquer irregularidade possível. A sentença definitiva possui uma certeza essencial que autoriza o Estado a utilizar de sua força para punir, de alguma forma, o cidadão.

Em contrapartida, a Constituição Alemã revela uma sutileza ao tratar do Princípio da presunção de inocência, de modo que traz entremeado às suas normas a essência do Princípio. No entanto, não da forma como as Constituições anteriormente analisadas. Sendo assim, as disposições normativas alemãs apenas estabelecem limites constitucionais e processuais para garantir o direito a liberdade do indivíduo.

A Constituição Francesa não traz disposição normativa acerca do Princípio da presunção de inocência, mas aderiu à Declaração Francesa que, por sua vez, traz em seu bojo disposição normativa a respeito da temática. No entanto, o legislador Francês compreendeu que o Princípio cessa quando houver a culpabilidade, mas não condiciona a presença da culpa à sentença penal condenatória transitada em julgado.

Portanto, ao realizar esse estudo compreende-se que a menção do Ministro Teori Zavascki feita em seu voto em relação à permissão que as Constituições do mundo dão para a execução provisória da pena logo após a confirmação da condenação por Tribunal de 2º instância é, no mínimo, equivocada, pois, nenhuma das Constituições elucidadas nesse trabalho e que também foram citadas no voto do relator autorizam tal situação.

6. Referências bibliográficas

AZEVÊDO, Pedro Pontes de. **Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte originário.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15777-15778-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

ARANHA, Márcio Iorio. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. **Revista Notícia do Direito Brasileiro**, 2000. Disponível em: <<http://www.marcioaranha.com/docbibliografiaConteudoEssencialClausulasPetreas.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BENITES, Afonso. **Cadeias seguem superlotadas e sob o domínio de facções.** Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/26/politica/1411768517_706257.html>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 4. ed. Brasília, 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus nº 126.292, de São Paulo, Relator Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus nº 84.078-7, de São Paulo, Relator Min. Eros Grau, 05 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus nº. 85.866, de São Paulo, Relator Min. Celso de Mello, 28 dez. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus nº. 84.677, de São Paulo, Relator Min. Cezar Peluzo, 23 nov. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus nº. 71.169, de São Paulo, Relator Min. Moreira Alves, 26 abr. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347, de Brasília, Relator Min. Marco Aurélio, 09 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 44, de Brasília, Relator Min. Marco Aurélio, 19 maio 2016.

CANITILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível

em:<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2016.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem** (convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANÇA. **Constituição Francesa**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.

_____. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 12 maio 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Significação e alcance das “cláusulas pétreas”**. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46613/46348>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

ITÁLIA. **Constituição Republicana Italiana.** Disponível em: <<http://www.casacultureivrea.it/costituzione/portoghese.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica:** ciência e conhecimento científico, métodos científicos, teoria, hipóteses e variáveis, metodologia jurídica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Renato Marques. Condenação sem trânsito em julgado não permite interpretação. **Consultor Jurídico.** 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-24/renato-martins-transito-julgado-nao-permite-interpretacao>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional:** tomo IV, direitos fundamentais. São Paulo: Coimbra, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais:** teoria geral dos recursos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidhdudh-direitos-civis.html>>. Acesso em: 12 maio 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Estado democrático de direito: separação de poderes e súmula vinculante. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 12 maio 2016.

SOUZA, Renata Silva e. O princípio da presunção de inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7ao-de-inoc%C3%Aancia-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo>>. Acesso em: 12 maio 2016.

Cenário da bomba-relógio e a vedação absoluta à tortura

*Guilherme Moraes Silva*¹

*Alvino Damião da Cruz Neto*²

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade analisar a teoria do Cenário da Bomba-Relógio frente a sua tentativa de relativizar a vedação absoluta à tortura, bem como analisar sob o prisma do Direito brasileiro se o direito fundamental a não tortura previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988 seria absoluto ou não. Neste trabalho, situamos nossas questões de pesquisa baseadas na Teoria do Cenário da Bomba-Relógio que se apresenta como um “exercício mental” hipotético que visa questionar a proibição absoluta da tortura. Essa pesquisa se mostra de importante relevância de estudo, pois em vista dos avanços históricos e comportamentais da sociedade moderna, a tortura passou a ser combatida mundialmente em todos os gêneros e formas. Por fim, como suporte teórico, respaldamo-nos em dados bibliográficos que tratam da tortura e de Leis, Tratados e Convenções Internacionais que proíbem a sua prática, e também nas diversas obras intelectuais que hoje existem, tais como Silva Dias (2010), Salomão; Callegari (2012), Piovesan (2013), Bulos (2012), Bobbio (2004) e Albernaz (2007).

197

Palavras-chave: Cenário da bomba-relógio. Tortura. Vedação absoluta. Direitos humanos.

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria do cenário da bomba-relógio. 3. Dos tratados, convenções internacionais e o ordenamento jurídico brasileiro a despeito da tortura. 3.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 3.2. Convenção de Genebra de 1949. 3.3. Convenção da ONU Contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. 3.4. Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura. 3.5. Ordenamento jurídico brasileiro e a tortura. 4. Artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 frente à característica da relatividade dos direitos e garantias fundamentais. 5. Desconstrução do cenário da bomba-relógio. 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Historicamente a tortura foi e vem sendo utilizada de várias formas, tanto como punição corporal, mental e psicológica, quanto como forma de obtenção de informações ou vantagens. Com o decorrer da História e o avanço da sociedade, paulatinamente a figura humana criou uma importância significativa frente a relações interpessoais, e não

¹ Bacharelado do 10º Período do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: guilhermemoraes.si@gmail.com.

² Mestre em Direito, Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: alvino2008@gmail.com.

diferente disto, a tortura ganhou uma conotação negativa e contrária aos avanços e conquistas históricas através dos Tratados e Convenções Internacionais, como o Tratado de Genebra de 1862, Convenção contra a tortura de 1984 e a Declaração Internacional dos Direitos Humanos.

No Brasil, infelizmente ainda vivemos uma realidade em que esta prática é adotada de forma sistemática nas atividades policiais e também em locais de detenção, imperando a cultura da brutalidade em detrimento dos Tratados, Convenções Internacionais firmados pelo país para preveni-la, e sua própria legislação interna que também coíbe qualquer forma de sua manifestação.

Apesar de haver um consenso internacional da vedação desta prática com um compromisso assumido na forma de Tratados e Convenções para se investigar, prevenir e principalmente punir casos desta natureza, surgem correntes que buscam questionar de forma contundente esse caráter absoluto que a vedação da tortura assume, sobre o pretexto de que em certas situações ela seria tolerada para se evitar um mal maior. Nesta conjuntura, surgem teorias como a do Cenário da Bomba-Relógio que será estudada profundamente neste trabalho em conjunto com outras questões pertinentes.

Como dito, o presente artigo destina-se à discussão sobre a Teoria do Cenário da Bomba-Relógio, que visa relativizar a vedação absoluta à tortura, destrinchando os seus argumentos, táticas e premissas, e concomitantemente demonstrar os contrapontos e críticas de cada uma delas, sob o prisma dos Tratados e Convenções Internacionais e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como com argumentos a nível jusfilosófico.

Outro ponto abordado é a questão envolvendo o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 que está disposto no tópico dos Direitos e Garantias Fundamentais, que prevê que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Porém, uma das principais características dos Direitos e Garantias Fundamentais é que eles podem ser relativizados em vista de certas circunstâncias. Ocorre que com essa característica, a vedação à tortura prevista na Constituição Federal também seria relativa, todavia, há doutrinadores, como BULOS (2012), que acreditam que tal garantia fundamental, ao contrário de todas as outras, seria absoluta, ou seja, em hipótese alguma seria possível admitir a tortura, inclusive sob o questionamento do Cenário da Bomba-Relógio.

O estudo sobre o tema proposto tem como base de pesquisa as doutrinas de Direito Constitucional e Direitos Humanos (em bibliotecas), com o intuito de analisar os diferentes posicionamentos doutrinários e os respectivos exemplos e argumentos ofertados. Desta sorte, buscaram-se dados bibliográficos que tratam da tortura e de Leis, Tratados e Convenções Internacionais que proíbem a sua prática, e também sobre as diversas obras intelectuais que hoje existem. Também foram analisados artigos jurídicos (pela internet) que versam sobre o tema em questão.

Portanto, tal pesquisa se mostra de importante relevância de estudo, pois em vista dos avanços históricos e comportamentais da sociedade moderna, a tortura passou a ser combatida mundialmente em todos os gêneros e formas, e teorias como a do Cenário da Bomba-Relógio, que tem implicitamente o condão de relativizar a prática da tortura, devem ser estudadas e analisadas a fundo para que a sociedade não seja iludida por tais tentativas de permissão da tortura em nosso meio. Por outro aspecto, a pesquisa se justifica pela discussão que gira em torno do artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, se essa seria uma Garantia Fundamental absoluta ou relativa, sendo o resultado

desse embate de elevada monta, uma vez que se poderia permitir a tortura em certas circunstâncias se ela fora considerada relativa.

Este artigo está organizado em sete tópicos. Inicialmente apresentamos esta introdução, que forneceu ao leitor as informações centrais sobre o estudo realizado. No segundo tópico aborda a Teoria do Cenário da Bomba-Relógio e apresenta como esta Teoria se desenvolve, os motivos de sua criação e perpetuação, bem como posicionamentos de alguns de seus defensores.

O terceiro tópico apresenta os Tratados, Convenções Internacionais e o ordenamento jurídico brasileiro a despeito da tortura, que visam buscar a vedação desta prática sob todos os seus aspectos. Tais documentos foram abordados com a intenção de demonstrar os arcabouços jurídicos internacionais e internos que visam combater a tortura, destacando os pontos específicos e os fundamentos que tratam do impedimento desta prática.

O quarto tópico se preocupa em analisar o Artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 frente à característica da relatividade dos Direitos e Garantias Fundamentais.

O quinto tópico apresenta uma desconstrução do Cenário da Bomba-Relógio apresentando as suas premissas e outros argumentos favoráveis, e em seguida apresenta contra-argumentos refutando cada ponto apresentado pela Teoria. Posteriormente, são apresentadas as considerações finais do presente artigo e por fim, apresentamos as referências que nos serviram como embasamento para a pesquisa.

2. Teoria do cenário da bomba-relógio

A teoria do Cenário da Bomba-Relógio (“*ticking time bombs*”) se apresenta como um “exercício mental” hipotético que visa questionar a vedação absoluta à tortura, sendo possível sua apresentação da seguinte forma:

Chega aos órgãos de repressão, nomeadamente a polícia, a Informação de que há uma bomba-relógio ativada, com alto poder destrutivo, instalada em local incerto da cidade ou mesmo do país. As fontes de inteligência que descobriram a aterrorizante notícia não conseguem, contudo, localizar o paradeiro de nenhum terrorista envolvido na empreitada criminosa, que poderá ceifar dezenas, centenas ou quiçá milhares de vidas de cidadãos inocentes. Apesar a frustração, no intento de capturar os terroristas, os referidos setores tiveram sucesso em identificá-los, ação que tornou possível a localização de terceiros³ que cultivavam proximidade com os responsáveis pela situação de terror. Pode-se escalar para este papel algum familiar ou qualquer pessoa cujo grau

³ Insta salientar que o presente trabalho e a própria teoria do cenário não trata somente da tortura contra terceiros, mas também, principalmente, contra o próprio terrorista. Apesar do cenário apresentado nesta citação se tratar apenas da tortura contra terceiros com grau de proximidade com o terrorista, este se aplica perfeitamente a figura do próprio terrorista e sendo assim não há nenhum prejuízo a descrição da hipótese realizando a substituição da figura do terceiro pelo terrorista.

de proximidade com o terrorista leve a crer que determinado sujeito teria informações a respeito da localização do artefato explosivo.

Conduzido perante as autoridades responsáveis pela investigação do crime em andamento, o sujeito em questão, doravante denominado terceiro, se recusa a fornecer qualquer informação acerca do paradeiro dos terroristas a ele relacionado ou sobre o local onde se encontra a bomba-relógio. Os motivos de tal recusa podem ser variados, desde a simples negativa de que possua qualquer informação acerca do que lhe é perguntado, até a afirmação de que não falará por que não tem interesse em cooperar com as investigações. Independentemente, os profissionais da inteligência acreditam ter elementos suficientes para concluir que o conduzido, embora decididamente não seja um terrorista ou sequer tenha colaborado com o plano relativo à instalação da mencionada bomba, possua, sim, informação sobre de sua localização.

Frente à recusa da cooperação do terceiro e, cientes de que a bomba-relógio está ativada e seu cronômetro conta, segundo o por segundo, o tempo restante até o momento da explosão, aventa-se uma proposta: submetê-lo à tortura como forma de extrair as informações que supostamente possui e que possam levar à localização e desativação do artefato explosivo. (SALOMÃO; CALEGARI, 2012, p. 1).

Partindo desta situação hipotética, seus defensores preconizam que seria possível a utilização da tortura estritamente neste caso para a obtenção da informação do terrorista que seria de suma importância para salvar a vida de outras pessoas, e mesmo que seja de entendimento geral a vedação absoluta de tal prática, ela se justificaria em virtude da gravidade da situação apresentada.

Ao longo da história recente houve um crescente no número de casos de atentados terroristas, bem como o aumento de grupos organizados com a finalidade de tal prática, sendo que o Ocidente tem sido alvo frequente de tais ataques. Frente a esse cenário, como não seria diferente, os Estados alvos insurgem-se em um árduo combate contra esses grupos, a famigerada “guerra ao terror”, sendo essa discussão de tão elevada monta que acaba por criar diversas Políticas Criminais e chama atenção do Direito Penal como “Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal da Luta”, e ainda acaba por criar correntes teóricas como essa que discutiremos no presente trabalho.

A partir desta postura contra o terror, alguns juristas norte-americanos e de outros países questionaram se seria possível a tortura no caso de terrorismo e se perante a esse caso a vedação permaneceria absoluta. Não só nos Estados Unidos há defensores desta corrente, na doutrina Alemã existem alguns autores que se pronunciam igualmente neste sentido da relativização da tortura em situações de necessidade.

Alan Dershowitz, jurista norte-americano, é um dos precursores da teoria ora trabalhada, e defende que se for o único meio para prevenir um eminente ataque terrorista de dimensão catastrófica, em que há fundada suspeita de implantação de uma bomba que irá matar milhões de pessoas, o uso da tortura moderada, ou seja, a tortura de

forma não letal, seria tolerada para evitar um mal maior, e ainda desde que estejam previstas em lei e sejam autorizadas e fiscalizadas por um juiz de direito (DERSHOWITZ, 2007 apud SILVA DIAS, 2010).

Segundo DERSHOWITZ (2007 apud SILVA DIAS, 2010) a tortura é admissível em certas condições fáticas e normativas e se os fatos vinculados pela mídia de que a tortura não letal⁴ é utilizada pelos Estados Unidos e outros países na guerra contra o terrorismo forem verdadeiros, é preferível que ela seja controlada pelo poder judiciário do que permanecer na clandestinidade, o controle judicial reduziria a sua frequência e a tornaria justificável. Ainda segundo o jurista, a ideia defendida por outros autores de que a utilização da tortura para evitar milhões de mortes não é legítima e não poderia ser aceita em um sistema jurídico ou até mesmo ser legitimada pelo controle judiciário, não merece crédito. Acredita o autor que a prática e teoria da democracia não compatibilizam com ações que não passam pelo crivo do Estado e que um sistema jurídico que se funda em um Estado de Direito não pode buscar soluções à margem da visibilidade da sociedade e do controle judiciário.

Ainda segundo o referido autor (DERSHOWITZ, 2007 apud SILVA DIAS, 2010), a ideia não é criar ou permitir um uso generalizado da tortura pelo Direito em qualquer situação, o seu uso seria feito de forma moderada e restrita para prevenir futuros ataques e apurar onde se encontra a bomba supostamente armada pelos terroristas e consequentemente salvar vidas humanas. Apesar da opção pela tortura ser uma decisão de certa forma trágica, de um lado está a segurança e a vida dos cidadãos e de outros direitos básicos de um ser humano, sendo que nessa balança quem opta por considerar a vedação à não tortura de forma absoluta sem considerar os interesses em jogo se torna responsável pelas vítimas da explosão da bomba.

Na Alemanha, a doutrina de “resgate à tortura”, diferentemente dos moldes traçados pela norte-americana, não se justifica em torno de uma situação massiva, eminente e sem precedentes de um ataque terrorista ou catástrofe humana, visto que essa não é uma realidade que o país passa, mas traz à baila outras medidas extremas para discussão, como exemplo a ação policial no caso do “tiro final de resgate” em que a polícia teria direito não só de desativar pessoas perigosas, mas também de atirar para matar. Esse debate sobre a tortura na Alemanha ganhou maior intensidade após o caso de sequestro e assassinato em Frankfurt, o caso *Daschner*, em que a polícia ao capturar o suspeito de cometimento do crime agiu coercitivamente a mando do vice-presidente da polícia de forma extremamente dolorosa aplicando provocação de dores a fim de descobrir onde a vítima estava localizada (FRANKENBERG, 2008, p. 405, tradução nossa).

Nesta seção, buscou-se explicar de forma elucidativa a Teoria do Cenário da Bomba-Relógio, bem como apresentar autores que explicitam ideias ou até mesmo defendem tal Teoria (DERSHOWITZ, 2007 apud SILVA DIAS, 2010). Na seção seguinte, serão abordados os documentos jurídicos internacionais e o ordenamento jurídico brasileiro a despeito da tortura.

⁴ As formas moderadas de tortura de que fala DERSHOWITZ e cuja posituação jurídica e controle judicial, são o soro da verdade, a infiltração de agulhas esterilizadas debaixo das unhas, a extração ou perfuração de dentes sem anestesia e o famigerado *waterboarding*. O *waterboarding* consiste em amarrar o interrogado de pés e mãos numa prancha inclinada com os pés para cima e a cabeça para baixo de modo a ficar completamente imobilizado, depois seu rosto é coberto com um pano e em seguida o verdugo lança repetidamente porções de água sobre a cara coberta e a sensação da vítima é de asfixia por afogamento, como se fosse fustigada por vagas sucessivas de água (DERSHOWITZ, 2007 apud SILVA DIAS, 2010).

3. Dos tratados, convenções internacionais e ordenamento jurídico brasileiro a despeito da tortura

Dentre as práticas mais desumanas cometidas no âmbito internacional, a tortura sem sombra de dúvidas é aquela que de forma mais uníssona é combatida e vedada apesar dos cenários de *ticking time bombs*⁵ apresentado no capítulo anterior que buscam relativizar a sua vedação absoluta. Conforme se exprime nas palavras de SILVA DIAS (2010), a tortura é universalmente considerada um atentado inadmissível à dignidade da pessoa humana e ao direito da integridade das pessoas.

Neste diapasão, existe uma série de arcabouços jurídicos, tais como tratados, convenções internacionais e legislações internas, que tratam em suma sobre a proibição absoluta desta prática em todas as suas espécies e situações análogas, que serão vistos neste capítulo com foco nos tratados internacionais firmados pela Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A proibição e prevenção contra a tortura teve origem na formação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos que por sua vez teve seu marco inicial no Direito Humanitário principalmente na proteção dos militares em combate e a população envolvida. A universalização dos direitos humanos ocorreu paulatinamente com vários marcos que impulsionaram sua perpetuação e integralização de seus preceitos pelos Estados que de certa forma tiveram que relativizar a sua ideia de soberania absoluta para abarcá-los, sob a previsão de muitas vezes arcarem com sanções internacionais econômicas e militares por descumprimento de obrigações internacionalmente assumidas.

3.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

Conforme referido anteriormente, tal universalização teve seu ápice com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi adotada em dezembro de 1948 por meio de resolução da Organização das Nações Unidas de forma uníssona e sem ressalvas pelos seus Estados membros. BOBBIO (2004) declara que:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. (BOBBIO, 2004, p.17 e 18)

⁵ “Bomba-relógio”, esta terminologia faz referência à Teoria do Cenário da Bomba-Relógio.

A respeito de seu valor jurídico, como afirma PIOVESAN (2004) entende-se que a Declaração não é um tratado, ela foi adotada por resolução e por tal fato não teria força de lei, em seu próprio preâmbulo está previsto que o seu propósito é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais constantes na carta da ONU, em especial nos artigos 1º, 3º e 55. Contudo, devido ao seu próprio propósito, a Declaração Universal tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos”, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante aos Estados signatários. Por outro lado, existe uma construção no sentido de que a referida Declaração teria sim força jurídica normativa vinculante por integrar o direito costumeiro internacional e os princípios gerais do Direito.

Partindo do último posicionamento exposto, chega-se a uma importante conclusão conforme preconiza PIOVESAN (2004):

Nessa ótica, por exemplo, a proibição da escravidão, do genocídio, da tortura, de qualquer tratamento cruel, desumano ou degradante e de outros dispositivos da Declaração consensualmente aceitos assumem o valor de direito costumeiro internacional ou princípio geral do Direito Internacional, aplicando-se a todos os Estados e não apenas aos signatários da Declaração.

No dizer de John P. Humphrey: “Independente da intenção dos redatores da Declaração em 1948, hoje a Declaração é parte do direito costumeiro das nações e é, portanto, vinculante a todos os Estados. A Declaração Universal e os princípios nela enunciados têm sido oficialmente invocados em muitas ocasiões, tanto no âmbito das Nações Unidas, como fora dele” (PIOVESAN 2004, p. 209 e 210).

Como visto, prevalece o entendimento de que a Declaração é válida para todas as nações independentemente de ser signatário ou não por ter se tornado parte do direito costumeiro internacional. A partir desta conclusão e conforme a autora acima referida extrai-se que a proibição à tortura que está expressamente prevista nesta declaração que é consensualmente aceita, assume valor de direito costumeiro internacional ou princípio geral do Direito Internacional aplicando-se a todos os Estados signatários ou não.

Tratando-se especificamente da vedação à prática da tortura, a Declaração Universal dos Direitos Humanos a proíbe de forma expressa em seu Artigo 5º prevendo que “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante”.

A partir dessa previsão, inspiradas na Declaração Universal, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, em seu artigo 7º, bem como a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de dezembro de 1950, em seu artigo 3º, proíbem a tortura com a mesma descrição prevista na Declaração.

No âmbito da proteção dos Direitos Humanos, além do sistema global internacional, surgiram os sistemas regionais de proteção internacional desses mesmos

direitos denominados sistemas Europeu, Africano e Americano. Na região da América, em 22 de novembro de 1969 em São José da Costa Rica, houve a adoção da Convenção Americana dos Direitos Humanos que do mesmo modo dos outros sistemas de proteção prevê em seu artigo 5º, § 2º, a proibição à tortura inclusive nos mesmos dizeres da Declaração Universal e o Pacto dos Direitos civis e Políticos. Insta salientar que o Brasil ratificou essa Convenção em 1992.

3.2. Convenção de Genebra de 1949

Antes mesmo do surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, as Convenções de Genebra de 1949, influenciadas pela convenção de 1864 cujo objetivo era a proteção de vítimas contra a guerra, já previam em alguns de seus artigos a vedação à tortura, bem como estabelecia aos Estados membros a obrigação de incriminar a tortura em sua legislação interna e ainda realizar as devidas investigações e punições aos responsáveis por tal prática.

Por sua vez, o Artigo 7º delimita os crimes contra a humanidade e lista tortura como um crime dessa espécie e ainda traz em seu bojo uma definição de tortura para os fins que a convenção se propõe.

Igualmente, o Artigo 87 (grifo nosso) da mesma convenção revela o tratamento aos prisioneiros de guerra que “são proibidas todas as penas coletivas por atos individuais, castigos corporais, encarceramento em locais não iluminados pela luz do dia, e de maneira geral, toda forma de *tortura* ou de crueldade”.

Embora haja outros artigos no corpo do texto da Convenção que tratam sobre a mesma temática, resta claro pelos artigos supracitados que tal convenção buscou explicitamente vedar a tortura sobre todas as suas formas. Por fim, ressalta-se que a Convenção de Genebra de 1949 foi promulgada pelo Brasil pelo decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957.

3.3. Convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

Outro documento de suma importância é a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que foi adotada pela ONU em 28 de setembro de 1984 e contou com a assinatura de 74 países que até dezembro de 2012 contava com 153 Estados membros tendo como antecedente histórico específico a Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outras penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1975. Frisa-se que em 28 de dezembro de 1989, o Brasil ratificou a Convenção.

Logo em seu primeiro artigo, a Convenção traz uma definição para o que possa ser configurado como tortura:

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de

obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Ainda, conforme analisa PIOVESAN (2004):

205

A definição de tortura envolve, assim, três elementos essenciais: a) a inflição deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais; b) a finalidade do ato (obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação e qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza); c) a vinculação do agente ou responsável, direta ou indiretamente, com o Estado. A gravidade da tortura e o fato de ser considerada crime contra a ordem internacional justifica-se na medida em que sua prática revela a perversidade do Estado, que, de garante de direitos, passa a ter em seus agentes brutais violadores de direitos (PIOVESAN, 2004, p.274).

Observa-se que PIOVESAN (2004) faz uma interessante análise da definição de tortura, elucidando três elementos essenciais. Além disso, nota-se que o conceito de tortura previsto na Convenção, delimita-se a figura dos funcionários do Estado, pessoa que exerça função pública ou até mesmo quem tenha consentimento de algum desses listados, que praticam o ato de tortura.

Outro ponto de suma importância que deve ser ressaltado na referida Convenção, é o disposto no artigo 2º, § 2º, que traz à baila o princípio da inderrogabilidade da proibição de torturar, ou seja, não há possibilidade de abolir a proibição contra a tortura. Outros artigos da presente Convenção complementam o referido princípio, o artigo 3º, § 1º, revela que qualquer Estado Parte está proibido de expulsar, devolver ou extraditar para um Estado em que ela corra perigo de ser submetida à tortura, e o artigo 15 proíbe que a informação obtida mediante a prática da tortura tenha alguma validade de prova, exceto para que seja utilizada como prova para se responsabilizar o torturador.

Outrossim, a despeito da não excepcionalidade a prática da tortura prevista no texto da Convenção, ALBERNAZ (2007) brilhantemente traz à baila importantes pontuações:

É fundamental observar que a convenção, e de resto a própria declaração de 1975, realizam a *priori* um juízo de proporcionalidade, para estabelecer que não há circunstâncias que possa justificar o emprego da tortura, por mais excepcional que seja a situação que, aparentemente, poderia legitimá-la.

O problema recorrente, sobretudo nos momentos de explosão da criminalidade violenta ou de forte instabilidade política ou social. Não é raro que se defenda o emprego da tortura em circunstâncias excepcionais, especialmente em casos de sequestro e de terrorismo, com o argumento de que a violação da integridade física do torturado, causado pela inflição dos suplícios, justificar-se-ia pela necessidade de salvar vidas de outras vítimas.

Esse juízo de proporcionalidade, todavia, já foi previamente realizado pela convenção, que estabeleceu expressamente a inderrogabilidade da proibição de torturar. (ALBERNAZ 2007, p.18-20).

Dessa forma, segundo ALBERNAZ (2007), por certo que para a comunidade das Nações, a tortura é considerada internacionalmente como um crime sendo que esse entendimento tem respaldo no artigo 2º da Declaração sobre a Tortura, segundo o qual os suplícios por ela causados configuram uma afronta à dignidade da pessoa e acabam por negar os objetivos humanitários previstos na Carta das Nações Unidas e inclusive da própria Convenção em questão que a enxerga como um risco aos fundamentos da paz mundial, liberdade e justiça.

Deste modo, por se tratar de um crime internacional, ressalta-se que a própria Convenção (artigos 5º a 8º) obriga aos Estados a investigar e punir imediatamente os casos de tortura que ocorrem em seu território na medida de seu direito interno. Sendo assim, conforme ensinamentos de PIOVESAN (2004), a Convenção estabelece uma jurisdição compulsória e universal para os indivíduos suspeitos de sua prática, compulsória porque obriga os Estados Partes a punir os torturadores independente da nacionalidade da vítima e do torturador, bem como do território em que ocorreu a prática, e universal pelo fato do Estado Parte onde o suspeito se encontra proceder ao seu julgamento ou até mesmo a sua extradição para outro Estado Parte que tenha solicitado, independentemente de acordo prévio bilateral sobre extradição.

Como mencionado anteriormente, a presente Convenção teve como precedente a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, sendo que os dois documentos demonstram de forma latente a preocupação na esfera das Nações Unidas para vedar tal prática. Entretanto, existe uma diferença substancial entre as duas que merece ser destacada, conforme veremos a seguir:

Em geral, a Convenção apenas amplia as questões protetivas tratadas na Declaração, merecendo destaque o seu art.1º, que, diferente do primeiro artigo da Declaração, traz uma fórmula genérica para a finalidade da tortura consistente em qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza. Ademais, exclui as sanções legítimas e lembra que se a lei nacional ou internacional trouxer conceito mais amplo este prevalecerá.

A declaração tem natureza de resolução e traz uma recomendação aos Estados de respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, mas não apresenta instrumentos ou órgãos próprios para torná-la efetiva. Não obstante, o caráter

coativo da Declaração, tornando-a obrigatória, é menor que o da Convenção, notadamente porque a primeira tem uma finalidade genérica e informativa, enquanto que a segunda é mais específica e geralmente traz instrumentos de proteção, merecendo por isso a manifestação individual de cada Estado-parte, tornando-se signatário (GARCIA, LAZARI, 2015, p.178).

Por fim, uma das mais importantes construções derivadas da Convenção, é a criação do Comitê contra a Tortura no âmbito das Nações Unidas, previsto entre os artigos 17 e 24. Em suma, o Comitê examina e pode manifestar opiniões sobre relatórios encaminhados pelos Estados Partes ao Secretário Geral das Nações Unidas, com posterior apresentação de medidas adotadas no cumprimento das obrigações assumidas por força da Convenção, podendo tais relatórios serem acessados por todos os demais Estados Partes. Ainda, o Comitê deve avaliar se as informações são fidedignas e se possuem boa fundamentação e posteriormente evoca a colaboração do Estado para cooperar com as investigações, podendo indicar vários membros para proceder à investigação e ao final se analisará as conclusões informando posteriormente o Estado em questão, juntamente possíveis sugestões pertinentes a situação.

3.4. Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura

Como dito anteriormente no tópico 3.1, os Direitos Humanos Fundamentais contam com sistemas globais de proteção, bem como com sistemas regionais de proteção que possuem um sistema normativo específico para atender a realidade de determinada região e ainda complementa os sistemas globais. Em especial sobre a prevenção e punição da tortura, no sistema regional Americano de proteção, assim como no sistema de proteção global, adotou-se em 09 de dezembro de 1985, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989.

No mesmo sentido da Convenção trabalhada no tópico anterior, a presente Convenção traz em seu bojo, mais precisamente no seu artigo 5º, o estado de vedação absoluta à tortura:

Não se invocará, nem se admitirá como justificativa do delito da tortura, a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou de emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas. Nem a periculosidade do detido ou do condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

Diante disso, percebe-se que a presente Convenção também abarca o princípio da inderrogabilidade da proibição de torturar e deixa explícito tal como na Convenção da

ONU, que não existe motivo que por mais relevante ou logicamente plausível possa parecer que admita a prática dos suplícios da tortura.

Da mesma forma, bem como na Convenção da ONU, ela adota o princípio da jurisdição Universal e Compulsória ao obrigar o Estado Parte a investigar e incriminar nos ditames de seu direito interno nos casos de tortura, bem como cominar penas mais severas no intuito de coibir a incidência de novos casos.

Por fim, porém não menos importante, a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 22 de novembro de 1969 em São José da Costa Rica, que fixa parâmetros mínimos de proteção de direitos, prevê em seu artigo 5º, § 2º, que o direito de não ser submetido à tortura é assegurado a todos os indivíduos não se admitindo nenhuma exceção nesse sentido, a proteção da integridade pessoal é de caráter geral. Isto posto, chega-se a conclusão de que ninguém, nem mesmo um terrorista, sequestrador ou pior pessoa que seja, ficaria excluído dessa garantia prevista na Convenção e por exclusão lógica, nenhuma legislação ou até mesmo intenção no sentido de relativizar tal garantia, não teria nenhuma validade jurídica e seria de certa forma irracional por confrontar diretamente um documento internacionalmente aceito e defendido.

3.5. Ordenamento jurídico brasileiro e a tortura

Consoante com os documentos trabalhados anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro caminha no sentido da proibição da tortura, como não podia ser diferente, e reserva em várias legislações a discussão dessa matéria.

Além disso, também conforme abordado nos tópicos anteriores, o Brasil, mesmo que com certa letargia, restou por aderir aos Tratados e Convenções internacionais e regionais contra a tortura e internalizou em seu ordenamento muitas de suas disposições. Reflexo disto é a primeira definição de tortura abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro que buscou na integralidade do artigo 2º da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura à sua fonte primária.

Logo de início, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece em alguns incisos em seu artigo 5º, artigo esse que trata das garantias e direitos fundamentais que cada cidadão dispõe, tratamentos especiais acerca da matéria da vedação e prevenção à prática da tortura, em especial no inciso III, prevendo que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

Apesar das Convenções e Tratados citados, cujo Brasil é signatário, bem como a própria Constituição Federal trazerem no corpo de seus textos legais a proibição da tortura, resta claro que não existe uma sanção, ou até mesmo a previsão de um tipo legal vedando tal prática. Os documentos internacionais já trabalhados, como já dito, incubem aos Estados-partes o dever de investigar e punir os casos práticos que ocorrerem em seu território, sendo assim, também fica implícito o dever do Estado de criar um aparato jurídico interno que seja capaz de coibir e ao mesmo tempo punir de forma eficiente.

Diante disso, o ordenamento jurídico brasileiro tipificou criminalmente a prática da tortura com o surgimento da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, nas seguintes definições:

Art. 1º. Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

a) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

§ 1º. Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança, a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

[...]

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

[...]

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003);

[...]

Insta salientar que a lei supracitada não foi a primeira a instituir o crime de tortura no ordenamento brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em verdade, foi o primeiro a prever o crime em seu artigo 233. Porém, o referido artigo foi revogado com o advento da própria lei que define os crimes de tortura, sendo que a previsão de tal prática contra crianças e adolescentes passou a estar prevista na novel Lei como uma causa de aumento.

Outra importante legislação presente no ordenamento jurídico brasileiro que trata a respeito da tortura é a Lei nº 12.857, de agosto de 2013 que dentre outras coisas instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, que conforme o artigo 1º tem por objetivo o fortalecimento à prevenção e o combate à tortura, por meio de articulação e atuação cooperativa de seus integrantes, dentre outras formas, permitindo as trocas de informações e o intercâmbio de boas práticas.

Por fim, sobre a previsão da tortura no ordenamento jurídico brasileiro, nota-se que, assim como afirma SALOMÃO; CALEGARI (2012), tanto a nível Constitucional como infraconstitucional, com a definição da prática da tortura como tipo legal penal, resta claro a aversão que o Estado Brasileiro impõe a este ato. Igualmente, a partir do disposto acima, somado aos tratados aos quais o Brasil é signatário, percebe-se a seriedade que o país dá

ao tratamento desta matéria, bem como sua considerável proteção para investigar, prevenir e punir a tortura.

4. Artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 frente à característica da relatividade dos direitos e garantias fundamentais

Conforme visto no tópico anterior, o ordenamento jurídico brasileiro está respaldado por um conjunto robusto de instrumentos normativos a fim de vedar a prática da tortura. Neste tópico, será analisado de forma mais profunda a vedação prevista no artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 frente a uma das características dos Direitos e Garantias Fundamentais que é a relatividade.

210

O inciso III do artigo 5º da Constituição Federal, prevê que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. O referido inciso, bem como o próprio artigo 5º e os seus demais incisos, estão situados no Título II da Carta Maior que se reserva a tratar a despeito dos direitos e garantias fundamentais.

Posto isto, justifica-se o estudo acerca de alguns pontos dos Direitos e Garantias Fundamentais. Primeiramente, apesar da Lei não ter distinguido a terminologia em si, entende-se que há uma diferença substancial entre os dois termos. Os Direitos Fundamentais são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal que consagram disposições meramente declaratórias, imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, ao passo que as Garantias Fundamentais são ferramentas jurídicas por meio das quais direitos se exercem, com disposições assecuratórias, limitando os poderes do Estado.

Além disso, os direitos e garantias, além de fundamentais, possuem uma série de características em comum, e a mais relevante para este capítulo, é a que eles são em regra *relativos ou limitados*, ou seja, todos os direitos e garantias fundamentais não são exercidos de forma absoluta e irrestrita.

A respeito da característica da relatividade, que é o cerne da problemática deste capítulo, cabe destacar os ensinamentos de BULOS (2012) acerca da matéria, senão vejamos:

Os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, e não absolutos. Este é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Embasado no *princípio da convivência entre as liberdades*, a Corte concluiu que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem *limitações* de ordem ético-jurídica. Essas limitações visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas.

O que se busca é evitar o arbítrio por parte do Estado, jamais fomentar praxes jurídicas antijurídicas, como reconheceu o Superior Tribunal de Justiça. [...]

[...] Significa dizer que existem parâmetros para o exercício de qualquer liberdade pública. [...]

A relatividade dos direitos fundamentais é, em grande parte, um problema de interpretação. Cada caso é único. Não é preciso sacrificar um direito fundamental em relação ao outro; basta que se reduza, proporcionalmente, o âmbito de alcance dos interesses em disputa, mediante a *técnica da ponderação de valores* (BULOS, 2012, p. 530).

Sendo assim, após os entendimentos sobre a característica da relatividade, lança-se o seguinte questionamento: posto que esta seja uma das características dos direitos e garantias fundamentais, e por certo que o inciso III do artigo 5º está contemplado neste rol, seria possível relativizar tal vedação à prática da tortura prevista neste inciso e como consequência considerar que a proibição da prática não seria absoluta? Por exemplo, frente a situações como a do Cenário da Bomba-Relógio trabalhada anteriormente, que visam questionar a vedação absoluta à tortura, poderíamos reconhecê-la já que a vedação presente na constituição seria relativa?

O questionamento acima construído, em uma análise em nível constitucional, torna-se pertinente em vista da própria característica da relatividade que em tese poderia ser considerada uma brecha para contrariar o disposto no inciso III e neste caso poderia ser admitido situações de prática de tortura ou até mesmo tratamento desumano ou degradante. Entretanto, existem na doutrina posicionamentos que consideram que apesar dos direitos e garantias fundamentais serem relativos, existe uma exceção a essa regra, que é justamente a proibição da prática da tortura. Neste sentido, BULOS (2012), considera que a vedação de tal ato é absoluta e não admite exceções:

Inegavelmente, há situações em que um direito ou garantia fundamental é absoluto devendo ser exercido de maneira irrestrita. É o caso da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante. Aqui não existe relatividade alguma. O marginal, assaltante, sequestrador, meliante, corrupto ou “monstro” da pior estirpe não pode ser torturado com o uso de expedientes psíquicos ou materiais. Aqui o inciso III do art.5º da Carta Maior consagra, sim, uma garantia ilimitada e absoluta. Do contrário, fulminar-se-ia o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), fomentando-se a cultura do “olho por olho, dente por dente”. (BULOS, 2012, p. 531).

Igualmente, BOBBIO (2004) afirma que o direito a não ser torturado, bem como o de não ser escravizado, são os únicos no rol dos direitos absolutos que não há situações que os justifiquem, senão vejamos:

[...] Entendo por “valor absoluto” o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito

raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. [...] O direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada. Prova disso é que, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ambos direitos são explicitamente excluídos da suspensão da tutela que atinge todos os demais direitos em caso de guerra ou de outro perigo público [...] (cf. art. 15 § 2). (BOBBIO, 2004, p.14-24).

Como visto, apesar de em um primeiro momento em uma construção simplesmente pura e lógica da característica da relatividade frente ao inciso III do artigo 5º da Constituição Federal, poder-se-ia pensar que em relação à proibição da prática da tortura haveria uma possibilidade de situações excepcionais que permitiriam tal ato, até mesmo em nome ou para garantir outros Direitos e Garantias Fundamentais. Porém, tal raciocínio não pode ter como resposta simples de permissão somente levando em consideração essa característica, outros fatores, conforme explicado pelos autores citados acima, devem fazer parte na análise deste questionamento, sendo possível considerar tal vedação como um dos únicos direitos que tem caráter absoluto ante a sua gravidade.

5. Desconstrução do cenário da bomba-relógio

Como vimos nos tópicos anteriores, a prática da tortura é maciçamente vedada por um aparato robusto de arcabouços jurídicos em âmbito nacional, regional e também no caso do Direito brasileiro, além disso, parece suficientemente claro que também não são admitidas exceções a esse disposto.

Entretanto, teorias como a do Cenário da Bomba-Relógio investem esforços em questionar essa vedação absoluta da tortura com argumentos pertinentes, bem como em um caráter de excepcionalidade. Desta forma, tais argumentos e pressupostos defendidos pela teoria carecem de discussão mais profunda e até mesmo em caráter jusfilosófico e não só num aspecto legal, para que os defensores da vedação à prática da tortura tenham convicção em sua defesa.

Logo, é importante ressaltar o que a *Association for the Prevention of Torture* (2007, p. 4)⁶ apresenta como pressupostos da teoria do Cenário da Bomba-Relógio em uma forma sem variações, quais sejam:

- a) sabe-se que há um plano de ataque específico;
- b) o ataque acontecerá em um prazo muito curto (é eminente);
- c) o ataque matará um grande número de pessoas;

⁶ Tradução nossa.

- d) a pessoa sob custódia está envolvida no ataque;
- e) a pessoa tem informações que impedirão o ataque;
- f) torturando a pessoa se obterá a tempo informações para evitar o ataque;
- g) não há outro meio de conseguir as informações a tempo;
- h) nenhuma outra ação poderia ser tomada para evitar o ataque,
- i) a motivação do torturador é apenas conseguir informações com a genuína intenção de salvar vidas;
- j) esta é uma situação isolada que não se repetirá com frequência.

As premissas ora apresentadas possuem contrapontos interessantes, que segundo os seus críticos, são capazes de refutá-las e demonstrar que em verdade a ideia de excepcionalidade da aplicação da tortura trazida pela teoria é muito mais ampla e trata-se de uma verdadeira regra.

Partindo para a análise das premissas, quanto às elucidadas nos itens *i* e *ii*, a teoria do Cenário da Bomba-Relógio apresenta a prática da tortura como uma situação excepcional, e, portanto, como tem caráter de exceção, a precisão é um fato essencial, porém da forma como é apresentada no item *i*, não há uma precisão de quão eminente seria o ataque a ponto de se permitir a tortura. Além disso, outro fator importante seria a distância no tempo dos ataques que devem ser suficientes para que algo seja feito para impedi-los, pois se forem imediatos nem mesmo a tortura seria eficiente, e caso sejam futuros, seria possível a utilização de outros métodos como a evacuação de pessoas ou até métodos humanitários de interrogatório. Do mesmo modo, quanto ao item *iii*, vale o mesmo raciocínio elaborado, como se trata de uma exceção, a precisão se torna essencial, ou seja, quantas vidas devem estar em perigo para se justificar a tortura? Centenas de milhares ou apenas uma já seria suficiente? Logo, tal premissa não atende a esses questionamentos.

Seguindo a análise, quanto aos itens *iv* e *v*, critica-se a provável impossibilidade de prever que a pessoa a ser torturada é a responsável pelo ataque que vai acontecer, bem como se ela dispõe de informações relevantes para que o ataque seja desarticulado. A certeza de tais informações ocorre tão somente nos filmes, em que se sabe quem é o bandido e o que ele realmente sabe. Essa situação merece extrema atenção, visto que pode ocorrer a maior das aberrações, que seria a figura de um terceiro, alheio à situação, que seja capturado e torturado sob a suspeita de participar dos ataques ou até mesmo de integrar grupos terroristas, e ao final descobrir-se-ia que um inocente foi torturado em vão. Se a presente situação for admitida, corre-se o risco de se permitir que pessoas alheias ao ataque, como parentes, amigos, cônjuge do suposto terrorista, possam ser torturados com intuito de obter informações. Se o disposto for aceito pelos seus defensores, cai-se por terra qualquer argumento de que a prática da tortura seria restrita e abre-se o leque de possíveis cenários desta prática.

O item *vi*, é alvo de críticas contundentes. Em primeiro lugar, esta premissa defende que torturando a pessoa se obterá a tempo informações para se evitar o ataque, porém ocorre que se o indivíduo que se está a torturar for mesmo um terrorista, por certo que o ele teria condições de enganar as autoridades por tempo suficiente para a execução do atentado e até mesmo passar informações errôneas para os torturadores com essa

finalidade, demonstrando-se assim que a tortura não é tão eficaz quanto parece para evitar o ataque.

Outrossim, terroristas que se engajam em realizar tais ataques, quase sempre são pessoas treinadas para esta finalidade e também para suportar o máximo possível situações como estas, e em muitas vezes com a capacidade de ceder a própria vida à causa, ou seja, a tortura não é um “passe de mágica” que assim que iniciada surtiria seus efeitos, nesta situação levaria horas para que alguma informação relevante fosse extraída, caso fosse, e em decorrência disto, não haveria tempo hábil para evitar o ataque. Por fim, em consequência desta premissa, ter-se-ia uma situação totalmente ultrajante que seria a criação e institucionalização de uma classe profissional de torturadores com técnicas apuradas e instrumentos de tortura, ou seja, haveria um verdadeiro “esquadrão da tortura”. Não é necessário dizer o quão sombrio seria admitir uma situação dessas, bem como os riscos que causariam para a democracia e as liberdades individuais. Seria ilógico o Estado aplicar recursos para manter uma classe como esta, do que investir este mesmo recurso em medidas preventivas contra o terrorismo.

Quanto aos itens *vii* e *viii*, a ideia de que não haveria outro meio de obter informações a tempo, se revela temerária segundo os seus críticos, uma vez que para se chegar a um suposto terrorista, provavelmente houve uma investigação com utilização de instrumentos da inteligência policial, sendo assim poder-se-ia obter informações por outros meios senão a tortura, por exemplo, por meios de escutas telefônicas, métodos de interrogatório humanitário, mandados de busca, ou até por meio de acesso ao plano de ataque.

Em relação ao item *ix*, a teoria defende que o único intuito da utilização da prática da tortura seria a obtenção de informações relevantes para se evitar o ataque terrorista, e assim que esta informação fosse obtida, tal prática cessaria imediatamente. Porém, ocorre que, no mundo real, a própria natureza da tortura é corruptível e existe uma linha tênue entre torturar para obter informações, e torturar por outras razões, tais como: raiva, vingança, punição ou até mesmo sadismo. Há um risco elevado de que a tortura fuja do controle e que mesmo depois de obtida a informação, ou até mesmo que a informação não seja revelada, a tortura chegue à consequência extrema da morte do torturado.

Por fim, o item *x* questiona a afirmação de que a prática da tortura nestas situações seria feita de forma excepcional e em situações isoladas, ou seja, não aconteceria com frequência. Porém, uma vez permitida o uso da tortura para esse fim, por meio de autorização legal, ou até mesmo se após o ocorrido houvesse uma imunidade jurídica aos torturadores, ocorreria inevitavelmente um precedente para outras situações análogas, com uma maior disseminação de sua aplicação, o que seria uma aberração para qualquer Estado que defende e protege os direitos humanos abarcar tal ideia em seu ordenamento jurídico. Ademais, pensar que na hipótese do Cenário da Bomba-Relógio seria de difícil ocorrência, não faz sentido alterar o sistema jurídico legal dos Estados para permitir a tortura nos casos do Cenário, seria inviável, além de ser um risco para qualquer Estado democrático de Direito disseminar a prática da tortura.

Um ponto ressaltado nas explicações acima é a de que a teoria do Cenário da Bomba-Relógio se apresentaria como uma exceção à regra da proibição absoluta de vedação à prática da tortura, o que de certa forma é rechaçada pelos seus críticos. A questão da exceção e regra dever ser vista de uma forma jusfilosófica para eximir qualquer dúvida acerca da não admissão da tortura sob qualquer aspecto. Neste sentido, ensina GRECO (2009):

(...) em uma argumentação moral ou jurídica, inexistem aspectos que só valem excepcionalmente. Todo aspecto relevante, isto é, todo aspecto ao qual se atribui relevância moral diante de algum problema conserva essa relevância frente a qualquer outro problema equivalente. Dito com outras palavras: no mundo da argumentação moral e jurídica, não existem exceções, entendidas estas como aspectos que somente têm relevância setorial ou *ad hoc*. Toda exceção expressa uma regra que lhe serve de base, uma regra que regula, justamente, o que se deve fazer no caso da exceção. Infelizmente, esta regra nem sempre é formulada de maneira explícita, mas ela sempre poderá ser extraída dos argumentos com que se sustenta a exceção, e isso por considerações que aqui não precisam ser discutidas em profundidade (GRECO, 2009, p.243).

Assim sendo, se depreende que os casos de *tickin time bombs* não são possíveis de serem admitidos como uma exceção, a exceção funciona na verdade como uma regra que regula a si própria e servirá de base em outras situações análogas. Como dito por GRECO (2009), nem sempre essas regras que justificam as exceções são explícitas, e no caso da teoria, a exceção à proibição da tortura não é diferente.

Além disto, a *regra da decadência* e a *regra dos custos*, se apresentam como as duas justificações implícitas à exceção da proibição da tortura. Entretanto, em decorrência do raciocínio apresentado, ambas as regras se mostram incompatíveis com as regras fundamentais do Direito. Quanto à *regra da decadência* que traz uma ideia de que os direitos humanos e até mesmo a dignidade poderia ser alienada dependendo do comportamento do agente, esta se choca com a realidade de que os direitos à dignidade da pessoa são inerentes ao indivíduo e não são passíveis de perda sobre qualquer circunstância, mesmo se tratando de criminosos da pior estirpe. Quanto à regra dos custos, que disciplina que seria possível a violação da dignidade de um indivíduo em detrimento da vontade da maioria ou até mesmo diante de uma situação a qual a garantia da dignidade de um indivíduo poderia ser violada por causar um grande custo aos demais, também se choca diretamente com o entendimento da dignidade da pessoa humana, que é indisponível e não está à mercê das demais pessoas e tão pouco do Estado.

Insta salientar que, conforme explicado anteriormente, ambas as regras não podem ser admitidas para legitimar a tortura unicamente para os casos do Cenário da Bomba-Relógio.

Diante do exposto neste capítulo, percebe-se que a teoria do Cenário da Bomba-Relógio possui pressupostos e argumentos bastante contundentes que levam à discussão sobre a possibilidade da permissão da prática da tortura a outro patamar. Contudo, apesar da teoria ser pertinente e difundida mundialmente, sua intenção não deve prevalecer.

Primeiramente, em vista de todo aparato legal no âmbito internacional e nacional, tais como Tratados e Convenções Internacionais contra a tortura, leis internas que vedam e criminalizam a tortura e ainda a ideia da proteção da dignidade da pessoa humana sob todos os aspectos, o disposto na Teoria não tem espaço e não pode persistir sob nenhuma circunstância nem mesmo de forma excepcional como ela mesmo defende.

Igualmente, sob o prisma das premissas apresentadas pela Teoria, apesar de se apresentarem de forma específica e defender que a tortura ocorreria somente nos casos

de *tickin time bombs* e na forma por ela determinada, em verdade conforme acima esclarecido, elas se apresentam como ideias falaciosas que buscam uma forma de relativizar a vedação absoluta da tortura como um todo e até mesmo uma forma de isentar os torturadores de eventuais sanções. Ainda assim, conforme explicado anteriormente a despeito das regras e exceções, também não prevalece os argumentos da *regra da decadência* e tão pouco a *regra dos custos* ao passo que chocam com as regras constitutivas e fundamentais para a compreensão tradicional do Direito.

Por tudo exposto, resta claro que os casos de *tickin time bombs* sob todas as suas formas devem ser combatidos e que a vedação absoluta à tortura deve ser mantida de forma absoluta, outras teorias podem surgir e até mesmo ganhar mais adeptos, porém a resposta a esse questionamento sempre deve ser não.

6. Conclusão

A tortura quase sempre esteve no contexto das sociedades e foi vista sob vários prismas com o decorrer da evolução histórica, desde a sua permissão pelo Estado e até ter sido utilizada como instrumento de punição pela própria igreja, também foi instrumento utilizado na colonização e principalmente contra os escravos, bem como foi maciçamente utilizada por quase todos os regimes totalitaristas e ditatoriais, até que por fim, caiu em descrédito perante as sociedades modernas, visto o tamanho das sequelas deixadas pelos seus defensores e também por uma mudança de mentalidade em que se passou a construir e garantir a dignidade da pessoa humana conforme faz prova os diversos Tratados e Convenções Internacionais vedando a sua prática.

Por certo que a visão moderna sobre o tema é a primeira vista de negar qualquer hipótese a sua ocorrência em qualquer circunstância, porém mesmo em descrédito a tortura não caiu em desuso e infelizmente existem em quase todo Estado notícias de sua utilização. Além disso, em um raciocínio histórico, o Estado que era o único causador dos males aos seus tutelados, como um Leviatã, numa visão *hobbesiana*, passou ter a concorrência nesse sentido de particulares, mais precisamente grupos terroristas que em vários momentos históricos assombrou diversas sociedades por diversos motivos. Em vista disto e aos demais males que assombram a sociedade, como a própria criminalidade, surgem nos tempos atuais teorias como a do Cenário da Bomba-Relógio com o intuito de relativizar a vedação absoluta à prática e que com a propaganda feita e as falácias por ela lançadas acaba por receber novos adeptos.

Mesmo travestida de boa intenção, teorias como esta devem ser rechaçadas de forma unânime, visto que por mais que prometam algo delimitado em seu âmbito, buscam uma forma de encontrar uma brecha na vedação absoluta que existe contra a prática da tortura a situações desumanas e degradantes. É ilusão pensar que seja possível delimitar situações em que a tortura será utilizada e também quem será seu destinatário, sua autorização acaba por transformar aquilo que era uma exceção em regra.

Outrossim, resta claro que é um dever de todos os Estados garantir a dignidade da pessoa humana independente de ser signatários de Tratados ou não conforme se depreende da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Consuetudinário.

Por todas as razões ora expostas e apresentadas no decorrer do trabalho, a conclusão não pode ser outra a não ser que a tortura deve ser proibida em qualquer circunstância e tal vedação deve-se manter de forma absoluta, como um tabu absoluto, e que diante dos enfrentamentos de situação como o Cenário da Bomba-Relógio, o consciente coletivo possa se manter unísono em defender a vedação absoluta da tortura. Enfim, como escreveu Beccaria, “a tortura é uma forma de terror, pelo qual se exige que um bom homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, enquanto a dor se torna o cadinho da verdade, como se o critério desta redisse nos músculos e na fibra de um miserável”.

7. Referências bibliográficas

ALBERNAZ, Flávio Boechat. **Os tratados internacionais contra a tortura e o direito penal brasileiro**. Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo: 2007

ASSOCIATION FOR THE PREVENCIÓN OF TORTURE. Defusing the ticking bomb scenario: why we must to say to torture always. **Association for the Prevention of Torture**, Switzerland, 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/VAPtwy>>. Acesso em: 28 maio 2016.

BOBBIO, Norberto. Presente e futuro dos direitos do homem. In: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANKENBERG, Gunther. Torture and taboo: an essay comparing paradigms of organized cruelty, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 56, 2008.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GRECO, Luís. A regra por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba relógio”. **Revista Jurídica**, Curitiba, n. 23, Temática n. 7. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/95/71>> Acesso em: 28 maio 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional. In: **Precedentes históricos do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO, Saulo Salvador; CALLEGARI, André Luis. **A exclusão da ilicitude do torturador de terceiro possuidor de informação num cenário de *tickin time bomb***. In: III Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2012. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCRS. Disponível em: Acesso em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III.html>>. 26 maio 2016.

SILVA DIAS, Augusto. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 71, p. 235-276, jan./abr. 2012.

Conflitos entre o direito à privacidade e à liberdade de informação e a consequente responsabilização civil em caso de violação pelas empresas de jornalismo

*Fernando Antônio dos Santos*¹

*Maria Conceição Martins Ferreira Castro*²

218

Resumo: No presente trabalho demonstraremos limites entre o direito à privacidade e a liberdade de informação e o consequente dano moral em caso de violação. O trabalho se justifica pela importância da preservação do direito à privacidade em relação às prerrogativas das empresas jornalísticas que utilizam o direito de manifestação, expressão e informação, quando essas ultrapassam os limites de informar, violando assim, os direitos da personalidade. Apresentaremos também a responsabilidade civil, sua caracterização, as formas de provas do dano e a conduta das empresas de jornalismo; e quando cabe a reparação dos danos morais que surgem a partir da violação do direito individuais, em especial o direito à privacidade em relação aos direitos de informar de ser informado pelas empresas de jornalismo, direitos esses previstos nos artigos 5º, X e 220 da Constituição Federal de 1988. O método utilizado foi indutivo, baseado em leis, jurisprudências e doutrinas, fundamentado na origem da matéria e a sua existência na sociedade atual. Elucidaremos os meios de ponderação que o judiciário utiliza para determinar qual norma constitucional deverá ser relativizada para determinar se houve ou não a violação aos direitos à privacidade, além do direito de resposta, previsto no artigo 5º, V da Constituição Federal de 1988, como forma de sanção punitiva e reparadora.

Sumário: **Erro! Fonte de referência não encontrada.** Introdução. 2. Princípios constitucionais e direitos da personalidade. 2.1. Do fundamento da dignidade da pessoa humana. 2.2. O princípio da proporcionalidade. 2.3. O princípio da razoabilidade. 2.4. Princípio da supremacia do interesse público. 2.5. Dos direitos da personalidade. 2.5.1. Dos direitos inatos, ilimitados e absolutos. 2.5.2. Dos direitos extrapatrimoniais. 2.5.3. Dos direitos intransmissíveis e indisponíveis. 2.5.4. Dos direitos irrenunciáveis. 2.5.5. Dos direitos imprescritíveis. 2.5.6. Dos direitos impenhoráveis e impropriáveis. 2.5.7. Da vitaliciedade. 3. Direito à inviolabilidade da privacidade. 4. Direito à informação e direito à liberdade de expressão. 5. Limites do direito à liberdade de expressão e a informação perante a inviolabilidade do direito à privacidade. 5.1. A ponderação de bens. 5.1.1. Primeira etapa: identificação dos enunciados normativos. 5.1.2. Segunda etapa: identificação de fatos relevantes. 5.1.3. Terceira etapa: decisão. 6. Da responsabilidade civil das empresas de jornalismo. 7. Do dano moral diante da violação do direito à

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

² Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Advogada. Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

privacidade por empresas de jornalismo e as recentes decisões dos tribunais. 8. Do direito de resposta. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito a Privacidade. Empresas Jornalísticas. Liberdade de Informação. Dano Moral.

1. Introdução

O Direito à Vida Privada, instituída no artigo 5º, X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 está determinada como um bem da vida a ser tutelado pelo direito pátrio.

Os direitos fundamentais, em especial o direito à vida privada ou direito de privacidade foi positivado no final do século XX, com sua origem derivado da Declaração de Independência Americana de 1776 e Revolução Francesa de 1789, porém seu reconhecimento só foi previsto após segunda guerra mundial através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, com o patrocínio da Organização das Nações Unidas. Neste entendimento Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino escreveram:

O valor da Declaração Universal de 1948, que não possui força coercitiva nem mesmo perante os Estados que a ratificaram, pode ser compreendido a partir da constatação de que os direitos ali enumerados passaram a integrar o rol dos direitos fundamentais dos novos textos constitucionais (2012, p. 51).

A positivação dos direitos fundamentais junto com os demais direitos correlatos, em especial o direito de comunicação previsto no artigo 220 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, trouxe ao ordenamento jurídico pátrio a colisão entre eles. Com isso, nenhum deles é absoluto, pois todos foram inseridos na Carta Magna pelo Legislador Constituinte, especialmente para não haver hierarquia formal. Cabe ao Poder Judiciário brasileiro, no caso concreto, o julgamento dos conflitos e possíveis abusos quando existir a violação entre eles.

Assim, questiona-se: Qual o direito deve prevalecer, o da privacidade ou de informação sendo eles todos Constitucionais? De que modo o conhecimento doutrinário consegue estabelecer limites entre os direitos de informar, a liberdade de imprensa sem agredir o direito à vida privada? Quando o direito à privacidade é lesado, que medida judicial podemos utilizar para responsabilizar as empresas jornalísticas?

Esta pesquisa justifica-se por pretender demonstrar a importância da preservação do direito à privacidade em relação à ferocidade das empresas jornalísticas em divulgar informações a qualquer custo em busca de audiência. De um modo geral temos percebido uma constante conscientização dos direitos individuais, principalmente após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948.

O tema é de grande relevância social. Hoje com o advento da Internet e uso em massa das redes sociais, as pessoas, principalmente o brasileiro, têm cada vez mais exposto sua vida privada para um grupo de seguidores como forma de demonstrar status, compartilhar alegrias, demonstrar afetos, e além de outras questões pessoais que desejarem. Porém as empresas jornalísticas com o atributo de informar, utilizam de todos os recursos disponíveis para divulgação de informação sem que tenha sido autorizada ou que a matéria em si seja realmente de interesse social. O direito à vida privada estabelece um campo maior de discussões sobre os direitos fundamentais, pois essas abrangem todos os direitos correlatos tais como a imagem ou a intimidade, porém ainda são poucos os livros que abordam o tema do direito à privacidade de forma específica.

Esta pesquisa tem por base, precisamente, artigos sociológicos, antropológicos, além, evidentemente, dos jurídicos, doutrinas e jurisprudências.

A pesquisa do tipo teórica será baseada em fontes primárias (leis, jurisprudência, atas), bem como fontes secundárias (livros em geral).

O método de abordagem será o indutivo, partindo dos principais aspectos da matéria, a partir de uma apreciação crítica, para se chegar à proposição geral, ou seja, aos conceitos jurídicos.

O método de procedimento será o histórico, com a demonstração da origem da matéria e sua existência na sociedade atual. Devido à ausência de doutrinas pertinente à temática, recorrer-se-á também à análise comparativa, como meio de estabelecer o porquê da necessidade da discussão sobre o direito à vida privada no contexto brasileiro.

No primeiro capítulo teremos uma breve introdução e referencial histórico da origem do direito à privacidade. No segundo capítulo, trataremos apresentação dos princípios constitucionais inerentes ao direito da personalidade e direitos da personalidade que irão nortear o nosso trabalho. No terceiro capítulo, trataremos da inviolabilidade, da privacidade como parâmetro a ser respeitado por todos. No quarto capítulo falaremos do direito à informação e direito à liberdade de Expressão e seus aspectos constitucionais e a diferenciação entre o direito de informar e de ser informado. No Quinto capítulo: trataremos os limites do direito à liberdade de expressão e a informação perante a inviolabilidade do direito à privacidade, o critério de ponderação de bens para solucionar o caso concreto. O sexto capítulo versará sobre a responsabilidade civil das empresas de jornalismo e as recentes decisões dos tribunais, abordando o dano moral e seus desdobramentos. No sétimo capítulo, exposição do direito de resposta como forma de reparação das informações divulgadas, cumulativamente com os danos morais e materiais. No oitavo capítulo tecemos nossa conclusão e no nono e último capítulo as referências bibliográficas utilizadas para desenvolvimento do trabalho.

2. Princípios constitucionais e direitos da personalidade

Os direitos fundamentais estão vinculados a princípios que de forma geral são o ponto de partida para análise jurídica. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como:

...mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas

compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (2013, p. 974-975).

Dentre os princípios destacamos como relevantes para nortear o nosso trabalho: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; O Princípio da Proporcionalidade; O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Supremacia do Interesse Público os quais serão utilizadas como fonte de estudos a seguir.

2.1. Do fundamento da dignidade da pessoa humana

É um dos mais importantes e mais amplos do nosso ordenamento jurídico, pois envolve todas as relações humanas. A Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil e conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. É o que dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal: “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”. Neste contexto afirma Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes (2012, p. 94).

A dignidade da pessoa humana ao qual se reporta a ideia democrática de direito Constitucional, é elencado como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, por isso tornou-se o referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Neste entendimento, o ser humano não pode mais ser tratado como simples objeto, tendo todas as normas jurídicas que respeitar este princípio, pois se trata de todas as prerrogativas vinculadas ao indivíduo.

2.2. O princípio da proporcionalidade

Este Princípio é o que abrange a adequação, a necessidade e proporcionalidade; em sentido estrito estabelecem condições de preponderância, de gravidade dos fatos, o quanto foi avariado ou sobreposto entre um e outro e servirá como fator de equilíbrio. Neste sentido a decisão abaixo:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. USO INDEVIDO E DESAUTORIZADO DE NOME E IMAGEM POR JORNAL. ÔNUS DA PROVA. CONDUTA ILÍCITA, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE CARACTERIZADOS. DEVER DE INDENIZAR. EXISTENCIA. MONTANTE. PARAMÊTROS. RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO. (TJ-MG - Apelação Cível AC 10433110213744001 MG (TJ-MG) Data de publicação: 02/07/2013).

A proporcionalidade em sentido estrito tem sentido fundamental na aplicação das sanções. Desse modo, a gravidade da sanção deve ser equivalente à gravidade da infração praticada. O princípio da proporcionalidade é considerado um adicional em relação ao princípio da razoabilidade.

2.3. O princípio da razoabilidade

Neste princípio serão avaliados os fatores de necessidade, proporcionalidade e possibilidade diante dos fatos concretos para discernimento e compatibilidade. Vejamos a decisão neste sentido:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA VEICULADA EM JORNAL. SÚMULA 221/STJ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANO MORAL 'IN RE IPSA" CONFIGURADO. ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. TR. NÃO APLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RR - Apelação Cível AC 010127074135 (TJ-RR) Publicação: 02/10/2014).

De acordo com esse princípio a forma como os meios de comunicação abordam a informação devem ser responsáveis para evitar abusos desnecessários, ou seja, com lesão a direitos fundamentais. Essa responsabilidade deve ser aferida por padrões comuns dentro de nossa sociedade, diante do caso concreto e não da simples interpretação literal da lei. A ponderação admitida corresponde ao que no Direito Civil Brasileiro aceita como valores atribuídos ao homem médio.

Lúcia Valle Figueiredo “traduz o princípio da razoabilidade como a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração” (2004, p. 50).

2.4. Princípio da supremacia do interesse público

O Princípio da Supremacia do Interesse Público, vinculado à administração pública, determina a prevalência do interesse coletivo em face do interesse individual. Esse princípio estabelece os limites entre o que é de interesse da coletividade em detrimento ao direito individual, e quando o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado, sempre observando a legalidade.

A expressão interesse público, em sua amplitude abrange tanto os interesses coletivos, quanto aos interesses difusos, dispersos na sociedade. Para Motauri Ciocchetti de Souza, os interesses coletivos possuem as seguintes características:

Assim, são peculiares aos interesses coletivos a determinabilidade dos sujeitos – que formam uma unidade (grupo, categoria ou classe) –, a indivisibilidade do objeto e a existência de um vínculo jurídico ligando os integrantes do grupo entre si ou com a parte contrária (apud GOMES, 2012, p. 49).

Dessa forma os interesses coletivos são transindividuais, de natureza indivisível os quais pertencem a um grupo, categoria ou classes de pessoas ligadas entre si ou que tenham ligações por base jurídicas contrárias.

Da mesma forma, Motauri Ciocchetti de Souza elenca as seguintes características atribuíveis aos interesses difusos:

Do conceito podemos extrair as principais características dos interesses difusos: a indeterminabilidade dos sujeitos; a indivisibilidade do objeto e a existência de um vínculo fático ligando as pessoas indetermináveis entre si (apud GOMES, 2012, p. 49).

Os interesses difusos constituem um vínculo de legitimidade para que os meios de comunicação, na defesa de tais interesses, tenham legitimidade para divulgação de notícias para a coletividade, sem público determinado.

Assim, pode-se dizer que, em termos contemporâneos, tendo em vista inclusive o inexorável processo de globalização o interesse público resulta da somatória, nem sempre visível, entre interesses coletivos e interesses difusos presentes na sociedade.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência tem aplicado o princípio da supremacia do interesse público, conforme demonstra o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO. PEDIDO DE REMOÇÃO PARA COMARCA PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. SITUAÇÃO INADEQUADA À LEGISLAÇÃO PERTINENTE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. 1. Hipótese em que o impetrante pleiteia a remoção da Comarca de Pedreiras/MA para a Comarca de

Timon/MA, sob o argumento de que a proteção da família deve se sobrepor a quaisquer outros interesses ou conveniências da Administração. 2. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, consagra o princípio da proteção à família como base da sociedade brasileira e dever do Estado. 3. Contudo, a tutela à família não é absoluta. Para que seja deferido o deslocamento do servidor pelo Judiciário, nos casos em que a pretensão for negada pela Administração, ele tem de comprovar que sua situação se subsume a uma das hipóteses taxativamente previstas para concessão do benefício quando inexistente interesse administrativo no ato. 4. (...) 5. A jurisprudência do STJ é rigorosa ao afirmar que a remoção requerida pelo recorrente para acompanhar cônjuge é ato discricionário, embasado sob os critérios de conveniência e oportunidade, em que prevalece a supremacia do interesse público sobre o privado. (RMS 31.948-MA – Rel. Min. Herman Benjamin – j. em 5-8-2010).

Desse modo, sobretudo na sociedade atual, em que os interesses e as atividades econômicas privadas possuem enorme representatividade social, pode-se considerar o interesse público e a sua satisfação como a maior razão de existência do Estado. Porém a supremacia do interesse público, no entanto, não significa que os meios de comunicação possam sobrepor abusivamente aos direitos dos individuais, visto que a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, X, prevê que são invioláveis à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Os princípios elencados acima, em suma, subsidiarão os limites dos direitos e serão determinantes na avaliação dos conflitos, pois serão com base neles que poderemos analisar o caso concreto.

2.5. Dos direitos da personalidade

O Título II da Constituição Federal de 1988, sob o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, traça as prerrogativas que garante uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas e também fundamentais ao ser humano, pois sem elas, o indivíduo não pode atingir sua plenitude. Não podemos esquecer a vital importância do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 para o nosso ordenamento jurídico, ao consagrar as “cláusulas pétreas”, para esses direitos fundamentais.

Maria Helena Diniz, define direitos da personalidade como:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas de um corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e sua

integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social) (2015, p. 135).

Os direitos da personalidade são estudados sob a ótica do direito privado, considerados como a garantia mínima da pessoa humana, estabelecendo condutas negativas da coletividade, como por exemplo, a obrigação de não fazer, isto é, não violar a personalidade de outrem.

As liberdades públicas funcionam a partir de garantias constitucionais impondo condutas positivas ao Estado para que estejam assegurados os direitos da personalidade. As liberdades públicas surgem quando o estado consagra os direitos individuais ou fundamentais.

Os Direitos da Personalidade na concepção Civil-Constitucional, são considerados como uma das modificações mais importantes do Código Civil de 2002, eles trazem ao Ordenamento Jurídico a proteção de preceitos importantes do ser humano, como seu nome, imagem, honra, privacidade entre outros.

Direitos tidos como invioláveis, irrenunciáveis, inalienáveis, levam-se em consideração o próprio ser, os seus aspectos psíquicos, físicos, morais. Estão elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e também no Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade do Código Civil Brasileiro, em especial os artigos 12, “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” e 21, “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Estes direitos não estão dispostos em rol taxativo, uma vez que são direitos ligados à própria pessoa, no seu intelecto, seu físico e podem ser evidenciados em todo o ordenamento jurídico pátrio, pois evoluem com o passar do tempo, seguindo a nossa evolução social, cultural. A partir dessas características destacaremos no próximo item esses aspectos.

2.5.1. Dos direitos inatos, ilimitados e absolutos

Os Direitos Inatos são aqueles que pertencem ao ser humano desde seu nascimento, ou seja, são adquiridos a partir do momento em que existe vida humana.

Os Direitos da Personalidade são ilimitados, pois não é possível imaginar um número fechado destes direitos, pois eles acompanham a própria evolução social da humanidade.

São em regra direitos absolutos com efeitos “ERGA OMNES”, pois possui eficácia contra todos, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los, principalmente se confrontados com os direitos pessoais puros, como nos casos dos direitos obrigacionais e contratuais.

Entretanto desses caracteres “ilimitado e absoluto”, pode comportar exceções no caso concreto. Vejamos o posicionamento da jurisprudência da desembargadora relatora Dra. Mariângela Meyer.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RECURSO ADESIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - VEICULAÇÃO DE CONTEÚDO NA INTERNET - PESSOA PÚBLICA - LIBERDADE DE EXPRESSÃO X INVIOABILIDADE DA PRIVACIDADE - PONDERAÇÃO - RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS - INCIDÊNCIA NO CASO CONCRETO - OFENSA À VIDA PRIVADA - ATO ILÍCITO - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - QUANTUM - SENTENÇA MANTIDA- APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E NA PARTE CONHECIDA NÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO NÃO PROVIDO.

- Ainda que se tenha em mente que nenhum direito fundamental seja absoluto, admitindo-se a ponderação de princípios constitucionais aparentemente colidentes, por aplicação do princípio da convivência das liberdades públicas, é imperiosa a constatação de que a proteção à vida privada e à intimidade da pessoa deva prevalecer sobre o direito de informar, onde um deve ser relativizado em prol do outro, sem que seja aniquilado, sob pena de atingir frontalmente a unidade da Constituição, enfraquecendo-a. - Para que se possa falar em dano moral, é preciso que a pessoa que se diz ofendida sofra um prejuízo pessoal, seja atingida em sua honra, sua reputação, sua personalidade, seu sentimento de dignidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos, tenha os seus sentimentos feridos e o dever reparatório deve indicar, no caso da responsabilidade aquiliana subjetiva, a existência de culpa por parte do ofensor, o que foi apurado na espécie, porquanto houve o sobejamento do direito à livre manifestação do pensamento com a violação de aspectos íntimos ligados à vida privada e à honra do autor (...). Recurso adesivo não provido. (Apelação Cível 1.0024.11.294668-6/001, Des.(a) Mariângela Meyer, 18/11/2014).

2.5.2. Dos direitos extrapatrimoniais

São extrapatrimoniais pois possuem a insuscetibilidade de apreciação econômica, ainda que a eventual lesão possa produzir consequências monetárias pela indenização por dano extrapatrimonial. Nesse aspecto são comumente chamados de dano moral, que serão tratados posteriormente.

2.5.3. Dos direitos intransmissíveis e indisponíveis

Por regra, os direitos da personalidade são intransmissíveis, não podendo ser cedidos, seja de forma gratuita ou onerosa por vedação expressa do artigo 852, do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem a disponibilidade dos direitos da personalidade. Conforme definição de Carlos Roberto Gonçalves:

Pode-se concluir, pois, que a indisponibilidade dos direitos da personalidade não é absoluta, mas relativa. Nessa direção é o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. Entretanto, malgrado os direitos da personalidade, em si, sejam personalíssimos (direito à honra, à imagem etc.) e, portanto, intransmissíveis, a pretensão ou direito de exigir a sua reparação pecuniária, em caso de ofensa, transmite-se aos sucessores, nos termos do art. 943 do Código Civil. Nessa linha, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, percutientemente: “O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima” (2011, p.151), (aspas do autor).

Lembramos os casos que envolvem a cessão onerosa dos direitos patrimoniais decorrentes da imagem, que não pode ser permanente, bem como a cessão patrimonial dos direitos do autor, segundo artigo 28 da Lei 9.610/1998, segundo o qual “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. A cessão gratuita também é possível, como no caso de cessão de partes do corpo, desde que para fins científicos ou altruísticos conforme artigo 14, Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

Todas essas hipóteses seriam exceções à regra da intransmissibilidade, que confirmam a tendência de relativização de princípios, direitos e deveres, tendência atual da órbita privada.

2.5.4. Dos direitos irrenunciáveis

O artigo 11 do Código Civil Brasileiro prescreve *in verbis*: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Esse caráter realça a natureza cogente, ou de ordem pública, das normas relacionadas com tal proteção. Não podem ser abdicados e ninguém pode dispor de sua vida, da sua intimidade, da sua imagem, privacidade.

2.5.5. Dos direitos imprescritíveis

São imprescritíveis no sentido de que não há prazo para o seu exercício. Não se extinguem pelo seu não uso, assim, como sua aquisição não resulta do curso do tempo.

Não se confunde com a prescristibilidade da pretensão indenizatória de eventual dano decorrente de violação de direito da personalidade. Prescreve, normalmente, em três anos a pretensão de obter indenização por danos sofridos, inclusive os direitos da personalidade, conforme artigo 206, § 3º, V, Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “a pretensão de reparação civil”.

Imprescritível, assim, é a pretensão de garantir o exercício do direito, mas não a de reparar pecuniariamente eventual dano sofrido por sua violação.

2.5.6. Dos direitos impenhoráveis e impropriáveis

Tais direitos não podem sofrer constrição judicial, visando à satisfação de uma dívida, seja ela de qualquer natureza. A impenhorabilidade sempre esteve associada aos direitos da personalidade, sendo afastada qualquer situação que coloque em risco a proteção da pessoa. Interessante lembrar, nesse sentido, que os alimentos e os instrumentos de trabalho são considerados impenhoráveis, sem prejuízo do rol que consta do artigo 833 do Código de Processo Civil de 2015. Dispõe ainda, o artigo 832, do Código de Processo Civil de 2015 *in verbis*: “Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”.

2.5.7. Da vitaliciedade

Os direitos da personalidade são inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde a primeira manifestação de vida até a sua morte. Reconhece como direito da personalidade da pessoa viva, porém existe a proteção dos direitos da personalidade de alguém que já morreu, pois há direitos da personalidade que se projetam além da morte do indivíduo, como nos casos do direito ao corpo morto, atentado à memória do falecido, sua honra ou sobre os direitos autorais.

São os chamados lesados indiretos, que estão legitimados para reclamar proteção aos direitos da personalidade do cônjuge ou companheiro falecido, bem como de seus parentes (mortos) em linha reta ou colateral até o quarto grau.

3. Direito à inviolabilidade da privacidade

O art. 5º, X Constituição Federal de 1988 estabelece que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O Direito à Privacidade é considerado inviolável pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Este direito está atrelado em sentido amplo à intimidade, à honra e a imagem do indivíduo. A proteção aos direitos à privacidade resguarda o direito de o indivíduo estar em seu âmbito familiar: de não ter violação de sua correspondência, sua economia; o direito de estar só; de não ser molestado por terceiros; o direito de ser deixado em paz; que possa tomar decisões dentro de sua intimidade; de evitar que certos aspectos da vida privada cheguem ao conhecimento de pessoas alheias.

Conforme entendimento de Sergio Cavalieri Filho:

(...) segundo doutrina da Suprema Corte dos Estados Unidos, universalmente aceita, é o direito de estar só; é o direito de ser deixado em paz, sozinho, tomar as decisões na esfera da intimidade, e assim evitar que certos aspectos da vida privada cheguem ao conhecimento de terceiros, tais como confidências, hábitos pessoais, relações familiares, vida amorosa, saúde física ou mental etc. É um direito de conteúdo negativo, dizem os autores, porque veda a exposição de elementos particulares da esfera reservada do seu titular a conhecimento de terceiro (2012, p. 121).

Para José Joaquim Calmom de Passos nos ensina:

A privacidade é o refúgio da dignidade pessoal, o núcleo inexplorável do indivíduo, pelo que somente ele, e exclusivamente ele, pode autorizar sua desprivatização. E esta regra não comporta exceções. Tudo que informado se torna público, deixa de ser íntimo ou privado, de onde se conclui que, nesta área, permitir a informação é eliminar a privacidade, sacrificar irremediavelmente o direito à intimidade (apud CAVALIERI FILHO, 2012, p. 121).

Nesses ensinamentos, podemos inferir que o direito à privacidade abrange valores que estão ligados ao controle íntimo do indivíduo, ou seja, tudo aquilo que o ser humano deseja que permaneça oculto. Podemos dizer que não se trata somente de sua intimidade, pois abrange de forma mais ampla, as relações familiares, hábitos pessoais, relacionamentos, aspectos de saúde e bem-estar e todas as preferências que o indivíduo deseja que sejam reservadas para si ou para seu grupo familiar. Em suma, sem privacidade não há dignidade.

Na esfera privada *stricto sensu* estão compreendidos todos comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem de domínio público, ou seja, o indivíduo tem proteção contra a indiscrição de terceiros. Neste contexto vejamos a referência de Janio de Souza Machado, que define privacidade nas palavras de José Serpa de Santa Maria:

José Serpa, de Santa Maria, por seu turno, prefere o termo “privacidade”, muito embora o tenha como equivalente à intimidade *latu sensu*, ou “vida privada”. E privacidade seria um modo de vivência pessoal, isolada, numa esfera reservada, consoante escolha espontânea do interessado, primacialmente dentre do grupo familiar efetivo, ou com maior insulamento, mas sempre sem uma notória forma de participação de terceiros, seja pelo resguardo contra a ingerência ou molestamento malévolo alheio, seja pela utilização da faculdade que se lhe é atribuída para

razoável exclusão do conhecimento público, de dados, ações, ideias e emoções que lhe são peculiares (apud MACHADO, 2003, p. 79-80).

Reporta-se a crescente interferência que o poder público vem realizando na esfera da vida privada, bem como às facilidades que terceiros vêm tendo por conta das invenções e do desenvolvimento da tecnologia relacionados à computação, à telefonia, bem como gravadores e às teles-objetivas.

O direito à privacidade tem sentido genérico e amplo, e abarca todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade do indivíduo, consagrados no texto constitucional.

Nas palavras de Silvio Rodrigues:

(...) se tais direitos são invioláveis, a sua invasão, a sua ofensa, ou utilização sem autorização de alguém, confere, ao prejudicado, a prerrogativa de pleitear que cesse o ato abusivo ou ilegal e que o dano, material ou moral, por ventura experimentado pela vítima, seja reparado por quem o causou (2003, p. 75).

Neste sentido, vemos que o direito à privacidade é protegido pelo nosso ordenamento jurídico, sendo possível a reparação judicial quando violado.

4. Direito à informação e direito à liberdade de expressão

Já a Liberdade de Expressão está prevista no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, incisos IV, IX e XIV que estão interligados direta ou indiretamente.

O inciso IV deste artigo estabelece “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Prevalece neste entendimento que qualquer pessoa tem o direito de manifestar-se de forma livre o que engloba também o direito de ouvir, assistir e ler. Para Sergio Cavalieri Filho o conceito de liberdade de expressão “É o direito de expor livremente uma opinião, um pensamento, uma ideia, seja ela política, religiosa, artística, filosófica ou científica”. (2012, p. 122).

O inciso IX estabelece a garantia de vedação à censura “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Este inciso reforça o fim da censura prévia, porém não dispõe de caráter absoluto, tendo seus limites estabelecidos por outros valores também protegidos constitucionalmente, tais como a inviolabilidade da privacidade e da intimidade do indivíduo e na vedação do racismo.

Conforme salienta Marcelo Paulo e Vicente Alexandrino

...todos têm o direito de acesso a informações que possam ser de interesse geral, mas não existe um direito de acesso a informações que só interessem à esfera privada de determinada pessoa.

Conforme sintetiza o Prof. Alexandre de Moraes, há “necessidade de distinguir as informações de fato de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante” (2012, p. 134), (aspas do autor).

O inciso XIV garante o acesso à informação e o sigilo da fonte, *in verbis*: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Conforme entendimento doutrinário o direito à informação, assim como os demais, também não é absoluto. Esse direito reserva-se essencialmente a informação que possam ser de interesse público ou geral, sendo vedado quando se trate de assuntos que digam respeito exclusivamente à vida privada ou a intimidade do indivíduo. Para o exercício do direito à informação, há a necessidade de distinguir os fatos públicos dos atos particulares, pessoais ou diretamente ligados a intimidade do indivíduo, os quais não podem ser expostos de forma vexatória ou humilhante.

O direito à informação, previsto no artigo 220 da Constituição Federal de 1988 estabelece que: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Verificamos que temos aqui o direito constitucional de informar e receber informações de fatos e ou acontecimentos devidamente apurados por meios de comunicação idôneos e imparciais.

No seu parágrafo 1º deste mesmo artigo estabelece que: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. O Legislador Constituinte deixa claro os limites dados ao poder de informar e ser informado, tendo como regra a própria Constituição Federal em artigos antecessores.

Merece aqui uma diferenciação entre liberdade de expressão e informação. A liberdade de expressão diz respeito a ideias, opiniões em que o indivíduo não tem compromisso com a verdade ou muito menos com imparcialidade, sendo livre o seu pensamento. Já o direito de informação que é o de informar e ser informado tem compromisso com a verdade e a imparcialidade, com narração de fatos devidamente comprovados e ou apurados, vinculados à veracidade e imparcialidade por meios de comunicação idôneos com o compromisso com a sociedade. O Direito de informar está vinculado aos órgãos de imprensa, contemplado pelo artigo 220 e § 1º da Constituição. Direito de ser informado ou de informação é do cidadão, um direito difuso de que são titulares todos os destinatários da informação.

Para José Afonso da Silva, tece o seguinte comentário a respeito:

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm

um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mais especialmente têm um dever. Reconhece-se-lhes o direito de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação (apud CARVALIERI FILHO, 2012, p. 122-123).

Podemos definir que existem duas vertentes referente à liberdade de informação. A primeira refere-se ao direito de informar, os quais estão ligados aos órgãos de imprensa em geral e a segunda, o direito de ser informado em que são titulares todos os indivíduos da coletividade. Nenhuma delas são plenas, nem absolutas e irrestritas. A primeira limitação é com a verdade, quem informa tem o compromisso de relatar os fatos como ocorreram em sua plenitude e não com a versão de quem os informa.

5. Limites do direito à liberdade de expressão e a informação perante a inviolabilidade do direito à privacidade

De acordo com o que já vem sendo demonstrado, o direito à privacidade e o direito à informação dentro do direito de comunicação social, são direitos protegidos constitucionalmente, e, portanto, não haveria de se falar em hierarquia sobre eles, pois um não poderia se sobrepor ao outro. Mas o que se tem observado é uma utilização autoritária deste direito por parte de alguns meios de comunicação, especialmente pelos meios jornalísticos, deixando de considerar o respeito ao direito à privacidade das pessoas que são expostas em seus programas televisivos, fotos estampadas em jornais, revistas, internet.

Neste sentido, como resolver essas questões? Rui Stoco entende que:

A Constituição Federal, portanto, de um lado, afirma e protege o direito de personalidade e, de outro, a liberdade de expressão, de manifestação do pensamento e de comunicação sem que se possa disso inferir contradição lógica ou conflito de preceitos de ordem constitucional (...), logo mesmo o direito de informação sendo protegido constitucionalmente, este poderá ser limitado em alguns casos específicos, pois esses direitos não possuem caráter absoluto” (2004, p. 1.742).

Quando há conflitos nos direitos constitucionais, devido ao conflito natural de um pelo outro, as garantias previstas no artigo 5º Constituição Federal e seus incisos, prevê a possibilidade de minorar o conteúdo material de um direito fundamental para salvaguardar outro. Por isto, toda matéria jornalística em que a manifestação do pensamento que agrida a privacidade de outrem deve ser contida, pois não faz parte da liberdade de expressão, ao contrário torna-se uma ameaça a este direito constitucional podendo ser indenizável por dano moral e material.

A liberdade de expressão não é um direito ilimitado e deve ser exercido pelos meios de comunicação com muita responsabilidade. Deve atender estritamente ao fim que se destina, a fim de evitar o cometimento de fatos ilícitos na seara civil ou penal. Caso não sejam observados estes requisitos, possibilitará aos prejudicados a indenização por danos materiais e morais e também, o efetivo direito de resposta, tendo abrangência as pessoas físicas, jurídicas ou a coletividade pelos meios difusos ou coletivos.

Podemos afirmar que há colisão do direito à liberdade de expressão e imprensa com o direito à privacidade quando são divulgadas informações ao público de fatos ou momentos da vida privada de forma indiscriminada, expondo aquilo que é reservado e que não tem relevância social a conduta da pessoa, com o objetivo de criar uma falsa opinião pública ou difamatória.

O abuso deste direito é evidenciado quando o agente no exercício deste direito extrapolar os limites preestabelecidos em lei, caracterizando-se assim o ilícito, gerando o dever de indenizar o abuso cometido pelas informações que são vinculadas por simples motivo sensacionalista, sem preocupações ou compromissos com a verdade.

A técnica da ponderação de interesses constitucionais é o mecanismo que o jurista deverá levar em consideração para avaliar todos os interesses em questão, com o objetivo de encontrar uma solução adequada, sendo este o instrumento indispensável para verificar a existência da proporcionalidade em sentido estrito no caso concreto.

5.1. A ponderação de bens

A ponderação de bens é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos, nos casos difíceis, especialmente quando os bens jurídicos tutelados estão garantidos na mesma norma jurídica. Conforme explica Gilmar Mendes Pereira e Paulo Gustavo Gonet Branco.

O exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo status hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado. Há de se levar em conta, igualmente, o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão (2012, p. 219).

Neste sentido, quando da análise do caso concreto em que admite aplicação de vários princípios constitucionais, é imprescindível a avaliação de todos eles e desta ponderação de princípios será eleita a regra a ser aplicada ao caso concreto.

Dentro das diversas técnicas de ponderação de bens, elegemos a descrita por Luis Roberto Barroso como regras de ponderação dos bens jurídicos tutelados, conforme ensinamento abaixo:

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos, várias premissas maiores, portanto para apenas uma premissa menor, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior- premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. A clareza é muito importante para que se possa conhecer a sutil diferença entre os objetos da ponderação que são dignos de sopesamento. E de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar Técnica da ponderação (2004, p.357).

Luiz Roberto Barroso avalia também que, “a estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas”. (2004, p. 358).

Para melhor esclarecimento, faz-se necessário dividir o procedimento em três etapas sucessivas. Segundo Ana Paula de Barcellos em seu livro *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional* (2005, p.91), é possível, de forma simplificada descrever a ponderação como um processo de três etapas sucessivas, assim relatadas:

5.1.1. Primeira etapa: identificação dos enunciados normativos em tensão

Ana Paula de Barcellos define que nesta etapa é necessário identificar os elementos e argumentos a serem analisados, de forma mais exaustiva possível. “Esta etapa consiste exatamente em identificar os enunciados normativos aparentemente em conflito: afinal, esta é a circunstância que justifica o recurso à técnica da ponderação” (2005, p. 92).

Identificado os enunciados normativos em tensão, será o caso de verificar se o conflito não pode ser solucionado por outros meios convencionais de soluções de antinomias vinculadas à disputa grave de valores ou opção política. Passando os

enunciados por este crivo e ainda permanecendo o conflito é que o processo de ponderação terá continuidade.

5.1.2. Segunda etapa: identificação de fatos relevantes

Ana Paula de Barcellos defende que nesta etapa apuram-se os aspectos de fato relevantes e a sua repercussão sobre diferentes soluções indicadas pelos grupos da etapa anterior. "(...) a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades, daí a necessidade de examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos" (2005, p. 116).

235

Desta forma o exame dos fatos e os reflexos sobre eles poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. A influência de determinado fato é considerada relevante se a experiência social assim o considerar, baseado no senso comum ou pelos costumes do homem médio. A repercussão dos fatos sobre enunciados normativos pode atribuir um peso maior ou menor de importância dependendo do agente em questão.

5.1.3 Terceira etapa: decisão

Para Ana Paula de Barcellos esta etapa é considerada de maior complexidade.

É nesta etapa que se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas, tudo a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa (2005, p.123).

Depois de concluídas as duas primeiras etapas, identificadas as normas pertinentes, selecionados os fatos relevantes com atribuição geral de pesos de cada fato dos enunciados normativos, pode-se produzir uma conclusão. A complexidade existente é a ponderação do bem que será protegido em parte ou em sua totalidade em detrimento do bem que irá sofrer a menor restrição.

Neste sentido, abaixo transcrevemos parte do acórdão do Desembargador relator Cabral da Silva da 10ª Câmara Cível do TJMG, sobre entendimento das regras de ponderação.

EMENTA: PENHORA. SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. Não é permitido pelo ordenamento jurídico vigente a penhora de salário, art. 649, IV do CPC. V.V. Os direitos fundamentais podem ser conceituados como "todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da

Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material)". (CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. 2ª ed., Ed.: Juspodivm, 2008, pág. 573). Há um direito fundamental do credor à tutela executiva e há um direito fundamental do devedor a um patrimônio mínimo. Em caso de colisão entre direitos fundamentais utiliza-se a denominada regra da proporcionalidade e as três sub-regras que a compõem, quais sejam: regra da adequação (ou pertinência); regra da necessidade (ou da exigibilidade, ou da escolha do meio mais suave); regra da proporcionalidade em sentido estrito (ou regra da determinação do sopesamento ou ponderação). (GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, São Paula: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 84-86). O Julgador tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àqueles relativos aos meios executivos. É possível a penhora de até 30% (trinta por cento) da remuneração auferida pelo devedor, mês a mês, para a satisfação do respectivo crédito. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0313.05.171815-0/001, Relator(a): Des.(a) Cabral da Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/11/2015, publicação da súmula em 04/12/2015).

Assim, não havendo que se falar em direito absoluto, não existindo também antinomia entre os direitos analisados, resta avaliar o caso concreto para que se chegue à prevalência de um direito em face do outro.

6. Da responsabilidade civil das empresas de jornalismo

No caso de negação ou violação dos direitos da personalidade, o ordenamento jurídico assegura ao seu titular o emprego das medidas cabíveis a fim de coibi-la, seja na esfera cível, administrativa ou penal. O art. 5º, X, CF/88, prevê indenização no caso de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Toda ação ou omissão que causar prejuízo, como fato social, gera responsabilização, sendo que esta visa restaurar o equilíbrio moral e patrimonial causado pelo autor do dano. Portanto, a violação que cause dano à pessoa, gera o dever de reparação civil.

A responsabilidade civil é uma espécie de responsabilidade jurídica que deriva da transgressão de uma norma civil preexistente legal ou contratual, impondo ao causador do dano a consequente obrigação de indenizar o prejuízo sofrido.

A função da responsabilidade civil vem do princípio da *restitutio in integrum*, que na medida do possível, restitui a vítima à situação anterior à lesão, levando em consideração a proporção ao dano causado.

Embora o Código Civil não contenha tipos especiais como no Direito Penal, consagrou, todavia, um sistema normativo de responsabilidade calcado em três artigos fundamentais: artigos 186, 187 e 927. Este sistema visa a coibir comportamentos danosos em atenção ao princípio do *NEMINEM LAEDERE*, segundo o qual a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem.

Estes artigos consagram a regra geral da responsabilidade civil extracontratual objetiva e subjetiva conforme descritos abaixo:

CC, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

CC, Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

CC, Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Para apuração da Responsabilidade Civil Objetiva tem que ter havido o abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil, ou através da atividade de risco desenvolvida pelo agente, previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Este tipo de responsabilidade é aplicável independentemente da aferição de culpa do agente causador do dano. Basta para tanto a superveniência do dano para a sua responsabilização, tendo como pressupostos a conduta do agente, o nexo causal e o dano.

Neste tipo de responsabilidade, não há a necessidade de avaliação da conduta do agente, volta-se apenas para o dano causado, afastando-se do elemento psicológico da conduta do agente (dolo ou culpa), pois baseia-se na teoria do risco.

As empresas de comunicação assumem a atividade de risco quando da veiculação de matérias ao vivo, entrevistas com pessoas que eventualmente passam a ofender e divulgar a privacidade alheia. Neste sentido temos o entendimento de Wendell Lopes Barbosa de Souza com exemplo deste tipo de responsabilidade:

Ora, a empresa de informação, ao ceder seu espaço de mídia para que uma pessoa exponha suas ideias, corre o risco de, eventualmente, contribuir decisivamente para que terceiros venham a ser atingidos em sua paz espiritual, tornando-se corresponsável pelo pagamento de consequente indenização por danos morais, sem falar nas não raras matérias jornalísticas que

acarretam imensuráveis danos materiais e morais ao ofendido, como no caso de um educador que tem contra si assacadas acusações de pedofilia, não havendo como não se lembrar do caso da “Escola Base” (2010, p. 167) (aspas do autor).

Neste sentido, temos a jurisprudência da súmula 221 do STJ, *in verbis*: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Para caracterização da responsabilidade civil subjetiva, há necessidade de avaliarmos os pressupostos que são inerentes a este direito que estão previstos no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A responsabilidade civil subjetiva exige os seguintes pressupostos: conduta culposa do agente, nexos de causalidade e dano.

A responsabilidade subjetiva necessita da conduta culposa do agente, pois se refere ao comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A Conduta deve ser culpável, reprovável, depende da capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agente (imputabilidade). A culpa deve ser analisada em sentido amplo, abrange toda espécie de comportamento contrário ao direito, intencional (dolo) ou não (culpa).

O nexo causal é o último elemento a ser verificado na responsabilidade civil subjetiva, pois ele é o vínculo, a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado que deve ser considerado um ato ilícito.

Neste sentido, é o acórdão do Desembargador relator Luiz Henrique Oliveira Marques da Décima Nona Câmara Cível TJ-RJ, sobre a responsabilidade civil subjetiva.

REPARAÇÃO DE DANOS. OFENSA À INTIMIDADE. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA SOBRE IRREGULARIDADES DAS MULTAS DE TRÂNSITO APLICADAS POR PESSOAS NÃO CONCURSADAS OCORRIDAS NA PREFEITURA DE ITABORAÍ E AO LADO A IMAGEM DO AUTO DE INFRAÇÃO COM DADOS PESSOAIS DA AUTORA. NOME. ENDEREÇO E CPF. COMPORTAMENTO NEGLIGENTE DA EMPRESA DE COMUNICAÇÃO QUE EXTRAPOLOU OS LIMITES DO DIREITO DE INFORMAR QUE FOI EXERCIDO DE FORMA ABUSIVA, ATINGINDO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DA AUTORA. DANO MORAL CONFIGURADO. A autora sustenta que sua honra e sua intimidade foram violadas pelo jornal Boca Livre, com circulação no Município de Itaboraí, uma vez que no dia 16 de maio de 2010, ao publicar uma reportagem sobre irregularidades na contratação de funcionários pela Prefeitura de Itaboraí, publicou também a imagem de um auto de infração, no qual indicava como autuada a ora apelante, contendo seu nome completo, seu endereço e CPF. Por tais razões, busca indenização por danos morais. Com efeito, a controvérsia gira em torno da contraposição entre a liberdade de informação e o direito à proteção da honra e da intimidade do indivíduo, direitos estes de similar quilate, eis que alçados à

Direitos Fundamentais garantidos nos incisos IX e X do art. 5º da Carta Republicana de 1988. Logo, a liberdade de informação e os chamados direitos da personalidade, como a honra, intimidade e a imagem, são garantias que têm o mesmo status na Constituição. (...). *No presente caso, estamos na seara da responsabilidade civil subjetiva*, de modo que se faz necessária a constatação dos pressupostos que lhe dão ensejo (artigo 186 do C.C), quais sejam, a caracterização do dano, o nexa causal e a conduta culposa do agente. Presentes tais elementos, caracterizado se encontra o dever de indenizar, na forma do artigo 927 do C.C. O dano decorrente da identificação da autora, *com a exposição de seus dados pessoais*, é notório, pois os danos morais nada mais são do que os resultados de uma ofensa a um direito da personalidade, *como é o caso do direito à privacidade*. Ocorrem, dessa forma, *in re ipsa*, independentemente, de comprovação fática, haja vista ser quase impossível a sua materialização. Importa, por fim, à solução do caso vertente, apenas consignar a existência de nexa causal entre o abuso de direito do réu e o dano moral da autora, eis que a conduta ilícita, já demonstrada, inquestionavelmente causou abalo psicológico à autora, abalo este derivado da exposição indevida de seus dados pessoais, não sendo possível acolher a tese de que a publicação dos dados da autora, quais sejam, nome completo, CPF e endereço, apenas ilustraram a matéria jornalística. (...). Com fulcro no artigo 557, § 1º - A -, do CPC, CONHEÇO DO RECURSO PARA DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO. (TJ-RJ - APL: 00195375920108190023 RJ 0019537-59.2010.8.19.0023, Relator: DES. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES, Data de Julgamento: 22/09/2015, DÉCIMA NONA CAMARA CIVEL, Publicação: 25/09/2015 00:00). (Grifo nosso).

7. Do dano moral diante da violação do direito à privacidade por empresas de jornalismo e as recentes decisões dos tribunais

Dano é a lesão a um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, desde que haja previsão legal para reparação.

Os danos decorrentes dos meios de comunicação originários da liberdade de expressão são referidos no artigo 5º, V e X da Constituição Federal, quais sejam, o dano moral, o dano material e o dano à imagem.

O Dano moral é a lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

A expressão dano moral deve ser entendida como designação de agravos que não produzam nenhum efeito patrimonial, mas efeitos morais. Os contornos e a extensão do dano moral devem ser buscados na própria Constituição Federal, ou seja, no artigo 5º, V, que assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por

dano material, moral ou à imagem” e inciso X - que declaram invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

Enquanto que o artigo 21, CC dispõe: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves, na citação de Sergio Cavaliere, esclarece as formas de contorno para evitar excessos e abusos, e o que deve reputar como dano moral.

(...) a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio do indivíduo (apud GONÇALVES, 2005, p. 567).

240

O dano moral será indenizado quando fugir da normalidade, interferindo no psicológico do indivíduo, portanto devem ser graves, além de ilícitos.

Vale ressaltar que nem todo mal-estar ou dissabor emocional configura dano moral indenizável. Para caracterização do dano moral é preciso que a ofensa tenha relevante grandeza e revestida de importância e gravidade na vida da vítima. O mero aborrecimento ou inconveniência no convívio social deve ser suportado por todos.

Podemos ter também a incidência de danos de cunho material, a partir da hipótese em que a violação a direito da privacidade causar ao agente perda de emprego, cessação de lucros, despesas com tratamentos médicos, dificuldades em conseguir clientes. Em todos esses casos, o agente poderá ajuizar ação de indenização por danos materiais no intuito de ser ressarcido economicamente por tudo aquilo que deixou de lucrar ou pelo que lhe causou despesa, em face do meio de informação responsável por tal, porém este tema não é objeto deste trabalho.

Quanto a forma de reparação, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano. Carlos Roberto Gonçalves afirma sobre o cunho pecuniário sobre o dano moral.

Muitas são as objeções que se levantaram contra a reparação do dano puramente moral. Argumentava-se, principalmente, que seria imoral procurar dar valor monetário à dor, o que seria impossível determinar o número de pessoas atingidas (pais, irmãos, noivas, etc.), bem como mensurar a dor. Mas todas essas objeções acabaram rechaçadas na doutrina e na jurisprudência. Tem-se entendido, hoje, que a indenização por dano moral representa uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza infligida injustamente a outrem (2011, p. 571).

Quanto a natureza jurídica da reparação por dano moral temos duas correntes doutrinárias. A primeira corrente, predominante, defende a natureza compensatória, no sentido de que a reparação por dano moral teria natureza compensatória para a vítima.

Neste sentido, é o acórdão do Desembargador relator Roberto Vasconcellos da 18ª Câmara Cível do TJMG, sobre a corrente compensatória:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - IMAGEM-RETRATO DE PESSOA FÍSICA - PUBLICAÇÃO PARA ILUSTRAR MATÉRIA JORNALÍSTICA - INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA RETRATADA OU DE SUCESSOR - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO - CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO.

241

(...) - No arbitramento do valor da indenização por dano moral devem ser observados os critérios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato ilícito e suas repercussões, como, também, com as condições pessoais das partes. A indenização por dano moral *não pode servir como fonte de enriquecimento do indenizado*, nem consubstanciar incentivo à reincidência do responsável pela prática do ato ilícito. (TJMG - Apelação Cível 1.0313.12.010859-9/001, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/08/2015, publicação da súmula em 27/08/2015).

Para outra corrente que ganha espaço na doutrina e jurisprudência, sustenta a natureza pedagógica, desestímulo ou punitiva da reparação por dano moral. Neste sentido, é o acórdão do Desembargador relator Claudio Augusto Montalvão das Neves do TJ-PA, sobre a corrente do desestímulo ou *punitive damage*.

APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO DO NOME DA DEVEDORA EM ÓRGÃO DE CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO APÓS O PAGAMENTO E DEVIDA QUITAÇÃO DA DÍVIDA. COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL IN RE IPSA. APLICAÇÃO DA *TEORIA DO DESESTÍMULO OU PUNITIVE DAMAGE*. CARÁTER PEDAGÓGICO E REPRESSIVO. JUROS DE MORA DEVIDOS DESDE A CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA DESDE A SENTENÇA/ACÓRDÃO. PRECEDENTES DO STJ. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. I... (TJ-PA - AC: 200730086045 PA 2007300-86045, Relator: CLAUDIO AUGUSTO MONTALVAO DAS NEVES, Data de Julgamento: 11/02/2008, Data de Publicação: 13/02/2008).

A reparabilidade do dano moral nem sempre foi pacificada. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, negava-se a indenização do dano moral em razão de ser

insusceptível a avaliação pecuniária por sua natureza ser imaterial, conforme leciona Sergio Cavalieri Filho:

Numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima (2012, p. 91).

242

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e com o novo entendimento da doutrina e da jurisprudência de que a reparação civil deve abranger cumulativamente a indenização do dano moral com o dano patrimonial, foi editada a súmula 37 do STJ *in verbis*: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato”.

Temos duas modalidades de dano quanto a necessidade de prova, o dano moral objetivo e o dano moral subjetivo.

O Dano Moral Objetivo não necessita de prova, pois está ligado diretamente a esfera anímica do lesado, também denominado de dano *in re ipsa* independe de prova, conforme leciona Carlos Gonçalves, em seu livro Responsabilidade Civil:

O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho (2005, p. 570).

Já o Dano Moral Subjetivo depende de comprovação de culpa, sendo necessário ser comprovado pelo autor da demanda.

No caso do dano à privacidade decorrente da liberdade de informação temos que analisar se a matéria necessita de autorização para a divulgação ou se trata do direito da coletividade em receber notícias que correspondam a uma realidade fática. A crítica jornalística não constitui ofensa, conforme ensinamento de Sergio Cavalieri:

A crítica jornalística não se confunde com a ofensa; a primeira apresenta ânimo exclusivamente narrativo conclusivo dos acontecimentos em que se viu envolvida determinada pessoa, ao passo que a segunda descamba para o terreno do ataque pessoal. Não se nega ao jornalista, no regular exercício da sua profissão, o direito de divulgar fatos e até de emitir juízo de valor sobre a conduta de alguém, com a finalidade de informar a coletividade. Daí descer ao ataque pessoal, todavia, em busca de sensacionalismo, vai

uma barreira que não pode ser ultrapassada, sob pena de configurar o abuso de direito, e, conseqüentemente, o dano moral e material. (2012, p. 126-127).

Temos também o aspecto das pessoas públicas, pois elas possuem o trato exterior e interior. Neste sentido há de se observar que a vida exterior dessas pessoas é voltada para as relações sociais e atividades públicas que terá tratamento diferenciado pelo ordenamento jurídico, porém manterá sua vida interior e seus direitos resguardados, pois este aspecto debruça-se sobre a própria pessoa. Podemos citar o entendimento doutrinário nas palavras de Sergio Cavalieri a respeito dessa duplicidade das pessoas públicas.

Costuma-se ressaltar, no tocante à inviolabilidade da intimidade, a pessoa dotada de notoriedade, principalmente quando exerce vida pública. Fala-se, então nos chamados “direito à informação e direito à história”, a título de justificar a revelação de fatos de interesse público, independente da anuência da pessoa envolvida. Entende-se que, neste caso, existe redução espontânea dos limites da privacidade (como ocorre com os políticos, atletas, artistas e outros que se mantêm em contato com o público). Mas o limite da confidencialidade persiste preservado; sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar etc., não é lícita a divulgação sem o consentimento do interessado (2012, p. 125).

Nesse sentido, é o acórdão do Desembargador relator Jorge Luiz Lopes do Canto da Quinta Câmara Cível do TJ-RS, sobre abuso na divulgação da privacidade de um agente público.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL. DIREITO À PRIVACIDADE. ILÍCITO CARACTERIZADO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. (...)

6. Pleito... indenizatório em que a parte autora busca a reparação de danos morais suportados em virtude de publicação de notícia no jornal demandado, a qual caracteriza a prática de ato ilícito. 7. O autor logrou comprovar os fatos articulados na exordial, porquanto a notícia, que foi publicada no jornal demandado, divulgou seu nome, idade e local de trabalho, expondo este a represálias dos meliantes que praticaram a tentativa de assalto noticiada, situação esta que causa angústia e abalo psíquico a policial que tem sua vida exposta publicamente, sem autorização para tanto e, em contrariedade a diploma legal que assegura o direito à privacidade. 8. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta do réu, decorrendo aquele do

próprio fato. Conduta ilícita da demandada que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 9 O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. Quantum arbitrado. Afastadas as preliminares s... agravo retido. Dado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70063829287, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 29/07/2015). (TJ-RS - AC: 70063829287 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 29/07/2015, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/08/2015).

Nestes casos, em relação a responsabilidade civil das empresas de jornalismo, não necessita de prova para a comprovação do dano moral, trata-se do Dano *in re ipsa*, em que não é necessária a apresentação de provas que demonstrem a ofensa moral da pessoa, pois a própria matéria veiculada já por si só é a prova em questão.

Vejamos a jurisprudência abaixo do Desembargador Vivaldo Pinheiro da 3ª Câmara Civil do TJ-RN que retrata bem o dano *in re ipsa*.

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE ATRIBUIU AO DEMANDANTE A QUALIDADE DE FALSO MÉDICO. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA DE FORMA DESARRAZOADA. CARÁTER OFENSIVO. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA TV PONTA NEGRA LTDA.: DANO MORAL CONFIGURADO. MATÉRIA DE CUNHO SENSACIONALISTA. *DANO MORAL IN RE IPSA*. RECURSO DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO INTERPOSTO POR LUIZ JOSÉ GOMES NETO: DANOS MATERIAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS FACE A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SUA TOTALIDADE.

(...) 22. No caso posto, destaca-se que o direito que deve prevalecer nesta colisão é o direito à privacidade (a vida privada, honra e a imagem), tendo em vista que ao se analisar o caso concreto, observa-se que este merece ser ressaltado. 23. Compulsando acuradamente as provas carreadas aos autos, notadamente o CD-ROOM com a reprodução das matérias veiculadas no programa "Aqui Agora", denota-se o *dano moral in re ipsa*. 24. As reportagens exibidas foram incisivas ao considerar o apelado como falso médico, exercendo irregularmente a especialidade de oftalmologista. 25. Ora, as matérias veiculadas pela Apelante

possuem nítido caráter sensacionalista, além de atribuir ao Apelado práticas caluniosas e injuriosas. 26. Interessante e esclarecedora é a opinião de Sergio Cavaliere Filho acerca do tema [4], vejamos: "A crítica jornalística não se confunde com a ofensa; a primeira apresenta ânimo exclusivamente narrativo conclusivo de acontecimentos em que se viu envolvida determinada pessoa, ao passo que a segunda descamba para o terreno do ataque pessoal. Não se nega ao jornalista, no regular exercício da profissão, o direito de divulgar fatos e até emitir juízo de valor sobre a conduta de alguém, com a finalidade de informar a coletividade. Daí a descer ao ataque pessoal, todavia, em busca de sensacionalismo, vai uma barreira que não pode ser ultrapassada, sob pena de configurar o abuso de direito, e, conseqüentemente, o dano moral (...)". 27. Sendo assim, considerando que referida modalidade de dano moral independe da prova da ocorrência de prejuízo concreto, dependendo, sim, da prova do fato que deu ensejo ao resultado danoso à moral da vítima, fato esse que deve ser ilícito e guardar nexos de causalidade com a lesão sofrida, entendo descabida a alegação do Apelante de que a simples ocorrência da veiculação da reportagem não ensejaria o reconhecimento do pleito indenizatório (...). (TJ-RN - AC: 102019 RN 2009.010201-9, Relator: Des. Vivaldo Pinheiro, Julgamento: 05/11/2009, 3ª Câmara Cível) (Grifo nosso).

8. Do direito de resposta

No artigo 5º, V, da Constituição Federal prevê o Direito de Resposta, inclusive corroborando para, além deste direito, incide também a reparação pela Responsabilidade Civil pelos danos materiais e morais, conforme disposto neste artigo: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

A Lei de Imprensa, lei federal 5.250/67, tratava de diversas questões relativas à atividade jornalísticas, inclusive o Direito de Resposta, porém, após o reconhecimento de incompatibilidade com a Constituição Federal pela ADPF 130 julgado pelo Supremo Tribunal Federal, esta referida lei foi revogada, ficando o Direito de Resposta desprovido de previsão normativa infraconstitucional, permanecendo somente o preceito primário contido na Constituição Federal de 1988.

O próprio Superior Tribunal Federal, em seu julgamento do ADPF 130, reconheceu a necessidade do legislador em criar nova lei que tratasse do Direito de Resposta, tendo em vista a extrema relevância deste mecanismo ter tratamento no âmbito infraconstitucional uma vez que existe a previsão legal na Constituição Federal. Segue acordo que faz menção ao ADPF 130.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO A ARTIGOS DA LEI DE IMPRENSA NÃO RECEPCIONADA PELA CF/88. ADPF Nº 130 DO STF. ART. 535 DO CPC. OFENSA. NÃO

OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. DANO MORAL. QUANTUM. RAZOABILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. I. Não se pode alegar violação dos dispositivos da Lei de Imprensa, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 130, no dia 30 de abril do ano em voga, decidiu que todo o conjunto dessa lei não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. (Informativo nº 544) II. (...) Agravos Regimentais improvidos. (STJ - AgRg no REsp: 1115461 SP 2009/0102198-6, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 15/04/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/05/2010).

Decorrente deste fato foi editada a Lei 13.188/2015, Lei do Direito de Resposta, para regulamentar esta previsão constitucional.

O direito de resposta é considerado o mecanismo adequado de retificação das informações divulgadas; permite a proteção do direito de personalidade do ofendido, além de corrigir as informações passadas ao público de forma bastante célere. Com esta nova lei, conhece-se de antemão as regras do jogo e afastam-se eventuais amarras judiciais sobre o assunto, ficando claro e preciso a interpretação da literalidade da lei.

Em se tratando de lei nova, em que versa sobre direitos fundamentais conflitantes como direito de informação, direito de ser informado e em especial ao objeto deste trabalho, direito à privacidade, temos pontos a serem destacados que ainda merecem respostas doutrinárias e jurisprudenciais que ainda estão sendo formadas em virtude da tempestividade da vigência da nova lei.

O direito de resposta é sem dúvida um importante mecanismo de impor “freios” ao direito de informação exercido de forma exagerada ou ilícita pelas empresas de comunicação. O simples fato da existência do mecanismo já traz maior responsabilidade dos profissionais dos meios de comunicação, o que melhora significativamente o conteúdo e matérias jornalísticas.

Segue acórdão do relator Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto, da Décima Quinta Câmara Cível do TJ-RJ referente ao direito de resposta.

Direito Constitucional. Liberdade de imprensa x direito à honra. Apelações desprovidas. 1. Conquanto assegure a CF o direito à liberdade de imprensa, preceitua, outrossim, que tal direito deve observar o respeito ao direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. 2. No caso vertente, é inegável que os primeiros apelantes violaram a honra do segundo apelante. 3. A uma, porque, inegavelmente, agiram com sarcasmo ao afirmar que, numa família de pioneiros e empreendedores, o segundo apelante teria inaugurado novo ramo - o primeiro a trabalhar na cadeia. 4. A duas, porque afirmaram que o segundo apelante é investigado por tráfico de drogas, inclusive, para dentro do presídio, sem que tenha vindo aos autos a devida comprovação. 5. A três, porque o iludiram, fazendo crer que o objeto da reportagem seria o filme que está sendo elaborado sobre a vida de seu pai. 6. Atente-se que, se

soubesse qual seria o objeto da reportagem, o segundo apelante, certamente, não concederia entrevista e muito menos pousaria para fotos. 7. Assim, bem andou a r. sentença ao condenar os primeiros apelantes a indenizar o segundo apelante pelos danos morais causados. 8. De igual modo, e com esteio no art. 5º, V, CF, que claramente ampara a *condenação na obrigação de publicar a resposta*, não merece reparo a r. sentença nessa parte. 9. No tocante ao valor indenizatório, o valor fixado não merece redução e nem majoração. 10. Não merece redução ante a série de ilícitos cometidos pelos primeiros apelantes. Tampouco merece majoração, porquanto não é falso que o segundo apelante tenha afirmado que esteja simuladamente de licença médica, o que igualmente deve ser levado em conta pelo julgador. 11. Verba honorária bem dosada. 12. Apelações a que se nega provimento. (TJ-RJ - APL: 01904694420138190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 6 VARA CÍVEL, Relator: HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO, Data de Julgamento: 24/05/2016, DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Publicação: 30/05/2016). (Grifo nosso).

Trata-se de uma faculdade auferida ao agente ofendido para que ofereça a sua versão sobre os fatos publicados pelos meios de comunicação. Não se exige que o ofendido revele a verdade sobre os fatos como provas, pois o referido direito se presta apenas para dar a oportunidade àquele de prestar sua versão pessoal, contrapondo o que foi dito pelo meio de informação ou simplesmente o direito de reconhecimento que houve abuso na divulgação dos fatos.

Outro ponto de destaque desta lei retrata o ilícito penal quando da divulgação caluniosa ou difamatória. Foi inserido por esta Lei o parágrafo único no artigo 143 do Código Penal que estabelece a forma de retratação do ofendido quando do cometimento de atos ilícitos por meios de comunicação, *in verbis*, “Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa”.

9. Conclusão

As empresas de jornalismo exercem um papel muito importante para a sociedade em informar, divulgar, esclarecer e principalmente denunciar fatos de interesse público. Tais direitos estão garantidos em nossa Constituição Federal 1988, porém ressalvadas as devidas restrições impostas pela própria norma.

Todavia, no mercado capitalista da notícia, a busca por informações privilegiadas muito vezes são obtidas de forma duvidosa, em que a ética e a moral inerentes à profissão do jornalista nem sempre são consideradas.

Nossa sociedade cada vez mais demonstra interesse para o apelo jornalístico, que privilegia programas sensacionalistas em razão da possibilidade de adentrar a vida particular do indivíduo.

O direito à privacidade, um direito da personalidade, é uma conquista relativamente recente do povo brasileiro, que teve sua positivação em nossa Constituição Federal de 1988, e ainda, é pouco reivindicada por nós, provavelmente pelo desconhecimento ou falta de divulgação deste direito.

A privacidade abrange os valores que estão ligados às relações familiares, hábitos pessoais, relacionamentos, finanças, saúde e tudo aquilo em que o indivíduo deseja que seja reservado para si ou para seu grupo familiar. Já o direito à informação é o direito de informar e de ser informado com o compromisso com a verdade e imparcialidade, por fatos devidamente comprovados. Nesse contexto temos os seguintes conflitos: entre o direito à privacidade e informação, o interesse público e a proteção da vida privada do indivíduo; entre a vida interna e a vida externa e fatos de pessoas públicas.

Portanto, tratando de normas constitucionais em conflito, cabe ao Poder Judiciário analisar o caso concreto, estabelecer os limites de cada um, punindo os que extrapolarem as limitações impostas pelo nosso ordenamento jurídico. A crescente demanda de ações de Indenizações por Danos Morais e Materiais, relacionados com a responsabilização das Empresas Jornalísticas, vem estabelecer freios e contrapesos a esta corrida frenética por divulgação de notícias ofensivas aos direitos individuais. Às vezes o expõe ao ridículo ou de forma vexatória, utilizando da prerrogativa de informar, situação esta que causa angústia e abalo psíquico ao indivíduo que tem sua vida exposta publicamente, sem autorização para tanto e, em contrariedade a diploma legal que assegura o direito à privacidade.

Nestes casos, o poder judiciário utilizará dos princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade e o princípio da supremacia do interesse público como parâmetros para a ponderação dos bens tutelados para decidir o caso concreto, qual dos direitos será mitigado.

Temos convicção que quanto mais o Poder Judiciário coibir a prática danosa da apelação jornalística, com sentenças condenatórias de indenizações com valores mais expressivos que forcem as Empresas Jornalísticas adotarem critérios mais seletivos, para atentarem a verdade dos fatos e do que realmente precisa ser informado, poderemos ter uma menor incidência de agressões a Vida Particular do Povo Brasileiro.

Entendemos que a doutrina contribuiu imensamente para que o Judiciário Brasileiro perceba a necessidade de reparação por danos morais, em que mesmo se tratando de bem imaterial, é intrínseco ao bem da vida, foi positivado no nosso ordenamento jurídico e tem-se o dever de ser indenizado no mínimo de forma compensatória e tendente a evoluir para o cunho de natureza pedagógica, de desestímulo ou punitiva ao agente violador.

Assim, quando ocorrer violação a direito da privacidade aplica-se o dano moral objetivo, ou seja, *in re ipsa*, que independe de prova, tendo em vista que este passa no interior da personalidade da vítima, tratando-se de presunção absoluta. Verificamos também que estamos, em regra, dentro da responsabilidade subjetiva ou aquiliana das empresas de jornalismo, entretanto conforme jurisprudência 221 do STJ, estas empresas passam a ter a responsabilidade objetiva quando assumem o risco pela veiculação da matéria jornalística.

10. Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES, Fabio Bellote. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 1 esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Jânio de Souza. **O dano moral pela violação ao direito à privacidade**. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9. ed. São Paulo: Método, 2012.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco**. São Paulo: Atlas, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Judicialização da política e ativismo judicial: causas e consequências

*Rafhaella Cardoso Langoni*¹

*Bruna Gabriela Tavares e Azevedo*²

250

Sumário: 1. Introdução; 2. Ativismo judicial e politização do Poder Judiciário; 2.1 Histórico da teoria da Separação (ou tripartição) dos Poderes; 2.2 Separação dos Poderes e a neutralidade política do Judiciário; 2.3 Críticas à Teoria da Separação dos Poderes; 3. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial; 3.1 Neoconstitucionalismo: características principais; 3.2 Causas do Ativismo judicial; 3.2.1 Conceito e origem do termo; 3.2.2 Ativismo Judicial como condição de efetivação dos direitos fundamentais diante da inércia dos demais poderes e resultado da crise da democracia representativa; 3.3 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: análise de julgados emblemáticos; 3.4 Críticas ao Ativismo Judicial; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente tema justifica-se não só pela importância de se desvendar o que seja “ativismo judicial”, mas porque, compreender as causas do fenômeno poderão auxiliar os operadores do Direito a lidar com as pautas político-ativistas do Poder Judiciário, perpassando tal órgão de uma tradicional função de meramente fiscalizador e controlador da legalidade, para passar a atuar também, como “guardião da legitimidade”, dado o viés trazido pela Constituição Republicana de 1988. A problemática reside não só em torno das causas que, propriamente, levam ao ativismo judicial, mas, sobejamente, as consequências (positivas e negativas) para o sistema jurídico, com ênfase na tripartição dos poderes, fundamento do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada foi a dedutiva, e a pesquisa foi baseada em fontes científicas teóricas e documentais sobre o tema, tanto em termos nacionais quanto estrangeiros, a partir do levantamento de livros, artigos, teses, legislações e jurisprudências. Sem a pretensão de esgotar o tema, percebe-se que esta nova característica de politização do Judiciário ainda não é amplamente aceita na Doutrina, porém, é inevitável a necessidade de atuação do Judiciário para alcançar direitos fundamentais abnegados pelos demais poderes, até como forma de fiscalizar o trabalho dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo que o exercício da função atípica do Poder Judiciário, especificamente na atuação dos órgãos de governo, merece especial atenção.

Palavras-chave: Direito Constitucional; neoconstitucionalismo; ativismo judicial.

¹ Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Doutoranda em Direito Penal Econômico pela Universidade de São Paulo (USP) e mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: rc114214@hotmail.com.

² Discente matriculada no 8º período do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: brunatavaresazevedo@gmail.com.

1. Introdução

O atual cenário político do país, marcado não apenas pela judicialização da política, como também pela politização do Poder Judiciário, demanda reflexão jurídico-científica, na medida em que a teoria da tripartição dos poderes, classicamente construída por Montesquieu, é um dos fundamentos basilares de nosso Estado Democrático. Assim, tem-se que o Poder Judiciário está hodiernamente marcado pelo chamado “ativismo judicial”, nosso objeto de estudo no presente artigo, fenômeno cuja gênese remete à uma ineficiência das demais funções estatais, lacuna que empoderaria demasiadamente o Poder Judiciário. Assim, sem pretensão de esgotar os temas correlatos perpassados, busca-se aqui trazer à discussão o arcabouço teórico/histórico pertinente ao tema, buscando-se remontar, especificamente, as causas e consequências do ativismo judicial.

Através da pesquisa teórica e documental na qual se baseou o presente trabalho, seja por meio de doutrinas nacionais e estrangeiras, bem como, somados ao levantamento de textos legislativos e jurisprudências, intenta-se dirimir a problemática de se desvendar quais são as reais causas deste ativismo judicial, bem como as suas finalidades e funcionalidades a partir do paradigma “neoconstitucional”, além de criticamente, tentar demonstrar quais as funções “perversas” de se conceder maior amplitude à função atípica do Judiciário, ou seja, incrementalmente a legislação a partir da judicialização de questões político-administrativas. Como será utilizado de parâmetro, o Poder Judiciário é visto, tradicionalmente, como um poder neutro, imparcial e até como julgam alguns autores, sem legitimidade democrática suficiente para representar os interesses da população (pauta esta atribuída ao Poder Legislativo).

Para alcançar os fins colimados com a presente pesquisa, longe, obviamente, de se esgotar o tema, repartiu-se a temática em três partes: a primeira, tem por escopo analisar os antecedentes históricos e as críticas à clássica teorização da tripartição e separação dos poderes e compreender as diversas funções ou poderes estatais; na segunda parte, pretende-se desenvolver as atribuições contemporâneas do constitucionalismo e da hermenêutica constitucional, em suas denominações de “neoconstitucionalismo” ou “pós-constitucionalismo” e verificar quais as consequências deste sobre as causas do ativismo judicial; e, por fim, pretende-se analisar julgados emblemáticos do ativismo judicial e apontar os aspectos críticos de sua verificação.

2. Ativismo judicial e politização do Poder Judiciário

2.1. Histórico da teoria da separação (ou tripartição) dos poderes

Tradicionalmente afirma-se que o Poder Judiciário é um dos três poderes do Estado, ao lado do Legislativo e do Executivo, no qual a lei é aplicada contenciosamente aos casos concretos e particulares e que tem a função programada e não programante, pois suas decisões são baseadas na Lei, na Constituição, nos princípios gerais, nos costumes, exclusivamente aos casos individualizados, não se valendo de maneira abstrata e generalizante para os demais casos. Além disso, o Judiciário garante a efetivação dos direitos individuais invioláveis (FERRAZ JR., 1994, p 12 e ss.).

A noção clássica de separação dos poderes é uma visão jurdica da de Montesquieu que separa as funções por meio da lei: quem cria, quem executa e quem aplica contenciosamente. Os três Poderes são, na Doutrina, independentes e harmônicos entre si, assim como previsto no art. 2º da atual Carta Magna Brasileira de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O Judiciário, da própria expressão “*juris dict*”, tem a função de dizer o direito (FERREIRA FILHO, 2003)

Para a doutrina clássica, o Judiciário não poderia jamais analisar o mérito de outro poder. Entretanto, o que se percebeu-se nos últimos anos, foi que, diante da inércia dos demais poderes na efetivação dos direitos fundamentais (mormente os de caráter social) e com a crise da democracia representativa, somado às constantes necessidades de judicialização das políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais, o Judiciário assumiu uma postura mais ativa, se comparada à sua tradicional visão desde às primeiras teorias que buscaram explicar a necessidade de separação das funções.

Para compreender todo este percurso até a atual situação que objetiva-se analisar neste trabalho, mister encontrar as raízes históricas da teoria da separação dos poderes. Muito se afirma que a teoria da separação das funções estatais (legislativa, executiva ou administrativa e judiciária) foi vista pela primeira vez na obra de Montesquieu, “O espírito das Leis”, porém, já havia sido destacada por outros pensadores anteriormente, conforme trazido a seguir.

Primeiramente, tem-se em Aristóteles, na sua obra “A Política”, onde já se prescrevia ao soberano, três funções totalmente diferentes, quais sejam: a função de criar normas a serem aplicadas a todos (legislativo); a função de aplicar concretamente tais normas (hoje, função administrativa) e a função de dirimir os conflitos em razão dos eventuais descumprimentos de tais normas nos casos em concreto (função jurisdicional) (apud LENZA, 2011, p. 433 e ss.). Entretanto, o filósofo não pensava nestas funções atribuídas a órgãos distintos (para que não se dissipasse o poder), mas sim, em um só órgão, porque caberia ao próprio soberano. O ganho desta teoria foi prescrever a natureza das diferentes funções do Soberano (ARISTÓTELES apud LENZA, 2011, p. 433 e ss.).

Com o ímpeto da filosofia racionalista iluminista e a sua característica disposição para buscar, racionalmente, encontrar parâmetros que pudessem limitar a atuação e os privilégios dos governantes e aristocracia do Antigo Regime, o jusnaturalista e contratualista John Locke, também observava importante diferenciar as três funções estatais em três poderes só que diversamente de Aristóteles, inseriu a novidade de tais poderes serem exercidos por órgãos distintos. No entanto, como reconhecimento de que o Parlamento gozaria de maior legitimidade democrática, e, enfatizando-se que todos devem se sucumbir à Lei (princípio da legalidade), destacava claramente em seus escritos que a função atribuída ao Poder Legislativo deveria se sobressair às exercidas pelos demais órgãos (PINTO, ZANATA; p. 3).

De fato, apenas a partir da obra “O Espírito das Leis” escrita por Montesquieu em 1748, é que a ideia da separação dos poderes em órgãos distintos foi efetivamente consagrada. Além de pensar em funções atribuídas a poderes distintos, o autor estabelece que tais poderes são independentes e harmônicos entre si, o que, certamente, configurou argumentos teóricos fortes para as Revoluções Político-Burguesas norte-americanas e francesas do final do século XVIII (LENZA, 2011, p. 434).

Na origem francesa da teoria da separação dos poderes, o Judiciário aparecia como um órgão próprio e autônomo que não poderia ser exercido por nenhum Poder

Legislativo e nem pelo Rei, trazendo uma separação entre política e direito. A atividade política estaria centralizada no legislativo, parcialmente no Executivo e neutralizada no Judiciário. Montesquièu estabeleceu o princípio da divisão dos poderes deixando claro que não poderia se concentrar os poderes do Judiciário no mesmo corpo do Legislativo e do Executivo, porque isso seria transformar o governo em tirânico.

Entretanto, nesta tradicional visão da separação de poderes de Montesquièu, no Livro 10, Capítulo VI, intitulado “Da Constituição da Inglaterra”, o autor passou a asseverar o necessário sistema de “freios e contrapesos” que deveria existir entre o Parlamento (Legislativo) e a Monarquia (Executivo). Ao Judiciário, apenas relega a função de “boca de lei”, uma função discreta de aplicar o primado da legalidade.

Decorre, desta teorização, a noção de neutralização política do Poder Judiciário, uma das grandes características sustentada pelo Estado burguês (FERRAZ JR., 1994, p. 12 e ss.) de cunho liberal, e que é suscitada hodiernamente, como um fator indispensável para a tripartição dos poderes, conforme será melhor explicitada a seguir.

2.2 Separação dos Poderes e a neutralidade política do Judiciário

A partir da teoria da tripartição dos poderes criou-se um dogma de que o Poder Judiciário é um poder politicamente neutro. A neutralização do Poder Judiciário significava um distanciamento do direito das bases sociais para assumir uma postura mais ética. A neutralização também enaltece a centralidade da lei como fonte de direito. Como a subsunção era o método utilizado para aplicar a lei aos casos concretos, ao Juiz não caberia analisar se a decisão desagradaria ou não (FERRAZ JR., 1994, p 12 e ss.).

Entretanto, esta concepção liberal da função do Judiciário passou por diversas alterações, a partir de vários fatores sociais e jurídicos, seja por meio das novas diretrizes assumidas pela Hermenêutica Constitucional, seja pela alteração do paradigma de Estado, de Estado Liberal, para Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) (DALLARI, 2007, p. 76 e ss.), em que se obrigou dos textos legislativos e, inclusive, dos magistrados, uma postura mais politizada, para buscar alcançar nortes de igualdade material e não meramente formal dos indivíduos perante as leis.

O Judiciário garante a sua legitimação liberal a partir da congruência entre duas funções: a função instrumental (partir de leis abstratamente) e a função expressiva (subsumir a aplicação da lei ao caso concreto). Esta neutralização política do Poder Judiciário que decorre do liberalismo burguês, não representa um “alheamento”, pois desde o histórico americano das decisões de Marshall vs Marbury³, iniciando o

³ O caso Marshall vs. Marbury (1803) representou, em linhas gerais, um importante momento do Judiciário no controle dos atos do governo e dos atos do Parlamento, baseando-se na Constituição (Higher Law). Apesar de não ser o único e nem o mais importante caso para as lições essenciais do Constitucionalismo moderno e dos pilares do Controle de Constitucionalidade, com bem acentua Levinson (2009, p. 137-167), é mais tradição do que efetivamente algo paradigmático na história do Direito Constitucional. Porém, as origens do controle de constitucionalidade são bem anteriores, como por exemplo, o caso Bonham em 1607, em que o Lord Coke defendia a supremacia do trabalho interpretativo dos magistrados (*common Law*) sobre o direito criado pelo Legislativo (Parlamento Inglês). Ao caso Marshall é atribuído aos juízes o *judicial review*, ou seja, o Legislativo sendo limitado, fundamentadamente pelo Poder Judiciário, a partir da interpretação dos preceitos constitucionais, fazendo surgir o então chamado “sistema difuso do controle da constitucionalidade das leis”, hoje realizado por qualquer juiz no momento de julgar a questão concreta (VIEIRA, 2002).

constitucionalismo jurídico moderno, o Judiciário decide com base na Constituição mas a mesma é dita por eles (FERRAZ JR., 1994, p 12 e ss.).

Esta neutralização, exemplificativamente, determina que o uso da força só possa se dar, primeiramente, pelo Poder Judiciário, estando negada pelo uso de legislativo e, com certas ressalvas, pelo Executivo. O Judiciário não concentra a força, mas filtra seu uso. O legislativo define a violência e o uso da força em abstrato, e o Judiciário a materializa. E, quando a Justiça é politizada, o uso da força “faz do Juiz um justiceiro e os tribunais, de exceção” (Ibidem).

Nas complexas sociedades tecnológicas dos nossos dias, alteram-se o sentido dos controles sociais e jurídicos. O crescimento do Estado de Bem-Estar Social alterou, reverteu alguns postulados básicos do Direito, inclusive a divisão dos poderes. O direito à igualdade, torna-se um direito a ser perquirido de forma igual como condição de acesso à própria cidadania. Assim, os direitos sociais, saem do campo meramente programático para serem obrigatoriamente pautas de implementação do Poder Judiciário (Ibidem).

Aumenta-se o número de “consumidores” de direitos, os direitos assumem caráter coletivo, e, com isso, novas formas procedimentais surgem – as ações coletivas (ação civil pública, ação popular etc.). Em consequência, a neutralidade política do Poder Judiciário é afetada porque o Juiz passa a ser corresponsável para com a efetivação dos direitos. A responsabilidade do Juiz “alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social (Ibidem).

Dois princípios na visão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (p 12 e ss.): o princípio da imunidade do Estado e o princípio da coisa julgada. A imunidade do juiz é alterada porque, anteriormente, o juiz era considerado mero funcionário do Estado. Com a desneutralização política do Poder Judiciário o Juiz tem um papel de relevo, “não exerce a função, mas assume o poder de julgar contenciosamente os fatos” (Ibidem).

O tema da criação e aplicação das normas, que vem desde a Revolução Francesa, envolve a separação dos poderes do Estado, e que classicamente se estabeleceu que a função jurisdicional é cabível unicamente aos juízes, de decidir, que cabem aos legisladores criam as leis e o Judiciário as aplica. Entretanto, modernamente vem crescendo o papel do Juiz como “legislador negativo”, como consequência do princípio da hierarquia constitucional enquanto se faz valer do controle de jurisdicional das normas superiores sobre as normas inferiores;

Quando o Tribunal declara a inconstitucionalidade de uma lei ele exerce uma atividade de legislador negativo, ou “destruidor de leis”. Ou seja, estas sentenças declaratórias de inconstitucionalidade tem o mesmo papel das leis que derrogam outras. Entende-se que aplicar a norma é extrair dela as consequências que dela estão meramente em abstrato e geral (Ibidem).

Há objeções sobre a divisão dos poderes e a legitimidade democrática dos juízes, mas o autor responde a elas afirmando que a possibilidade de se atribuir grau vinculante à Jurisprudência é um mecanismo de possibilitar a própria separação entre os referidos poderes. Mas o autor considera a objeção de que o Judiciário não detém legitimidade democrática um argumento débil e inconsistente, pois a atribuição normativa é parte do controle dos demais poderes (Ibidem).

2.3 Críticas à Teoria da Separação dos Poderes

Paulo Bonavides (2005, p. 555) acentua muito bem a importância da manutenção do Princípio de Separação dos Poderes na atualidade, depois de estar este desvinculado da rigidez que o marcava no passado: A verdade é que ele tomou nas formas constitucionais contemporâneas, depois de iluminado por uma compreensão interpretativa sem laços com a rigidez do passado, um teor de juridicidade só alcançado por aqueles axiomas cuja importância fundamental ninguém contesta nem fica exposta a sérias dúvidas doutrinárias (...) Com efeito, poderia afigurar-se um anacronismo, reproduzir aqui as lições dos constituintes e publicistas do liberalismo que, durante o curso dos séculos XVIII e XIX, vazaram, em fórmulas lapidares, tanto nas Constituições como nas páginas de doutrina, a intangibilidade da separação de poderes. Mas nunca essa censura se poderia fazer àqueles autores e àquelas Constituições que ainda no fim do século XX mantêm o princípio em apreço como uma das pedras inquebrantáveis do edifício constitucional, cavando alicerces que, se abalados fossem, fariam desabar toda a construção.

Assim, a Teoria da Separação dos Poderes teve que passar por uma revisão, através da ampliação de seus conceitos e da sua adaptação à realidade sócio-política, permanecendo nas Constituições democráticas com a ideia de colaboração de poderes. A colaboração entre os poderes do Estado tornou-se possível através de técnicas que coadunaram a autonomia organizacional de cada poder com a possibilidade de intercomunicação de funções, desempenhadas sistematicamente em cooperação mútua. Desse modo, a nova acepção da divisão de poderes materializou-se por meio da independência orgânica e da harmonia entre os órgãos legislativo, executivo e judiciário, especialmente nos sistemas presidencialistas.

Segundo José Afonso da Silva (2004, p. 110), atualmente, a independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não depende da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. Percebe-se, portanto, que a independência orgânica é entendida como a possibilidade de cada poder se auto organizar e desempenhar suas funções típicas sem se subordinar aos outros, estando apenas sujeitos aos ditames legais.

3. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial

3.1. Neoconstitucionalismo: características principais

Muito tem-se empregado algumas definições para se definir os moldes do Direito Constitucional no século XXI, afirmando-se que o atual cenário seria caracterizado como um “neoconstitucionalismo”, “pós-positivismo” ou “nova hermenêutica”. Entretanto, como bem salienta Horbach (2007, p. 82), trata-se da “roupa nova do direito constitucional brasileiro”.

Manoel Gonçalves discorre sobre a real possibilidade de se afirmar que a estrutura social hodierna pode ser chamada de pós-moderna a suscitar a intervenção de um direito constitucional pós-moderno, e o neoconstitucionalismo. Objetivando traçar uma linha entre a modernidade e a pós-modernidade, costuma-se afirmar que a era moderna inicia-se em meados do século XV com a queda de Constantinopla e conforme, escrito por Maquiavel, com a estruturação dos Estados como estrutura política moderna, nascendo o moderno constitucionalismo a partir do século XVII com os tratados de Westfalia, seguindo-se pelos anos até as Revoluções Burguesas norte-americanas e francesa do século XVIII.

O professor critica quem tenta colocar como marco divisório da modernidade para a pós-modernidade a década de 50, pois não acredita que tais mudanças pudessem justificar uma diferença nos moldes estatais assim. Apesar disso, é de se confirmar a presença de um normativismo constitucional após a 2ª Grande Guerra Mundial.

No ponto, Max Weber enunciava que a modernidade consistia em em alguns aspectos, quais sejam: técnico (tecnico-científico), econômico (concentração de meios de produção) e político (aparição do Estado).

Consubstanciado em numerosos pensadores, Chevallier aponta que ocorre uma crise geral das instituições e valores da modernidade. Isto deve levar — põe no futuro dubitativo, note-se — a uma “ultrapassagem da modernidade” (Chevallier, 2008, p. 17). Aliás, o autor já vê essa ultrapassagem praticamente concretizada, pois sugere que “as sociedades contemporâneas entraram numa nova lógica, que resume e condensa o conceito de pós-modernidade” (p. 19). Assim o autor põe no futuro, não tão distante, uma nova conjuntura pós-moderna, sendo, portanto, a fase atual uma fase em que a globalização ativa as diferenças existentes entre os indivíduos.

Chevallier sugere que as transformações havidas contemporaneamente atingiram o direito, que levaram à redefinição do liame jurídico bem como refletiu no estado de direito e na noção de soberania. O primeiro aspecto se funda na questão que o Estado de Direito não só se funda pelo poder do direito mas também é limitado pelo direito, notadamente o internacional. O segundo aspecto, por sua vez, trata do descrédito das democracias representativas, fazendo com que o Juiz (principalmente o constitucional) assumisse um papel político.

Segundo Gonçalves, a visão pós-moderna da democracia a apresentaria como uma democracia deliberativa repousando sobre a confrontação permanente dos interesses sociais e como uma democracia participativa, dando aos cidadãos um direito de supervisão (regard) e um controle (emprise) mais direto sobre a coisa pública (p. 154).

Tal levaria a uma “democracia dialógica”, que implica uma confrontação permanente das opiniões”. Certamente, essa ênfase na deliberação já importa numa participação, portanto, numa democracia participativa. Chevallier, todavia, insiste nesse passo, no desenvolvimento e na multiplicação das experiências da chamada “democracia semidireta”.

Essas transformações na sociedade levaram o direito a ser mais flexível (*soft law* cf. ZAGREBELSKY) dado o papel que os juízes assumem de codeterminação e construção. O direito passa a ser “reflexivo”, ou seja, depende da análise de sua constante efetividade e de seus papéis sociais. Segundo Canotilho (1998, p. 1234 apud GONÇALVES) um “direito reflexivo” autolimitado ao estabelecimento dos processos de informação e de mecanismos redutores de interferências entre vários “sistemas autônomos” da sociedade (jurídico,

econômico, social e cultural). “Por isso se diz que o ‘direito constitucional pós-moderno’ é um ‘direito pós-intervencionista’ (processualizado, dessubstantivado, neo-corporativo, ecológico, medial)”.

O então cenário atual do constitucionalismo que quer se esquivar dos extremismos do positivismo de outrora, e esquecidos da tese de que seria uma constituição dirigente, que muitos dos neoconstitucionalistas até há pouco sustentavam, hoje veem nela o modelo de uma constituição pós-moderna, uma constituição de princípios que prevalecem sobre as regras, uma constituição principiológica. A Constituição de 1988 é mais composta de regras do que princípios.

A ideia de afirmar que o direito é pós-moderno e pós-positivista, promove-se a exaltação da normatividade dos princípios (cf. BARCELLOS, 2006, p. 56).

O pós-positivismo é a designação provisória de um ideário difuso, no qual se incluem a definição da relação entre princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana (BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 56).

Pode-se afirmar que o marco teórico é o da força normativa da Constituição “a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica” (BARROSO E BARCELLOS, 2001, p. 5), mais “a expansão da jurisdição constitucional”, e chega mais longe à “constitucionalização do direito”.

Sobre o conceito de pós-modernismo, Cass Sunstein: “Algumas vezes o pós-modernismo valoriza a fluidez e a transformação por si mesmas e as oferece como fundamento para a prática constitucional”. A expressão pós-positivismo também não oferece melhores interpretações, pois pressupõe que antes dela o positivismo imperava maximamente, e não era verdade, pois vários juristas não eram adeptos a este absolutismo, como Radbruch, Rawls, Reale etc.

O direito moderno não era, por assim dizer, inapto a valores, já que havia a Filosofia dos Valores de Radbruch e outros autores, para quem o direito era considerado um fato ou fenômeno social orientado a valores.

Desmistificando-se outro mito, o de que a normatividade dos princípios era um fenômeno recente, a verdade é que não era assim, pois em diversas vezes haviam referência a aplicação de princípios. É certo que é bem próprio do neoconstitucionalismo sustentar “a superação da regra pelo princípio” (Streck, 2009:204). Isso não pode significar outra coisa senão que o aplicador do direito pode ignorar a regra expressa na lei — na lei expressão da vontade geral, portanto da democracia, pelo que lhe parece a conveniente adequação do princípio ao caso.

A desvalorização da lei contraria o art. 60 da Declaração de 1789, que concebe a soberania popular manifestando-se pela lei e sua supremacia: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou por seus representantes à sua formação”. Em realidade, o neoconstitucionalismo, apesar da pretensa valoração dos direitos fundamentais, não parece familiarizado com essa declaração paradigmática.

Para Manoel Gonçalves, importante asseverar que “a prevalência do princípio sobre a regra consiste na transformação do arbítrio em princípio jurídico, em detrimento da (reacionária...) segurança jurídica, em detrimento da (superada) democracia representativa...” (p. 160).

Afirmava-se que a teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, foi outra característica que ficou agregada ao neoconstitucionalismo, sendo que mesmo antes mesmo da II Guerra Mundial. Nesse diapasão, o neconstitucionalismo também agrega para si a “inovação” de valorar os direitos fundamentais, quando na verdade isso ocorre desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Outra característica que se aponta é a nova hermenêutica, impedindo-se a prestação jurisdicional como mero instrumento “boca de lei”, nos moldes do Direito Napoleônico. Tal ideia peca, antes de mais nada, pela generalização quanto às normas constitucionais. Ou seja, ela vê todas como princípios, quando, inegavelmente, seja na linha de Dworkin, seja na linha de Alexy, a grande maioria delas é formada por regras. Aliás, é excepcional que apontem princípios abstratos, como o faz a Constituição de 1988.

Uma segunda objeção vem do fato óbvio de que as normas se exprimem em palavras que têm sentido na língua usada. Acrescente-se que os princípios de interpretação (Barroso e Barcellos, 2006, p. 69 e segs.), que, ao menos na opinião de um dos neoconstitucionalistas mais em evidência, caracterizam esse novo estilo, se encontram nos especialistas da matéria, como o brasileiro Maximiliano, ou o belga Chaïm Perelman. Ou não passam de desdobramentos de tais princípios. Com exceção de dois. Um é o princípio de “proibição do retrocesso” (Barroso e Barcellos, 2006:76). Vedaria este à revogação ou à restrição de normas que concedam direitos.

Um dos princípios decorrentes de “proibição do retrocesso” (Barroso e Barcellos, 2006, p. 76). Vedaria este à revogação ou à restrição de normas que concedam direitos. Trata-se de uma ideia cujo alcance não foi medido pelo autor, pois, com base nela não se admitiriam novas restrições ao direito de propriedade. É paradoxal que o pós-positivismo que renega o iluminismo, reitere uma das ideias-forças deste, a de progresso. De progresso constante, irreversível, para um mundo sempre melhor.

Outro é o princípio da “dignidade da pessoa humana” (Barroso e Barcellos, 2006: 77 e segs.). Essa dignidade é o fundamento dos direitos humanos, como tenho apontado em outros estudos (Ferreira Filho, 2008:1 e ss.).

Para Gonçalves, Pode-se dizer, tomando em sentido geral o termo constitucionalização, que esse fenômeno está presente desde os primórdios do constitucionalismo, já que todo direito legislado sob uma constituição tem de atender a esta, inclusive respeitando os seus princípios substantivos (mesmo implícitos) e, especialmente, os direitos fundamentais. Tendo em vista esse fato, já ensinavam os mestres franceses que todo o direito, incluído o direito privado, tem sua “tête de chapitre” na Lei Magna.

Portanto, a “constitucionalização do direito” não é um fenômeno novo. O neoconstitucionalismo à brasileira — apesar da sustentação científica de sua principal estrela — não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito. Ele serve de instrumento para implantar o politicamente correto, “reformatar” o mundo e, de passagem, o país, num arremedo de socialismo utópico (para lembrar a lição de Marx).

Algumas das características mais marcantes desta teorização são: a prevalência dos princípios sobre as regras; bem como, a preferência da técnica da ponderação ao invés da subsunção; o axiológico (predomínio da justiça particular sobre a justiça geral), preferência da atuação do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo etc (ÁVILA, 2009).

O fundamento normativo do neoconstitucionalismo de que as Constituições, e, inclusive a Brasileira de 1988, teriam priorizado os princípios sobre as regras, não pode, segundo Ávila, se sobrepujar à importância das regras. Na verdade, a Constituição, segundo o autor, não priorizou nenhuma das normas, mas apenas trouxe funções e eficácias diferentes e complementares (Ibidem).

Aliás, a bem da verdade, a Constituição Brasileira de 1988 é analítica e pormenorizada, composta em sua maioria, por regras, e não tanto por princípios. E a escolha por regras na Constituição tem a função de reduzir ou eliminar problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. Diminui-se a discricionariedade e a incerteza através da previsibilidade obtida com as regras. Portanto, é falso o fato de que a Constituição Brasileira seria principiológica, mais adequado seria dizer que seria regulatória (ÁVILA, 2009).

Entretanto, no que tange a este aspecto normativo, se a característica primordial da Constituição Pátria é de que ela é regulatória, como lidar com a questão do método de ponderação entre normas, pois isso poderia gerar uma ruptura nos moldes do teorizado do neoconstitucionalismo no Brasil (Ibidem).

Conforme já enfatizado, princípios e regras possuem funções importantes e diversas. E, mesmo havendo mais regras do que princípios, é cediço afirmar que estes possuem uma relativa superioridade em relação às regras, pois possuem as funções interpretativas, bloqueadoras ou integrativas das regras constitucionais. Também não se pode preterir as regras em favor dos princípios pura e simplesmente. A existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir conflitos. Uma indagação é se o critério da ponderação pode ser utilizado como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico. A resposta, segundo Ávila, é que não. Pois isso levaria a um “anti-escalonamento” da ordem jurídica, pois as leis são escalonadas para que cada uma cumpra seu papel, se não houvesse, teríamos apenas a predominância da Constituição (constitucionalização da ordem jurídica).

A supervalorização dos princípios constitucionais gera uma desvalorização do legislativo, depreciando-se o papel democrático desta função estatal já que este criou as regras. A aplicação predominante dos princípios sobre as regras ofendem três princípios: o da legalidade, o princípio democrático e o da Separação dos Poderes. Leva-se a um paradoxo: interpreta-se a constituição obedecendo-se parte dela e violando-se outra parte (ÁVILA, 2009).

O paradigma da ponderação conduz ao subjetivismo e conduz a uma limitação do papel heterolimitador do Direito, pois este existe para orientar condutas a serem adotadas. Se prevalecesse a ideia da ponderação principiológica, as regras seriam mesmo conselhos (Ibidem).

O problema, contudo, não está na ponderação em si, ou na subjetivação advinda da aplicação dos princípios levando a um constitucionalismo direto e horizontalizado. O que é problemático é a utilização dos princípios como critério para fundamentar uma decisão, desconsiderando-se as regras diretamente relacionadas a ela. Neste aspecto, a

ponderação levaria a uma subjetivação incontrolável e incompatível com a separação dos poderes. Isto é, não pode o aplicador, simplesmente, desconsiderar a opção do legislador em favor daquela que melhor lhe aprouver (ÁVILA, 2009).

Apenas quando não haja regra constitucional para regular a questão, é que deve haver uma ponderação principiológica, mas esta ponderação deve: a) indicar os princípios objetos da ponderação; b) efetuar a ponderação; c) justificar e fundamentar a ponderação feita (Ibidem).

Quanto ao critério axiológico, questiona-se: é possível afirmar que mesmo a Constituição sendo composta mais de regras do que de princípios, a justiça criada em casos particulares deve se sobrepujar à justiça geral e abstrata? Não se desconsidera que as decisões devam se atentar aos casos concretos, mas é importante que estas se deem de modo sistemático, atendendo-se a critérios gerais. Isso porque, a primazia das considerações particulares, seria preconizar o caráter arbitrário dos aplicadores.

Quanto ao fundamento organizacional, levar-se-ia a consideração que a ponderação exigiria um papel mais adequado a ser exercido pelo Poder Judiciário (por meio de ativismo judicial) em maior destaque que o do Poder Legislativo, também outra crítica merece ser levantada, fora as já apontadas diante dos critérios normativos e metodológicos. Isso porque, se as regras estão em maior quantidade e não podem ser casuisticamente afastadas em nome dos princípios, assim também o Legislativo não pode ser desvalorizado ou pensado em menor importância. Cabe enfatizar, finalmente, que é através do Poder Legislativo que as discussões são feitas com a maior participação da votação de todos. Isso também não desmerece o caráter do Poder Judiciário, mas apenas ressalta a divisão de poderes (Ibidem).

3.2. Causas do ativismo judicial

Antes de proceder à investigação das causas do fenômeno definido como “ativismo judicial”, prima-se pela denominação e breves apontamentos históricos sobre a origem do termo, que, conforme se depreenderá, possui significados múltiplos.

3.2.1. Conceito e origem do termo

De acordo com Kmiec (2004, p. 1441) a Suprema Corte Americana o ativismo judicial nem sempre é coisa ruim. O termo ativismo judicial ou ativista judicial surgiu na década de noventa, mas se tornou muito frequente e largamente utilizado nos debates nos primeiros quatro anos do século vinte um.

Ao mesmo tempo que o termo se tornou mais “lugar comum” aumentou-se o problema com a sua definição, pois desde as primeiras vezes em que o termo foi utilizado, estava imbuído de uma série de significados. Alguns doutrinadores sugerem que o termo “ativismo judicial” hoje é um termo vazio, porém, num dado contexto, quando o termo é devidamente clarificado, o assunto ganha uma discussão construtiva.

Na verdade, a história da questão relacionada ao ativismo judicial inicia-se antes mesmo da criação do termo, antes do século vinte, quando se falava em legislação judicial, ou seja, juízes fazendo uma lei positiva.

Sobre as origens do termo, se foi em algum julgado ou publicação, remonta-se a Arthur Schlesinger Jr. que teria introduzido o termo “ativismo judicial” num artigo publicado na Revista *Fortune* em janeiro de 1947. Schlesinger analisou o trabalho de nove Cortes Judiciais que exploraram a função do poder judiciário numa democracia, na análise da constitucionalidade de leis.

Segundo o ativismo judicial verificado por Schlesinger, jurisdição e política caminham sempre juntas e inseparáveis. Porém, a lei fixa significados e a fuga dos mesmos é inapropriada ainda que para favorecer ou beneficiar determinados grupos.

Schlesinger sustenta que o ativismo serviria para remediar os problemas e erros do legislativo, pois, um ato só poderá ser superado por um órgão de mesmo nível. E, neste caso, o trabalho do Judiciário teria natureza legislativa quando afasta outro ato legal que viola a Constituição.

No Brasil, grande foi a contribuição da Carta Magna de 1988 para que o Judiciário, apenas além de controlar e fiscalizar a legalidade, pudesse assumir também o papel de “guardião da legitimidade”⁴, já que em inúmeros dispositivos o constituinte originário determinou pautas de controle de constitucionalidade bem amplas, inclusive por omissão constitucional, o que relega ao Judiciário um papel bem mais ativo do que o outrora “juiz boca de lei”.

Assim, o ativismo judicial pode ser identificado nas atribuições em que o Judiciário passa a “criar” o Direito, ou seja, assume a função ora de legislador negativo, contendo as eventuais falhas do Poder Legislativo, mas, sobejamente, quando atua positivamente, na criação de normas que se equiparariam a textos legais, em total arrepio à tradicional teoria da separação dos poderes.

3.2.2. Ativismo Judicial como condição de efetivação dos direitos fundamentais diante da inércia dos demais poderes e resultado da crise da democracia representativa

Como constata Elival da Silva Ramos, “a Constituição de 1988, em termos de sistema político, optou, claramente, pela democracia social de cunho participativo, como se percebe pela compreensão do ato legislativo como instrumento de governo, pela atenuação dos rigores da separação de Poderes clássica, pela abrangência do catálogo de direitos fundamentais do homem, pelo papel ativo do Estado na ordem econômica e social e, finalmente, pelo incentivo à participação política, mediante a consagração de instrumentos diversificados de acesso, direto e indireto, da cidadania ao poder” (RAMOS, 2010. p. 481-482).

3.3 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: análise de julgados emblemáticos

A doutrina brasileira foi responsável por elencar ao *habeas corpus*, criado pelo Código de Processo Penal de 1832. O *habeas corpus* que era tradicionalmente usado para

⁴ Termo utilizado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

restrições da liberdade de locomoção, a casos conexos a estas formas de violência. Depois, o Estado passou a restringir a *teoria do habeas corpus*.

Sobre a aplicação irrefletida da modulação dos efeitos temporais, é preciso observar se a lei inconstitucional é nula ou anulável, a fim de conceber se há aproveitamento ou não dos efeitos já produzidos por ela antes da declaração da inconstitucionalidade.

Apenas por meio de exceção expressa poderá se flexibilizar os efeitos da anulação da lei inconstitucional. A convalidação é sempre parcial. A Lei 9868/99 autorizou a modulação dos efeitos temporais da decisão de controle. O STF declarou o efeito *ex nunc* para garantir a segurança jurídica.

Entretanto, a possibilidade trazida no art. 27 da Lei 9868/99 tem feito com que o STF, por vezes, abuse do poder de modulação dos efeitos temporais, principalmente no controle abstrato de normas. Há que se comentar, também, o efeito de perda do mandato eletivo por mudança de filiação ou infidelidade partidária, tal como construído pretorariamente pelo TSE, por afirmar-se que o cargo pertence ao partido.

Um outro ponto crítico é a implementação de direitos sociais consagrados em normas de eficácia limitada, como, por exemplo, garantir vagas em creches ou escolas para crianças. Estes direitos fundamentais referidos nestas normas, constituem “guardas de flancos”, ou seja, os poderes públicos não podem deixar de prestar para alguém do nível de prestação já realizada – o núcleo essencial já realizado desses direitos. Ou seja, os direitos consagrados em normas programáticas não quer dizer que eles não tem vinculação dos poderes públicos: são direitos subjetivos.

Sobre a limitação eficaz das normas constitucionais, cabe ressaltar que nem todo direito social decorre de norma programática. Outra questão a ser destacada é que a interpretação-aplicação da Constituição não pode ser feita mediante discricionária atribuição de efeitos, devendo o juiz se ater aos critérios hermenêuticos, a fim de aferir eficácia plena ou limitada. Neste aspecto, em relação à ação declaratória de inconstitucionalidade não persiste maiores problemas. Porém, em relação ao mandado de injunção há problemas na doutrina e na jurisprudência quanto aos seus efeitos, pois há uma convergência entre ele e a ação direta de inconstitucionalidade.

3.4. Críticas ao ativismo judicial

Conforme bem destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a judicialização da política – que, a seu ver, foi inclusive desejada pelo Constituinte originário, uma vez que o Judiciário gozava, à época da CF/88, de uma maior confiabilidade do que o Legislativo e o Executivo – tem como contrapartida inexorável a politização da justiça (p. 213-214). Porém, o autor assinala um *déficit* de legitimidade democrática no que se refere à ampliação do papel do Poder Judiciário, típica do ativismo judicial.

Contemporaneamente, sobretudo, o controle de constitucionalidade é tido como a “garantia *sine qua non* da imperatividade da Constituição”, já que, conforme afirma Ferreira Filho “onde ele inexistente ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações cuja eficácia fica à mercê do governante” (FERREIRA FILHO, p. 219). Porém, um ativismo decorrente deste controle, poderiam não apenas fortalecer a Constituição, como, negativamente,

enfraquecê-la, na medida em que “o ato inconstitucional não é mais nulo ex natura... Seus efeitos poderão persistir mesmo depois de reconhecida a infração à Constituição” (Ibidem, p. 242).

Segundo as críticas bem observadas do autor acima, o ativismo judicial baseado na afirmação de um princípio constitucional não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor ou afastar normatização que ultrapasse os limites de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de conduta. O princípio da máxima efetividade não constituiria impedimento à atribuição de eficácia limitada para normas constitucionais sem referência à necessidade de providências integrativas? Ainda de acordo com esse enfoque, até que ponto o controle de constitucionalidade por dar ensejo à imposição de condutas não previstas em lei pelo legislador ordinário (disciplina acerca do nepotismo, por exemplo)?

Em relação à implementação de direitos sociais veiculados por normas de eficácia limitada, a jurisprudência do STF já manifestou entendimento no sentido de que “a omissão das providências legislativas e administrativas autorizaria o Poder Judiciário a convolá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que daria amparo a decisões condenatórias em face da entidade federativa omissa” (p. 265). Nesses casos, claramente o Judiciário estaria substituindo o legislador ordinário, ao arrepio da separação de poderes.

4. Considerações finais

Tendo em vista que fenômeno da judicialização da política, observada de forma acentuada na atual conjuntura política nacional, remonta a discussão acerca do ativismo judicial, tendo sido o principal esforço deste trabalho o de perpassar necessário caminho histórico/teórico pertinente ao tema. A partir da pesquisa realizada, foi possível concluir, a partir da clássica Teoria da Tripartição de Poderes, que os desequilíbrios entre as diferentes funções estatais não pode passar a largo de uma análise crítica/científica. No entanto, prefacialmente, constatamos que, sob a égide da moderna doutrina acerca do tema, não mais há que se falar em separação dos poderes, mas sim em cooperação.

Sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, de outro lado, observamos que a Constituição Pátria vigente é muito mais regida por regras do que por princípios, motivo pelo qual o legalismo permanece relevante na hierarquia normativa. Tal distinção funcional, no entanto, não rechaça a teoria da tripartição dos poderes – pelo contrário, a reforça.

A seguir, fizemos breve leitura acerca das críticas da teoria da tripartição dos poderes, chegando-se à conclusão de que tal perspectiva clássica ainda é pertinente e necessária nos ordenamentos democráticos, sobretudo sob a visão de que se trata de cooperação, e não de separação total dos poderes. Assim, na medida em que a função legislativa e executiva não dá conta de problemas de ordem estrutural/conjuntural, a prestação jurisdicional se faz legitimadora, e não usurpadora do processo democrático e da construção de um Estado de Direito, ainda que seja tarefa difícil discernir em que medida o exercício das funções estatais atípicas é benéfico, e em que medida ele passa a fragilizar as estruturas de poder.

5. Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. **A política**. Hemus s/data.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado. N. 17. Jan/fev/mar. 2009. Salvador: Bahia.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **The scientific study of judicial activism**. Minnesota Law Review, 2007, vol. 91, pp. 1752-1784.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário à frente da divisão dos poderes**: um princípio em decadência? Revista USP, n. 21, p. 12-21, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira**. In: Revista de Direito Administrativo.

HORBACH, Carlos Bastide. **A Nova Roupa Do Direito Constitucional**: Neo-Constitucionalismo, Pós-Positivismo e outros Modismos. RT-859. Doutrina Civil – 3ª Seção. Maio 2007.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of “judicial activism”**. California Law Review, 2004, vol. 92, pp. 1441-1477.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril, Coleção “Os pensadores”.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril. Coleção “Os pensadores”. Livro décimo primeiro).

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência Política. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the case against judicial review**. In: The Yale Law Journal.

Responsabilidade das construtoras por créditos resultantes dos contratos de subempreitada: uma análise crítica

Luziene Aparecida Silva Borges¹

Maria Conceição Martins Ferreira Castro²

265

Sumário: 1. Introdução. 2. Relação de trabalho e relação de emprego e seus elementos caracterizadores. 3. Sujeitos do contrato de trabalho: empregador e empregado. 3.1. Conceito e caracterização. 3.2. Tipos de responsabilidade. 3.2.1. Responsabilidade solidária. 3.2.2. Responsabilidade subsidiária. 3.3. Terceirização. 4. Contrato de subempreitada. 4.1. Responsabilidade do dono da obra: construtoras. 4.2. Responsabilidade do empreiteiro principal no caso de subempreitada. 4.3. Responsabilidade da construtora no caso de subempreitada. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Resumo: Busca-se com esta pesquisa analisar alguns aspectos da relação de trabalho e emprego entre os empregados de subempreiteiros e o empreiteiro principal, sendo este último uma construtora, considerando para isso as características da responsabilidade solidária ou subsidiária, em contratos subempreitada, no que tange as obrigações trabalhistas eventualmente descumpridas pelos subempreiteiros. A problemática visa definir qual o tipo de responsabilidade das construtoras em relação aos funcionários de subempreiteiros nos contratos de subempreitada inadimplidos. A discussão está pautada na Súmula 331, IV do TST o artigo 455 da CLT colaborada com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como com os artigos 593 a 609 que se trata da prestação de serviços, artigos. 610 a 626 do contrato de Empreitada como também dos artigos 927 a 954 da obrigação de indenizar, todos do Código Civil de 2002. Trata-se uma pesquisa qualitativa e exploratória, com levantamento bibliográfico na produção e análise empírica de dados factuais. Pretendemos, portanto, levantar a discussão quanto à responsabilidade civil das construtoras por créditos resultantes dos contratos de subempreitada à luz da legislação e jurisprudências atuais a fim de vislumbrar a realidade das empresas dessa área, principalmente as construtoras, no que tange a responsabilização de suas atividades em relação ao inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Palavras-chave: Relação de trabalho e emprego; Responsabilidade Civil, Construtoras e Subempreiteiros.

¹ Aluna do 10º Período do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unitri. E-mail: luzborges69@gmail.com.

² Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo - Unitri. Mestra em Direito das Relações Sociais. E-mail: conceicao.jur@gmail.com.

1. Introdução

Esta pesquisa busca analisar alguns aspectos da relação de trabalho e emprego entre os empregados de empreiteiros e o empreiteiro principal, sendo este último uma construtora, considerando para isso as características da responsabilidade solidária ou subsidiária, em contratos de empreitada, no que tange as obrigações trabalhistas eventualmente descumpridas pelos subempreiteiros.

A problemática visa definir qual o tipo de reponsabilidade das construtoras em relação aos funcionários de subempreiteiros nos contratos de subempreitada inadimplentes.

266

O objetivo geral deste trabalho é, portanto o de definir se há responsabilidade solidária ou subsidiária entre as construtoras e os empregados de subempreiteiros na relação trabalhista e como ela se apresenta diante da legislação. Seguindo com os objetivos específicos de conceituar relação de trabalho e emprego e seus elementos caracterizadores, enfocando os sujeitos do contrato de trabalho, os poderes do empregador e os tipos de responsabilidade civil aplicadas. Busca-se também compreender o contrato de subempreitada com seus tipos de atividades e as responsabilidades envolvidas.

O método utilizado será o levantamento bibliográfico em que faremos uma análise crítica da legislação como a Súmula 331, IV do TST que trata do Contrato de Prestação de Serviços e sua Legalidade e o Artigo 455 da CLT que abrange a responsabilidade solidária e subsidiária das construtoras em contratos de subempreitada e os Artigos 264 a 285 do CC que trata da Responsabilidade Solidária.

A responsabilidade solidária diferencia-se da subsidiária por ser a primeira uma obrigação que não se presume, pois se resulta da vontade das partes, expressa, ou da lei, já a segunda que é subsidiária, é tida como uma responsabilidade “reserva”, que após o exaurimento da obrigação de outro devedor, dito principal, busca-se com o “reserva” que a obrigação do pagamento seja cumprida.

Esta subsidiariedade é a que mais tem embasado as jurisprudências em resolução de conflitos trabalhistas, seguindo principalmente o princípio da hipossuficiência, em que o empregado fica refém dos interesses dos seus empregadores.

A necessidade de se entender essa relação de responsabilidade solidária e subsidiária entre as construtoras e os empregados de subempreiteiros na relação trabalhista é que permeia esta pesquisa, pois se busca analisar como a legislação e a jurisprudência vem sendo utilizada pelo judiciário na resolução dos conflitos de responsabilidade das construtoras em relação aos funcionários de subempreiteiros nos contratos de subempreitada.

Teremos como base nessa pesquisa os ensinamentos de MARTINEZ (2011), que traz nos seus capítulos 4, 5 e 6 uma abordagem complexa e bastante abrangente da relação de emprego e contrato de emprego e a distinção entre empregado e empregados nesta relação e BARROS (2012), que engrandece nosso trabalho com informações bastante impertinente nos Capítulos VII a XVIII, com destaque para o contrato de trabalho sua classificação e elementos integrantes.

Temos também a obra de DELGADO (2014) que se tratando do Direito do Trabalho traz no seu Livro II, Capítulos IX, X, XI, XII e XIII, contribuição significativa para nossa

discussão no que tange a questão da relação de trabalho e emprego, a caracterização do empregado e do empregador e os tipos de responsabilidades que envolve esta relação como também a questão da terceirização trabalhista.

Nossa análise nas fontes secundárias teremos como base GONÇALVES (2014), em seu volume 4 que trata exclusivamente da Responsabilidade Civil, onde traz uma abordagem muito importante quanto à responsabilidade dos empreiteiros e construtores (p. 270-279) na questão dos contratos de empreitada.

Utilizaremos também dos ensinamentos de Maria Helena DINIZ (2010) quanto aos conceitos, origem, evolução, formas, espécies e elementos da responsabilidade civil objetiva e contratual, o que também será colaborado com as ideias de DIAS (2007), CAVALIERI (2015), GONÇALVES (2014) e TARTUCE (2015).

2. Relação de trabalho e relação de emprego e seus elementos característicos

Na concepção jurídica a relação de trabalho é o gênero, enquanto a relação de emprego é a espécie, isto porque, a primeira é mais genérica e abrange todos os vínculos jurídicos que permeiam o labor humano, enquanto a segunda é um tipo jurídico específico dentre vários da relação de trabalho o que a identifica como uma espécie.

Nesta diferenciação vale ressaltar que nem toda relação de trabalho contém uma relação de emprego, mas toda relação de emprego envolve uma relação de trabalho. A dependência da relação de emprego com a relação de trabalho está na questão da subordinação do empregado em relação ao seu empregador como veremos adiante (MARTINEZ, 2011, p. 132).

Ambas mesmo estando inseridas na discussão das questões do labor humano são tratadas de forma especial e distinta pela legislação brasileira. Destaca-se a relação de emprego que é o foco de nossa pesquisa, constantes na CLT e na legislação complementar.

De acordo com MARTINEZ (2011, p. 116):

A relação de emprego é caracterizada pela necessária cumulação de alguns elementos. São, portanto, configuradores dessa especial relação a conjunção dos seguintes elementos: personalidade, onerosidade, não assunção (pelo prestador) dos riscos da atividade do tomador de serviços, duração contínua ou não eventual e subordinação.

Desta forma é notório que as relações de trabalho e de emprego se diferenciam no mundo jurídico, especialmente, em função da legislação aplicável e, conseqüentemente, pela intenção do legislador na forma de tutelar o “trabalho” ou definir quem é empregado e quem é empregador.

A relação de emprego é uma das modalidades da relação de trabalho e esta se caracteriza pela prestação de serviços por pessoa física, ou seja, pessoa natural; levando em conta todas suas qualidades e aptidões pessoais, portanto com personalidade; contratado conforme a CLT, sob a dependência do empregador e mediante salário que

caracteriza ser de forma não eventual; efetuada com onerosidade que caracteriza pela existência de uma retribuição em pecúnia com meta à subsistência humana e por fim em caráter de subordinação que significa ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior aquele onde se encontra outro sujeito, ou seja, estar sob ordens de outrem(MARTINEZ, 2011, p. 116-119)

A discussão sobre a diferenciação entre relação de trabalho e de emprego ganhou maior relevância após a alteração do artigo 114, I da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, em que a Justiça de Trabalho não era competente para julgar litígios da relação de trabalho, mas somente que envolvessem relações de emprego. Com essa ampliação as relações de trabalho e emprego estão sob a esfera da Justiça do Trabalho de forma total e completa, sendo ela a responsável direta para dirigir sobre estes conflitos.

3. Sujeito do contrato de trabalho: empregados e empregadores

3.1. Conceito e caracterização

Empregado é o sujeito que presta algum tipo de trabalho a outrem. É aquele que está subordinado ao tempo e ao local da execução de uma determinada atividade. Ele não tem autonomia sobre suas tarefas, pois quem as ordena e as qualifica é seu empregador (MARTINEZ, 2011, p. 135).

De acordo com o artigo 3º da Consolidação das Leis do trabalho:

Artigo 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (Parágrafo incluído pela Lei nº 4.072, de 16-06-62)

Para MARTINEZ (2011, p. 153), a definição de empregado se caracteriza:

No contexto do contrato de emprego, o empregado aparece como sujeito prestador do trabalho, vale dizer, aquele que pessoalmente, sem auxílio de terceiros, despende, em caráter não eventual e sob direção alheia, sua energia laboral em troca de salário; aquele que, por não exercer atividade por conta própria, não assume riscos da atividade na qual está incurso.

Levando em conta estas definições devemos considerar cinco requisitos essenciais para a caracterização da figura do empregado, qual seja: ser pessoa física, ter caráter de

não eventualidade na prestação dos seus serviços, apresentar dependência do empregador em relação a ordens e subordinação, obter pagamento de salário e prestação pessoal de serviços, todas de forma comum e conjunta.

Existem vários tipos de empregados que podemos destacar como o empregado em domicílio que é aquele que presta serviços em sua residência ou em oficina de família (artigo 83 da CLT); o empregado aprendiz que conforme parágrafo único do artigo 80 da CLT define aprendiz como “o menor de 12 a 18 anos sujeito a formação profissional metódica do ofício em que exerça o seu trabalho”; o empregado doméstico que de acordo com a Lei 5.859/72 “é aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa a pessoa ou família, no âmbito residencial destas”; o empregado rural que segundo a Lei 5.889/73 “é a pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços com continuidade a empregador rural, mediante dependência e salário”; o empregado público que é aquele funcionário da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, suas autarquias e fundações, que seja regido pela CLT e que possuem os mesmos direitos do empregado comum. Temos que considerar também como empregado o Trabalhador Autônomo, Trabalhador Eventual, o Estagiário e o Trabalhador Avulso (BARROS, 2012, p. 172).

Empregador, por sua vez, é aquele que concede a outrem a oportunidade de um trabalho e que nesta relação assume os riscos da atividade, tem o poder de admitir, demitir, assalariar e ordenar a prestação pessoal de serviços de outra pessoa sendo este seu empregado (BARROS, 2012, p. 207).

Esta subordinação está relacionada à capacidade de deter o capital o que com isso, consegue ter em seu poder a atividade de outrem sob condições de pagamento de um salário e subordinação de suas ordens e desordens.

MARTINEZ leciona (2011, p. 183):

No contexto do contrato de emprego, o empregador aparece como sujeito concedente da oportunidade de trabalho. Ele pode materializar a forma de pessoa física, de pessoa jurídica (entes políticos, associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos) ou até de ente despersonalizado, excepcionalmente autorizado a contratar (condomínios, massa falida, espólio, família etc.). Em qualquer circunstância, porém, o empregador assumirá os riscos da atividade desenvolvida e orientará o modo de execução das tarefas de que será destinatário. Como contrapartida pela execução dessas tarefas, o empregador oferecerá uma retribuição pecuniária intitulado salário, aqui identificado em sentido amplo.

De acordo com o artigo 2º da Consolidação das Leis do trabalho (CLT), também se verifica esta condição,

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiver sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Podemos destacar, portanto que a característica do empregador ao assumir os riscos da atividade desenvolvida traz consigo uma carga diferenciadora da característica do empregado, que sede sua força de trabalho em troca de pagamento de um salário e de sua subordinação (MARTINEZ, 2011, p. 185).

3.2. Tipos de responsabilidade civil

A Responsabilidade Civil se divide em responsabilidade solidária e subsidiária, e serão abordadas, pois estão relacionadas ao tema em questão.

3.2.1. Responsabilidade solidária

A Responsabilidade solidária é aquela em que na mesma obrigação há mais de um responsável e cada um é obrigado pela totalidade.

De acordo com o artigo 264 do Código Civil: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

Neste sentido o artigo 265, também do Código Civil estabelece que “A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes”.

Assim diante de uma situação de responsabilidade solidária o credor poderá exigir o cumprimento de todos os devedores arrolados no processo, bem como de só um deles. E no caso de só um deles cumprir a obrigação, caberá a ele o direito de regresso quanto aos outros, por se tratar de obrigação solidária, ou seja, não haverá prejuízo individual.

Reforça este entendimento o artigo 942 do Código Civil:

Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no artigo 932.

No caso das construtoras nas relações de trabalho com empregado de empreiteiro essa responsabilidade não se aplica, uma vez que, não é ela o responsável direto pelo vínculo empregatício do empregado, mas sim seu empregador, que no caso será o subempreiteiro.

As construtoras, portanto, diante do que preconizam os artigos 264, 265 e 942 do Código Civil não terão responsabilidade solidária quanto a empregado de subempreiteiros mesmo tendo elas usufruído dos benefícios do trabalho do empregado.

A CLT, em seu artigo 455, traz um exemplo de responsabilidade solidária:

271

Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

As construtoras não respondem solidariamente por não serem consideradas, nesse caso, o empreiteiro principal, mas sim a tomadora da obra.

Aplicar o artigo 455 da CLT para responsabilizar as construtoras nos casos de inadimplementos das questões trabalhistas em relação a empregados de subempreiteiros não é lícito e tem causado grandes controvérsias, pois, já houve casos em que alguns magistrados entenderam serem as construtoras responsáveis solidárias com empregados de subempreiteiros, porém, como veremos em julgados recentes o que tem sido aplicado não é a responsabilidade solidária, mas sim a responsabilidade subsidiária.

Portanto, a Responsabilidade Solidária só se dará nas questões trabalhistas diante de previsão expressa em contrato de prestação de serviço para responsabilizar tanto, direta, como, indiretamente, a construtora como a empreiteira e a subempreiteira de acordo com o caso concreto.

3.2.2. Responsabilidade subsidiária

A responsabilidade subsidiária é tida como uma responsabilidade “reserva”, que após o exaurimento da obrigação de outro devedor, dito principal, busca-se com o “reserva” que a obrigação do pagamento seja cumprida.

Nesta modalidade a obrigação não é compartilhada entre dois ou mais devedores, pois existe apenas um devedor principal, só na hipótese do não cumprimento da obrigação por parte deste, e que o outro, ou outros, poderão responder subsidiariamente pela obrigação e neste caso terá direito de regresso quanto ao devedor principal (RODRIGUES, 2003, p. 126-127).

Esta subsidiariedade é a que mais tem embasado as jurisprudências em resolução de conflitos trabalhistas, seguindo principalmente o princípio da hipossuficiência, em que o empregado fica refém dos interesses dos empregadores.

Os contratos de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro, diante da inexistência de previsão legal específica, não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraída pelos empreiteiros, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora (GONÇALVES, 2014, p. 222-223).

É visto que a relação de emprego só existe entre o obreiro e a empresa contratada, ou seja, seu empregador direto, que no caso que estamos tratando é o empreiteiro ou subempreiteiro e não entre o obreiro e a construtora. Entre estes últimos a relação é meramente civil por isso não cabe a responsabilidade solidária, mas sim no máximo a responsabilidade subsidiária como vislumbra a Súmula Nº 331, em seu inciso IV o que é bastante controverso pela doutrina.

Extrai-se o entendimento de que não arcando a empresa empregadora com suas responsabilidades trabalhistas perante seu empregado, a obrigação transmite-se subsidiariamente à empresa tomadora.

Diversos são os julgados que corroboram a tese de que aplica a responsabilidade subsidiária nos casos em que o tomador tenha se beneficiado da força do trabalhador: Frise-se que a responsabilidade subsidiária implica na observância do benefício de ordem e não se restringe apenas aos casos de irregularidade ou fraude na terceirização, abrangendo todas as situações em que o tomador se beneficiou da força de trabalho e deixou de fiscalizar e acompanhar a atuação da contratada (artigo 1º da CF/88 e Súmula 331, VI, C. TST).

Nesta análise vimos que a responsabilização subsidiária pelas verbas trabalhistas não quitadas pela empresa prestadora de serviços, empreiteira, ao seu empregado e cujo labor teve como beneficiário a empresa tomadora de serviços, construtora, será atribuído a esta, ainda que inexistentes a subordinação e a pessoalidade.

Porém, esta responsabilidade deverá ser limitada ao pagamento de valores referentes ao período em que foi beneficiada por aquela mão de obra, visto que o tomador está eximido de cobrir as dívidas trabalhistas construídas pelo subcontratado em períodos em que o trabalhador não tenha prestado serviço diretamente na sua obra, seja porque ainda não havia contrato entre as pessoas jurídicas, seja porque o trabalhador ainda não estava registrado na empresa ou mesmo que estava lotado em outra atividade desenvolvida por seu empregador.

Nestes casos o ônus da prova é do empregado que deve comprovar que esteve a serviço do terceirizado por aquele determinado período, ou mesmo exigir de seu empregador que o faça, para fins de ter seus direitos atendidos seja pelo seu empregador direto ou mesmo pela construtora dentro da responsabilidade subsidiária, caso contrário entende-se por inexistência de relação de emprego (GONÇALVES, 2014, p. 235-236).

3.3. Terceirização

Com a evolução tecnológica as empresas vem buscando melhorias na gestão de seus negócios e com isso viram no processo de terceirização uma solução que possibilita que se contratem empresas prestadoras de serviços, permitindo incorporar melhor técnica e tecnologia, obtendo produtividade e qualidade e diminuir custos.

Porém não existe legislação que defina a terceirização, cabendo apenas às doutrinas administrativas e jurídicas a tarefa da conceituação, o que de forma geral dificulta sua aplicabilidade principalmente no que tange sua licitude ou ilicitude nas prestações de serviços em relação à construção civil, assunto em questão (TARTUCE, 2015, p. 315).

Este processo de terceirização consiste na contratação de serviços por meio de empresa intermediária entre o tomador de serviços e a mão-de-obra, mediante contrato de prestação de serviços, no caso os contratos de subempreitada.

Nesta contratação a relação de emprego, discussão em curso, não acontece entre o empregado e o tomador da obra, mas sim entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços que seria o subempreiteiro. Isso significa, portanto, atribuir a outrem parte das etapas do processo produtivo. Que nesse caso acontece via contrato de prestação de serviços e não contrato de emprego, os chamados contratos de subempreitada, totalmente lícito diante da legislação vigente (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 115).

É visto que a terceirização se tornou hoje uma importante ferramenta na gestão empresarial, dentro da esfera trabalhista, no qual menos custo gera maior demanda, e, portanto, necessidade de maiores investimentos das empresas, criando-se também mais oportunidades de emprego, num regime contratual ou de parceria, o que favorece sobremaneira o mercado de trabalho desta categoria (DELGADO, 2014, p. 328-329).

Desta forma é importante frisar que ao terceirizar parte de suas atividades secundárias ou meio, como preconiza a legislação, as empresas terão a possibilidade de direcionar seus esforços na atividade fim ou principal, objetivando assim maior produtividade e qualidade e diminuindo custos, o que acarretaria mais circulação de capital nestas atividades.

Neste caso a sociedade empresarial poderá deixar as atividades secundárias ou meio para um terceiro realizar, através de um contrato de subempreitada, como é o caso da produção de bens, como de serviços, como de limpeza e de vigilância, ficando a seu cargo somente a contratação direta de mão de obra para sua atividade fim.

É visto que só poderão ser terceirizadas as atividades que não tem nada em comum com a atividade-fim, as quais são caracterizadas como acessórias, ou de suporte à atividade principal. Já a atividade fim é aquela considerada constante no contrato social da empresa, pela qual foi organizada e que só poderá ser cumprida exclusivamente por pessoal diretamente contratado por ela (DELGADO, 2014, p. 333).

Nesta concepção podemos vislumbrar a terceirização como um instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas, tornando mais capacitada as mãos de obras secundárias por dar ênfase, a atividades únicas, e permitir maior empenho e dedicação das empresas em suas atividades fins.

Porém tem-se discutido muito esse assunto principalmente no que tange a questão da legislação que diante do vácuo legal sobre o tema levou o Tribunal Superior do Trabalho editar há mais de 10 anos, a Súmula nº 331, que estabelece uma limitação à terceirização das atividades denominadas “fim”, permitindo apenas a terceirização das atividades “meio”, bem como as já permitidas como as atividades temporárias, de limpeza e vigilância.

Conforme orientações do TST – Tribunal Superior do Trabalho a empresa que for contratada para a realização da prestação de serviços em forma de terceirização não pode ser uma simples locação de mão de obra, mas sim uma prestação de serviços especializada, específica naquele tipo de serviço, com pessoal capacitado e qualificado naquele seguimento, para que não seja enquadrado na ilicitude da subordinação estrutural, trazendo para a empresa a obrigação do vínculo empregatício.

Para a construção civil no caso das construtoras a inexistência de uma conceituação e possibilidade de verificação objetiva do que efetivamente seja atividade-meio e atividade-fim causa insegurança jurídica e uma série de transtornos às empresas, com fiscalizações e decisões judiciais extremamente discrepantes (TARTUCE, 2015, p. 341).

Em relação à construção civil, vimos que a legislação avançou de maneira tímida e conservadora na regulação das questões envolvidas a terceirização, já a jurisprudência avançou de forma negativa e contundente estabelecendo limites imaginários e subjetivos de atividades meio e fim, através da edição da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, o que tornou confuso o que seria atividade fim ou atividade meio principalmente.

Existe no Congresso Nacional um Projeto de Lei de Nº 4.330 que está parado há mais de 11 anos, que tem como objetivo a regulamentação da atividade de terceirização, e entre os pontos mais polêmicos da matéria está à emenda que permite que as empresas contratem terceirizadas para atividades-fim, liberando os empresários para a contratação de funcionários terceirizados inclusive para a atividade principal da companhia, e também a questão da responsabilidade subsidiária das empresas contratantes de empregados terceirizados, o que poderá favorecer e muito a questão da empregabilidade no país, visto que abrirá mais campo de trabalho e propiciará às empresas maior qualidade com menor custo.

É visto que tal liberalização deverá vislumbrar a questão da isonomia dos trabalhadores seja os registrados pelas empresas como os contratados via terceirização principalmente para exercerem a mesma atividade dentro das empresas em geral e principalmente nas atividades da construção civil.

Fato é que não estando caracterizada terceirização ilícita decorrente de contratação por empresa interposta, não há que se falar em responsabilização solidária nem mesmo em vínculo empregatício no caso de subordinação estrutural.

No máximo, a prestação de serviços a favor das construtoras implicaria na sua responsabilização subsidiária e não solidária. É este o entendimento consolidado na Súmula 331, IV do TST.

Neste sentido não é justo e nem jurídico a uma empresa que tenha que responder integralmente pelos créditos vindicados em questões trabalhistas, por empregado de subempreiteiro que confessa ter trabalhado em várias empresas durante seu contrato de trabalho, o que se exige a determinação de período de responsabilização em relação ao que se busca, dividindo com as demais empresas beneficiadoras da prestação dos serviços do empregado do subempreiteiro, a responsabilidade solidária em relação aos dividendos do subempreiteiro.

O processo de terceirização, portanto, ainda merece análise específica e profunda, principalmente diante do que se questiona na construção civil que é o que se entende por atividade “fim” ou atividade “meio” e sua ilicitude.

A interpretação emprestada pelos tribunais a esse assunto deve se restringir às hipóteses previstas e delineadas na legislação vigente e garantir os direitos e assegurar os deveres de todos os envolvidos, principalmente no que tange a questão da responsabilidade subsidiárias das construtoras em relação a créditos resultantes dos contratos de subempreitada, o que poderia ser discutível, quando se toma todas as precauções em relação a estes inadimplementos, e não ser responsabilizada de forma absoluta mesmo na subsidiariedade.

4. Contrato de subempreitada

A contratação de subempreiteiros é uma realidade irreversível no setor da construção civil. Revendo a história, vimos que as empresas têm recorrido aos contratos de subempreitada para atender as particularidades do seu segmento, em especial o processo transitório por quem vem passando a atividade da construção civil e principalmente pela intensa especialização em cada etapa do processo produtivo.

De acordo com DELGADO (2015. p. 616):

Empreitada é o contrato mediante o qual uma (ou mais) pessoa(s) compromete(m)-se a realizar ou mandar realizar uma obra certa e especificada para outrem, sob a imediata direção do próprio prestador, em contraponto a retribuição material predeterminada ou proporcional aos serviços concretizados.

Este contrato é regulado pelo artigo 610 e seguintes do CC/02, que se restringem ao fornecimento pelo empreiteiro ou subempreiteiro do trabalho necessário à conclusão da obra em si, não podendo estender para outros fins:

CC - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 - Institui o Código Civil.

Artigo 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.

§ 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

§ 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução.

Para BARROS (2012, p. 402), trata-se de um contrato “bilateral, oneroso, consensual, comutativo, em regra, podendo, entretanto, ajustar-se com caráter aleatório”, o que o distingue do contrato empregatício, sendo que neste destaca-se a subordinação e a não eventualidade nas atividades contratadas.

O contrato de empreitada e subempreitada se diferenciam do contrato empregatício em três pontos principais: quanto ao objeto da prestação dos serviços; a pessoalidade sendo que na empreitada não se pactua a cláusula de infungibilidade

podendo o prestador dos serviços ser substituído ao longo do contrato; e no binômio autonomia versus subordinação em que o empreiteiro isento da subordinação quanto à execução de suas atividades utiliza somente de orientação quanto ao cumprimento do contrato, caracterizando assim a sua autonomia sobre suas atividades (DELGADO, 2014, p. 617).

Assim nos afirma BARROS (2012, p. 403):

O critério mais preciso para distinguir o contrato de trabalho da empreitada é a subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, presente no primeiro e ausente na empreitada, já que o empreiteiro trabalha com autonomia, sem qualquer fiscalização de quem o pagará.

276

Podemos ressaltar que no contrato de subempreitada é apenas uma parte, podendo ser entendida como uma empreitada parcial. É contrato especialmente previsto na lei civil, um tipo contratual legal, e que vem sendo utilizado de forma bastante reiterada nas atividades da construção civil (DELGADO (2015, p. 625).

Além disso, nos ensina BARROS (2012, p. 403) em relação à legislação ou falta dela quanto à questão dos contratos de empreitada na construção civil qual seja:

Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora (OJ n. 191, SDI-1).

O que não se vê é a aplicação desta OJ no regramento jurídico, pois, a dificuldade de se entender a diferença entre o tomador dos serviços e o dono da obra está impregnando grande parte dos julgados em relação a este assunto.

Neste caso excluem-se as construtoras que deverão seguir o que está determinado na Súmula nº 331 do TST, qual seja a aplicação da responsabilidade contratual subsidiária como predominante nestes casos.

As atividades que estão estabelecidas nos contratos de empreitadas estão relacionadas às atividades meio da construção civil, seguindo o que estipula a legislação na questão da terceirização lícita não podendo ser as atividades fins, exceto quanto se tratar de trabalho temporário, de segurança e de limpeza.

A empreitada está disciplinada nos artigos 610 a 626 do Código Civil, cujas disposições devem ser observadas para a contratação e a execução dos serviços, que poderá ser empreitada unicamente de mão de obra ou poderá abranger o fornecimento de materiais, o que definirá cláusulas diferenciadas no contrato, e que desta forma deverá estar pactuado em cláusulas específicas para que as atividades de mão de obra e materiais não se comunguem e fiquem claras a sua forma de execução como também o recolhimento tributário.

4.1. Responsabilidade do dono da obra: construtoras

Diante da análise da súmula 331 do TST e seus incisos, podemos concluir que a responsabilização subsidiária do tomador de serviços no caso as construtoras é lícito, e deverá arcar com o pagamento das questões trabalhistas não cumpridas pelo empregador, diante do entendimento de configurações das chamadas culpa *in eligendo* (má escolha da empresa contratada) e culpa *in vigilando* (ausência de fiscalização quanto ao cumprimento por parte desta em relação a suas obrigações para com os empregados que atuaram junto à tomadora de serviços)(DELGADO, 2015, p. 635).

Neste sentido, o entendimento que na hipótese de inadimplemento da obrigação pelo devedor principal, segundo a doutrina, incidirá a plena responsabilidade do tomador de serviços, no que tange a questão subsidiária.

Nestes casos as construtoras não podem simplesmente alegar a isenção de responsabilidade na falta de cumprimento das questões trabalhistas pelos subempreiteiros, visto que é de sua responsabilidade ao contratar prestadores de serviços, verificar sua idoneidade financeira e econômica bem como estar atento ao cumprimento de toda obrigação trabalhista de seus empregados, mesmo sendo indireta a sua gerência. Isto porque os mesmos podem vir a se tornar inadimplentes e suas responsabilidades correrão às suas expensas.

Mesmo assim, são frequentes nas apresentações de defesa, as empresas tomadoras de serviços, bem como as construtoras, tentarem se eximir de qualquer obrigação, afirmando serem regulares as contratações das empreiteiras e que tendo agido com boa fé e cumprido com suas obrigações nos pagamentos dos seus serviços não é cabível a questão da responsabilidade quanto a funcionários que não estão sobre sua ingerência e que não tem sobre ele nenhum vínculo empregatício.

O entendimento do TST encontra amparo legal no artigo 186, combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil, que versa sobre a culpa extracontratual, bem como por analogia, o disposto no artigo 455 da CLT, que como vimos responsabiliza o empreiteiro principal pelos débitos trabalhistas do subempreiteiro no caso de inadimplemento.

Desta forma é notório que para o Direito Trabalhista, tendo as construtoras se beneficiado do trabalho do obreiro, mesmo não sendo seu empregado, a responsabilidade quanto às obrigações trabalhistas se impõe de forma objetiva, fazendo com que o trabalhador não seja prejudicado por questões de caráter civil e econômico entre as empresas, que deverão ser resolvidos em outra esfera.

Não há, portanto, ilegalidade na adoção do entendimento constante da Súmula nº 331 do TST para estabelecer a responsabilização subsidiária das construtoras em relação a empregados de empreiteiros e subempreiteiros, visto que a lei é apenas uma das fontes que compõe o ordenamento jurídico, sendo que na Justiça do Trabalho há expressa definição, pelo artigo 8º da CLT, de utilização da jurisprudência como fonte a ser adotada para dirimir as questões postas na falta de disposições legais.

Às construtoras, portanto, resta buscar de forma bastante robusta colocar cláusulas específicas nos contratos de prestação de serviços quanto ao inadimplemento nas questões trabalhistas para que assim, caso sejam responsabilizadas subsidiariamente

em relação a estes, possa em primeiro plano reter valores a fim deste cumprimento, como também buscar na esfera civil, o seu direito de regresso.

É visto que mesmo as construtoras tendo se precavido nas questões de buscar empresas idôneas quanto as suas questões econômicas e financeiras, esta inidoneidade pode se demonstrar simplesmente na revelia ou ausência de audiências trabalhistas, como também na não apresentação da documentação exigida por lei, tanto durante a prestação de serviços que é feito pela empresa tomadora dos serviços como durante o processo trabalhista, o que acarretará de forma direta a condenação subsidiária da construtora (BARROS, 2012, p. 441).

De toda forma pelo que aqui analisamos é visto que à construtora cabe tomar precauções, seja quanto à terceirização ilícita ou mesmo à contratação de prestadores de serviços que ao se tornar inadimplente com seus empregados, lhe imputarão a responsabilidade subsidiária quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas.

Percebe-se, pois, ser bastante cômodo para os empreiteiros ou subempreiteiros que agindo de má fé, ou não, quanto ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas, terá como subsídios e garantias a seus empregados da responsabilização da lei em relação às construtoras, uma vez que elas são a parte que melhor se apresentam em condições econômicas de não deixar desamparados à parte hipossuficiente que é seus empregados.

Neste sentido a Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1 do TST, segundo a qual “Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora”, vem sofrendo mitigação em razão do tomador e o fim a que se presta a construção civil, fazendo com que independente de ser ou não o dono da obra, a responsabilização subsidiária é recorrente.

Isto porque este entendimento só é aplicado em caso de pessoa física, e sendo a tomadora dos serviços empresa de pequeno porte e cuja construção seja para essencial valor de uso pessoal e mesmo com empresa jurídica de forma eventual.

Tratando-se, portanto de contratos de empreitada ou de prestação de serviços firmados entre duas empresas, em que o dono da obra seja empresa de médio e grande porte e necessite normalmente de tal trabalho, mesmo que seja apenas questão de manutenção e de infraestrutura cabe à responsabilização subsidiária, não se aplicando a regra de não responsabilização que pondera o artigo 455 da CLT, mas sim a teoria do risco próprio do empreendimento que se extrai do artigo 2º da CLT, muito utilizado pela jurisprudência nos dias atuais.

4.2. Responsabilidade do empreiteiro principal no caso de subempreitada

Como citado no parágrafo único do artigo 455 da CLT, tanto o empreiteiro principal quanto o subempreiteiro que restou inadimplente, responderão solidariamente pelas obrigações oriundas do contrato de trabalho.

Como podemos analisar no texto do artigo 455 da CLT:

Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Pensando no protecionismo do direito do trabalho em relação ao empregado por ser ele a parte hipossuficiente da relação de trabalhista, justificaria a conclusão de que o mesmo não poderia ficar entregue ao inadimplemento e as dificuldades econômicas do seu empregador sendo ele um subempreiteiro ou mesmo empreiteiro, devendo o empreiteiro principal, ou até mesmo as construtoras, que geralmente possui maiores recursos, serem também responsabilizadas mesmo que subsidiariamente (NASCIMENTO, 2004, p. 167).

A questão e as divergências continuam em entender que tipo de responsabilidade deve ser atribuído a estas empreiteiras principais ou construtoras, o que não ficou claro no texto do artigo 455 da CLT. Por isso, a partir da uniformização jurisprudencial sedimentada pela Súmula 331, IV do TST, o tipo de responsabilidade que vem sendo aplicada é a subsidiária e não a solidária como se tinha entendido primeiramente.

Isso principalmente por entender que somente, e se o empregador principal não cumprir com suas obrigações trabalhistas é que o tomador do serviço seja ele empreiteira ou construtora será responsabilizada, e neste caso de forma subsidiária, ou seja, em substituição ao não pagamento dos direitos trabalhistas do empregador e também, somente ao período em que tenha auferido dos benefícios dos serviços do empregado.

4.3. Responsabilidade da construtora no caso de subempreitada

Diante de tudo o exposto fica evidente a responsabilidade contratual objetiva subsidiária das construtoras em relação aos contratos de subempreitada nas suas relações empresariais.

Apesar de serem lícitos e necessários tais contratos a responsabilidade evidenciada pela legislação acaba dificultando a forma com que as construtoras organizam tais atividades, uma vez que mesmo agindo de forma completa em relação à fiscalização da prestação de serviços com as empreiteiras ou subempreiteiras, as construtoras serão responsabilizadas subsidiariamente por estes cumprimentos e/ou descumprimentos trabalhistas (NASCIMENTO, 2004, p. 183).

OJ-sDI1-191, deixa claro que na ausência de lei específica, não se pode exigir responsabilidade solidária nem mesmo subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelos empreiteiros, nos contratos de empreitada, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora. A questão é que na maioria dos contratos o dono da obra não é a construtora, ela na verdade é uma empreiteira que adquiriu a obrigação de fazer por força de uma licitação e que a partir daí utilizou-se de contrato de subempreiteira em suas atividades meio.

Porém na atualidade o que se tem visto é que entende por dono da obra a construtora e não o contratante da atividade global, como exemplo na construção de uma

loja do Carrefour. No entendimento geral seria o dono da obra o próprio Carrefour, e a construtora seria a empreiteira e os demais contratos seriam de subempreitada.

A Súmula Nº 331 veio dessa forma corrigir esse entendimento e colocou na esfera da responsabilidade civil objetiva subsidiária o tomador do serviço, que no caso se entende ser a construtora, em relação ao empregador que no caso será o subempreiteiro, no que tange as obrigações trabalhistas inadimplidas.

E esse entendimento é que vem predominando nas decisões do judiciário trabalhista envolvendo essas questões, como vimos através das ementas anteriormente destacadas, o que não permite às construtoras nenhum meio de defesa ou de proteção diante de suas práticas. Neste caso fica evidenciada a questão da atividade do risco, onde se entende que a responsabilização subsidiária faz parte desta atividade.

O artigo 455 da CLT confirmar a legalização do contrato de subempreitada e nele imputar a responsabilização subsidiária do empreiteiro principal, que no caso seria as construtoras, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas dos subempreiteiros, assegurando, podendo, às construtoras, o direito de regresso contra o mesmo, resguardando a questão patrimonial.

Desta forma a responsabilidade das construtoras no caso de contrato de subempreitada será sempre a subsidiária, seguindo os entendimentos quanto à legislação pertinente, bem como a questão da hipossuficiência e da proteção ao trabalhador nos casos em que seus direitos estejam em risco.

5. Conclusão

O tomador dos serviços seja ele empreiteira ou construtora, não pode simplesmente alegar isenção de responsabilidade pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelas prestadoras de serviço. Isto porque, ao contratar prestação de serviços, deve o tomador, além de outras condições exigidas, verificar a idoneidade da empresa contratada, uma vez que esta última pode tornar-se, no curso do contrato de prestação de serviços, incapaz financeiramente e assim repassar a ele suas obrigações.

Dentro da análise geral em relação às responsabilidades solidárias que é aquela que não se presume, resultando da vontade das partes, expressa, ou por lei, e a responsabilidade subsidiária que é aquela em que é tida como responsabilidade “reserva”, que após o exaurimento da obrigação de outro devedor, dito principal, busca-se com o “reserva” que a obrigação do pagamento seja cumprida, entendemos que nos casos das construtoras em relação a empregados de empreiteiros tal responsabilidade será subsidiária e não solidária, por força principalmente da Súmula Nº 331 do TST.

Observa-se que diante do que foi analisado em relação à legislação, não resta às construtoras senão, assumir a responsabilidade subsidiária em relação aos inadimplementos de seus empreiteiros e ou subempreiteiros para com os empregados, envolvendo as questões trabalhistas. E ainda, que a alegação de não ser o dono da obra, mas sim uma empreiteira por força contratual, não a exime da obrigação aqui estabelecida, salvo o que regulamenta os artigos 188 e 393 do CC/02, no que tange a questão de caso fortuito e força maior, em que também é exigível a questão da prova da não culpabilidade quanto ao inadimplemento.

Fundada na Teoria do Risco, independente de dolo ou culpa, o empregador, ou a empresa, assume os riscos da atividade econômica, em qualquer circunstância, conforme dispõem os artigos 501 e 502 da CLT, onde a responsabilidade é sempre da empresa que deve arcar com o risco do negócio e assim indenizar seu empregado de toda e qualquer dano que tenha ou venha sofrer em relação às questões trabalhistas, seja ele também um empregado indireto como é o caso de funcionários de subempreiteiros, como preconiza a Sumula Nº 331.

Isto posto temos que, mesmo agindo com toda a precaução quanto a exaurir-se de sua culpa, não será contemplada pela legislação trabalhista, quanto a não se responsabilizar pelas faltas de cumprimento de obrigações por parte de seus empreiteiros ou subempreiteiros.

Assim, resta em caso de inadimplemento em relação aos empregados dos empreiteiros ou subempreiteiros, a retenção de valores ou mesmo colocar em contrato firmado entre as partes cláusulas que contemple esta retenção, bem como que o permita buscar na esfera civil o regresso quanto as suas despesas excedentes ao pactuado na prestação de serviços quanto a responsabilização subsidiária em relação às questões de caráter trabalhistas.

As dificuldades das construtoras em relação ao descumprimento das obrigações trabalhistas dos empreiteiros são notórias principalmente pela ingerência em relação a estes trabalhadores. Porém é necessário estar atento à fiscalização fundamentada no Artigo 932 inciso III do CC/02, bem como a Súmula 341 do STF, mas mesmo assim, não tem respaldo na lei que facilite esta relação, levando em consideração que a legislação trabalhista visando a questão da hipossuficiência, sempre visa o atendimento do interesse do empregado, independente de quem inadimpliu com suas obrigações, buscando sempre uma responsabilização para que o mesmo não fique com o prejuízo e tenha seus direitos adimplidos.

Na responsabilidade contratual o ônus da prova em relação à culpa do inadimplemento competirá ao devedor, no caso as construtoras, que deverá provar a inexistência de sua culpa ou mesmo a presença de qualquer excludente do dever de indenizar que se fundamenta no artigo 188 do CC/02, e que a desobrigação só ocorrerá se ficar provadas a ocorrência de caso fortuito ou força maior, principalmente cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir, como preconiza o artigo 393 do CC e seu parágrafo único.

O que se destaca então é que mesmo estando às construtoras atenta ao seu dever de fiscalizar a contratada, dela exigindo a observação das normas trabalhistas e previdenciárias, bem como dos instrumentos normativos aplicáveis, a lei bem como entendimento jurisprudencial ainda assim determina que a obrigação das mesmas seja subsidiária, não lhes restando alternativa se não se valer do que preconiza os Artigo 188 e 393 do CC/02.

Neste sentido a culpa concorrente e a culpa comum poderão atenuar a responsabilidade da empresa, influenciando na extensão da reparação, mas não serão excludentes o que levará a empresa na responsabilização subsidiária em relação ao período da prestação dos serviços do contrato de empreitada com seu subempreiteiro, como também, do período em que foi beneficiária dos serviços do referido empregado do subempreiteiro, o que se limita, e restando também, o pedido de regresso do valor empenhado, quando constar em clausula contratual, ou mesmo, em retenções na prestação dos serviços.

6. Referências bibliográficas

- ALVES, Giovanni. **Dimensões da precarização do trabalho**: ensaios de sociologia trabalho. Bauru: Práxis, 2013a.
- BARRETO, Margarida. **Assédio moral e saúde do trabalho**. Disponível em: <<http://assediomoralesaudenotrabalho.blogspot.com.br/2011/03/margarida-barreto-em-entrevista-para-o.html>>. Acesso em: 15 maio 2016.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- BASTOS, Roseli Quaresma. **Diferenças entre a relação de trabalho e a relação de emprego a partir da análise da legislação**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10829&revista_caderno=25>. Acesso em: 15 maio 2016.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTR, 2014.
- DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Renovar, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.4.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo**. São Paulo: LTr, 2009.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Silva. **Responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Método, 2015.

Direitos políticos, igualdade de gênero e democracia: uma resenha sobre o filme “As Sufragistas”

*Marta Batalini*¹

*Luiz Cesar Machado de Macedo*²

283

AS SUFRAGISTAS (SUFFRAGETTE). Direção: Sarah Gavron. Roteiro: Abi Morgan. Elenco: Helena Bonham Carter, Carey Mulligan, Meryl Streep, Bem Whishaw. Gênero: drama histórico. Produção: FRA/GB, 2015, 106 min.

O filme é dirigido por Sarah Gavron, nascida em 20/04/1970 e atualmente com 48 anos. Sarah é uma consagrada diretora de cinema britânica que já dirigiu quatro curtas-metragens e três longas. Esposa e mãe de dois filhos, segundo suas próprias palavras, “entrou no cinema para fazer a diferença”. Inspirada pelo fato de haver poucas cineastas no Reino Unido, assumiu a responsabilidade de contar a história da luta das mulheres, em uma decidida perspectiva feminista.

É importante destacar que ela se formou pela NFST (*National Film and Television School*), que é uma das principais escolas de cinema do Reino Unido, fundada em 1971 e localizada nos arredores de Londres, em Beaconsfield. Sarah Gavron iniciou sua carreira em documentários e em 2003, dirigiu seu primeiro drama, o filme vencedor do Dennis Potter Award “This Little Life”, para a BBC TV, e além disso, ganhou dois BAFTAs (“British Academy of Film and Television Arts - Academia Britânica de Artes do Cinema e Televisão”) que é responsável pela premiação anual referente à excelência de trabalhos realizados em cinema, televisão, filmes e em outros meios audiovisuais, esse prêmio também é conhecido como o Oscar Britânico.

Gavron fez muitos curtas-metragens que foram exibidos internacionalmente e ganharam prêmios importantes. Seus filmes incluem “The Girl in the Lay-by” (2000), indicado para o BAFTA, e “Losing Touch” (2000), que ganhou o prêmio do Júri Jovem no Festival de Cinema de Clermont Ferrand, Melhor Filme no London Royal Television Society Awards e Melhor Curta Estrangeiro no Foyle Film Festival.

A roteirista do filme é Abi Morgan, nascida em 1968 em Cardiff, País de Gales, é uma dramaturga premiada conhecida por seus trabalhos para a televisão como *Sex Traffic*, *The Hour* e os filmes *A dama de Ferro (The Iron Lady)*, estrelado por Meryl Streep como Margaret Thatcher e *Vergonha e Suffragette*. Seu primeiro reconhecimento profissional veio em 1998 com *Skinned* no Nuffield Theatre, em Southampton. Ela também escreveu várias peças para teatros importantes, a saber, o Royak Exchange Studio Theatre, Manchester; o Royal Yceum Theatre e o Traverse Theatre, Edimburgo, o

¹ Bacharel em Filosofia. Mestre em Filosofia pela PUC-SP. Professora do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Especialista em Filosofia Clínica. E-mail: martabatalini@hotmail.com.

² Bacharel em Direito e Filosofia. Mestre em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Professor efetivo no curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. E-mail: luizcmmacedo2013@gmail.com.

National Theatre of Scotland e o Royal Court , em Londres. Sua peça teatral *Tender for the Hampstead* de 2001 lhe rendeu uma indicação como “dramaturgo mais promissor” no Laurence Olivier Theatre Awards de 2002.

O filme “As Sufragistas” foi lançado em cadeia nacional no Reino Unido em 30 de outubro de 2015 e no Brasil no dia 24 de dezembro de 2015. Os acontecimentos retratados se passam na Inglaterra no início do século XX, uma Inglaterra fabril e com um parlamento que considerava a mulher incapaz de fazer julgamentos políticos. O roteiro tem como objetivo levar o público a reconstruir os mesmos passos de principal protagonista, a saber, o despertar político rumo à liberdade alcançada pelos direitos. A partir da personagem fictícia Maud Watts (interpretada por Carey Mulligan), uma lavadeira industrial que repete o destino de sua mãe no “chão de fábrica”, passando pelo trabalho infantil e pelo ambiente de assédio moral e sexual, a diretora e roteirista procuram caracterizar a situação da classe trabalhadora na Inglaterra daqueles tempos, em especial, das trabalhadoras que assumem a militância política e da mesma forma que Maud, tem seus papéis de esposa e mãe completamente alteradas quando se envolvem na luta pelo direito ao voto das mulheres na Inglaterra. Ao lado das amigas, a saber, a colega de trabalho Violet (Anne-Marie Duff) e da militante e farmacêutica Edith Ellyn (Helena Bonham Carter), assumem juntamente com outras mulheres de várias classes sociais estratégia de luta ativa, bem como atos de resistência pessoal e coletiva como a prática de greve de fome contra as condições do aprisionamento a que eram submetidas as militantes aprisionadas.

O filme se baseia em eventos reais ocorridos em 1912, e no papel histórico desempenhado pela *União Política e Social das Mulheres (Women’s Social and Political Union – WSPU)*, organização fundada em 1903 e dirigida por *Emmeline Pankhurst (1858-1928)*, que é interpretada no filme por Meryl Streep, em fundamentais aparições. Cabe destacar que Emmeline Pankhurst foi uma das fundadoras do movimento britânico do sufrágio, seu nome, mais do que qualquer outro, está associado com a luta pelo direito de voto para mulheres de classe média alta e que se amplia posteriormente para as mulheres de todas as classes sociais. Foi casada com o advogado Richard Marsden Pankhurst, autor da legislação de 1870 e 1882 Married Women's Property Acts (Lei da propriedade da mulher casada) e um apoiador do movimento das sufragistas. Em 1889, Emmeline Pankhurst fundou a Liga do Franchise das mulheres. Mesmo após a morte de marido, em 1898, a campanha não seria interrompida e foi fortalecida em 1903 com a organização do movimento militante, já citado anteriormente, a União Política e Social das Mulheres (Women’s Social and Political Union – WSPU), da qual suas duas filhas, Chistabel e Sylvia eram também integrantes.

O movimento WSPU é considerado um movimento militante e teve como membros, além de Emily Davison e a compositora Dame Ethel Smyth, a famosa Annie Kenney, que virou mártir do sufrágio por atrair a atenção da imprensa e do público quando foi presa em 1905, junto com Christabel Pankhurst, filha de Emmeline, durante vários dias sob acusações de agressão e obstrução por terem provocado Sir Edward Grey, político e diplomata inglês, num comício do Partido Liberal em Manchester. Este incidente foi considerado como o primeiro de uma nova fase da luta pelo sufrágio feminino no Reino Unido e marcado por táticas militantes. O filme dá destaque exatamente a essa nova fase do movimento das sufragistas, na qual passam a adotar formas mais violentas de protestos, como por exemplo, se acorrentarem em grades, quebrar vidraças de lojas daqueles que não apoiavam a causa, colocarem fogo em caixas de correio e até mesmo a detonar bombas. Outro fato em destaque no filme e que corresponde aos eventos da época

foi a morte da sufragista Emily Wilding Davison em 4 de junho de 1913 que invadiu a pista do Hipódromo de Epsom durante o tradicional e aguardado *Derby Day*, com o objetivo de colocar um broche do movimento sufragista no cavalo do rei George V, exatamente no momento em que todos os olhos do público estavam voltados para a curva final e os jóqueis disputavam as melhores posições próximos a linha de chegada. Esse evento teve como resultado a primeira grande passeata pelo voto feminino da história, reunindo seis mil mulheres inglesas favoráveis à causa que saíram às ruas durante os funerais de Emily. Um dado curioso é que na passeata, as mais jovens, estavam vestidas de branco e as mais velhas vestidas de preto.

Dessa forma, através de uma mistura personagens fictícios e reais, o filme retrata, de maneira didática, os eventos que culminaram no movimento das sufragistas. Abandonando a passividade social imposta as mulheres de sua época e irmanada com suas companheiras de militância, enfrenta o mundo masculino representado pela polícia, políticos, judiciário e a imprensa. Em termos de resgate histórico, apesar do enorme sofrimento pessoal das militantes pelo direito do voto feminino, as denominadas *suffragettes* (cabe lembrar que esse termo foi usado em 1906 pelo jornal Daily Mail, como uma maneira depreciativa de descrever as mulheres mais militantes), bem como a violenta resistência contra a reivindicação feminina, o fato é que quatro anos após os acontecimentos narrados no filme, houve por bem o parlamento inglês aprovar o voto de mulheres a partir de 30 anos, em 1918, sendo que, dez anos mais tarde, foi adotado na Inglaterra o sufrágio universal para maiores de 25 anos. E o termo *suffragettes* ganha novo sentido na história, o de um movimento de mulheres que inspiram respeito e modelo de luta e reivindicação de direitos.

Com um roteiro ilustrado de referências históricas, uma direção sensível à temática e competente na condução da trama, somada a grandes interpretações das atrizes e dos atores envolvidos, o filme tem um ritmo ágil e soa crível sem cair no didatismo ou discurso panfletário. São destaques pessoais a interpretação da lavadeira industrial Maud Watts, bem como o papel da líder carismática do movimento sufragista Emmeline Pankhurst. No entanto, cabe um elogio especial ao papel interpretado pelo inspetor de polícia (Brendan Gleeson), que se destaca como exímio e minucioso agente da repressão estatal ao movimento, ainda que ao final do filme fique a saudável dúvida se o mesmo ainda continua com suas convicções repressivas. Pelo exposto, constitui-se o filme como um exemplo marcante de que lutas pela cidadania, inicialmente localizadas em setores tido como minoritários ou excluídos, acabam por beneficiar a toda uma coletividade, como no caso em questão, onde o movimento das sufragistas terminou por antecipar o direito universal de voto a todas(os) os ingleses.

Para saber mais sobre os argumentos da luta por direitos das mulheres, em especial a partir do ideário das revoluções burguesas inglesa e francesa, que proclamavam os direitos dos cidadãos, mas paradoxalmente os negavam às mulheres, fica a sugestão da leitura de um clássico dos escritos feministas recentemente traduzido no Brasil, a obra *Reivindicação dos Direitos da Mulher*, de Mary Wollstonecraft (1759-1797), publicado pela Boitempo Editorial em 2016. Publicado originalmente em fins do século XVIII (1792), apresenta-se como uma vigorosa reivindicação da igualdade de direitos entre homens e mulheres, e surge logo após a aprovação da primeira Constituição Francesa de 1791, que não reconhecia às mulheres a condição de cidadãs.

Por essa razão, constitui-se a obra em verdadeiro documento fundador do feminismo e inspirador dos movimentos sufragistas dos séculos XIX e XX pelo mundo. Ainda sobre uma visão geral sobre a situação das(os) trabalhadoras(es) no final do século

XIX, mas não muito diferente do retratado no filme, insuperável é a obra clássica do empresário e militante comunista Friedrich Engels, denominada *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*, reeditada recentemente no Brasil em tradução direta do original alemão e com amplos anexos e cronologia. Publicado originalmente em 1845, seus dados estatísticos teriam sido extraídos de relatórios dos fiscais sanitários do próprio governo inglês. Outro destaque é o fato de ter sido publicado três anos antes do famoso Manifesto Comunista, que selaria uma definitiva parceria pessoal e ideológica com Karl Marx.

Por outro aspecto, o filme retrata a luta pela igualdade de direitos entre mulheres e homens, independentemente de papéis sociais, o que pode ser conceituado hoje como a discussão da questão de gênero. Nesse sentido, da extensa bibliografia que poderia ser citada, é de grande utilidade, a abordagem sobre a luta pelo próprio sufrágio universal e dos papéis feminino e masculino no exercício do voto, conforme relatado na obra organizada por Letícia Bicalho Canêdo, *O sufrágio universal e a invenção democrática*; o resgate histórico das lutas pela igualdade entre homens e mulheres, respectivamente nas obras de Peters N. Steans, *História das relações de gênero* e Michelle Perrot em *Minha história das mulheres*, bem como a leitura da grande teórica das relações de gênero da atualidade, Judith Butler, no indispensável livro *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Aliás, a pensadora americana esteve recentemente no Brasil para presidir um ciclo de palestras em São Paulo e foi hostilizada por grupos homofóbicos e misóginos que sob a alegação de “liberdade de expressão”, na verdade configuraram por atos e palavras mais um lamentável episódio de preconceito e discriminação no universo dos discursos de ódio que envenenam a vida política nessa segunda década do século XXI. Por essa e outras, permanece atual o chamamento e o exemplo das sufragistas.

Referências

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CANÊDO, Letícia Bicalho (org.) **O sufrágio universal e a invenção democrática**. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo: Boitempo, 2010.

PERROT, Michelle. **Minha história com as mulheres**. 2. ed. 2. reimp. São Paulo: Contexto, 2015.

STEARNS, Peter N. **História das relações de gênero**. 2. ed. 2. reimp. São Paulo: Contexto, 2013.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. São Paulo: Boitempo, 2016.



Annie Kenney



Emmeline Pankhurst



Exemplos de broches e joias com as cores da luta pelo sufrágio



Reportagem que anuncia a morte de Emily durante o Derby de Epsom em 4 de junho de 1913



Imagens do movimento das sufragistas em 1912

Resumos aprovados e apresentados

A (in) constitucionalidade da abordagem policial: busca pessoal baseada na “fundada suspeita”

Fernando da Costa

A (in)admissibilidade das provas ilícitas e a busca pela verdade real

Viviana Leonel da Silva

289

A questão da anexação da Criméia à Rússia e os limites de soberania

Fernando Antonio dos Santos e Michelle Alves Pereira

A questão da logística reversa dos resíduos sólidos

Paulo Fernandes Dantas, Radames V. do Nascimento, Rosane Afonso B. de Sousa e Gédida M. de Bessa Zanovello

Agricultura integrada e sustentável. É possível?

Mariane Silva Gil, Nilene Alves Nascimento e Tatiane Moura Silva

Cegueira deliberada em crimes econômicos

Fellipe Augusto Anchieta e Gabriela Spíndola Castaman

Contratos comerciais internacionais e a questão da eleição do foro

João Felipe de Lisieux Prestes de Oliveira e Marcela de Lisieux Felipe Prestes De Oliveira

Crimes omissivos impróprios contra o meio ambiente e o papel da administração pública: caso Samarco

Clarianne Ferrari Elias Martins e Tarso Ferreira Vaz

Descriminalização das drogas: descriminalizar o porte para consumo pessoal e o tráfico?

Cindy Marques Gontijo Silva e Juliana Anovazzi Silva

Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio e consequências em caso do provimento do RE 635659

Diogo Júlio S. Maciel, José Menezes, Moisés Ferreira e Rafhaela Cardoso Langoni

Direito penal do inimigo e a lei antiterrorismo: sobre a antecipação da tutela penal

Luiza Aparecida Ferreira, Meire Elen Pereira de Souza e Viviana Leonel da Silva

Dumping social e danos morais coletivos

Maria Carlinda Neta e Dener Rezende Borges

Feminicídio e a lei de crimes hediondos: necessidade real ou simbolismo penal?

Darlyane Costa Carvalho, Monique Nunes Silva e Pedro Luciano Fernandes Fornazier

Feminicídio: análise dos julgados do STJ e TJMG

Daniela Carolina Alves Silva, Maria Carlinda Neta e Renata Gonçalves Araki Kataguirí

Intervenção de terceiros no processo de execução

Itamar Santos Fonseca, Wellerson Camargo Garcia e Ricardo Salgado Carvalho

Inviolabilidade do conteúdo do celular e do computador no momento da abordagem policial

Enédio Alves Vieira e Túlio Arantes Bozola

Lavagem de dinheiro e a repatriação de ativos financeiros: discussões sobre a tutela penal econômica

Bárbara Rosa Oliveira da Silva, Lorryayne Karoline Aquino Donizete e Thiago Ribeiro Ibrahim

Lei antiterrorismo: primeiras impressões

Daniele da Silva Machado, Marcela de Almeida Lima e Maria de Fátima Ferreira Matias

O atual problema da imigração para países da União Europeia

Azarias Silvério Teixeira Júnior, José Menezes de Queiroz e Gédida Maria de Bessa Zanovello

Possibilidade de perda da nacionalidade pelo brasileiro nato

Hermes Mendes Dantas e Higor José das Dores

Principais distinções entre competência tributária e capacidade tributária ativa

Enédio Alves Vieira e Israel Queiros Júnior

Provas ilícitas no processo penal obtidas por boa-fé: análise do posicionamento do juiz Sérgio Moro

Francielly de Andrade Soares

Reeducação do agressor de violência de gênero desde a medida protetiva genérica: prevenção prospectiva

Daniele da Silva Machado

Restrição da liberdade de culto das religiões afro-brasileiras devido ao barulho excessivo

Enédio Alves Vieira e Alvinho Damião da Cruz Neto

Transposição do rio São Francisco e seus efeitos hídricos

Thiago Ribeiro Ibrahim, Luciano Soares de Camargo e Bárbara Rosa Oliveira da Silva

Usina hidrelétrica de belo monte a luz do direito ambiental

Itamar Santos Fonseca, Paulo Vitor Cimetta de Deus, Wellerson Camargo Garcia e Gédida Maria de Bessa Zanovello

Vaticano e os limites de sua soberania

Mainá Morum Santos Garcia, Marcela de Almeida Lima e Gédida Maria de Bessa Zanovello

Normas para publicação

1. Regras Gerais

- a) há duas modalidades de trabalhos previstas para o evento: resumo e trabalhos completos, cujas regras específicas constam dos itens 2 e 3, respectivamente.
- b) para submissão dos trabalhos (resumos e trabalhos completos) os autores deverão enviar ao e-mail semanadireitounitri@gmail.com duas (02) versões: a primeira em PDF sem a indicação de autoria, que será enviada à Comissão Científica para avaliação anônima. A segunda, em arquivo do Word (extensão *.doc), deverá indicar a autoria. No corpo do e-mail deverá constar um telefone fixo e outro celular para contato com o responsável pela inscrição.
- c) os trabalhos aprovados serão divulgados na página do evento, no endereço www.semanacientificadireitounitri.blogspot.com, bem como a data e horário das comunicações orais. Os trabalhos não aceitos pela Comissão Científica não constarão dessa relação, mas os autores serão informados via e-mail sobre a recusa.
- d) os **trabalhos completos** aceitos pela Comissão Científica e apresentados nas sessões de comunicação oral darão direito ao certificado de participação aos autores, bem como a inclusão do texto nos anais do evento. Os trabalhos aceitos, mas não apresentados, não farão parte dos Anais do evento, bem como os autores não receberão qualquer certificado de participação.
- e) as páginas dos arquivos devem obedecer às seguintes configurações: papel A4 (29,7cm x 21cm), margem superior de 3cm, margem inferior de 2cm, margem esquerda de 3cm e margem direita de 2cm.
- f) na redação dos trabalhos deverá ser utilizada a fonte *Times New Roman*, com as seguintes especificações: tamanho 14 para o título do trabalho, tamanho 11 para as citações longas (em recuo), tamanho 10 para as notas de rodapé e tamanho 12 para os demais elementos do texto.
- g) os destaques em negrito serão utilizados apenas para o título, subtítulos e nas referências bibliográficas (conforme instruções no item 4). Nos destaques para expressões em língua estrangeira ou grifos dos autores deverá ser utilizado o itálico.
- h) o espaçamento entre linhas será de 1,5. Será simples o espaçamento para as citações longas em recuo (mais de 3 linhas) e para os elementos pré-textuais dos trabalhos completos (ver item 3, letra "a"). Haverá uma linha em branco entre cada elemento textual, como entre itens, entre subitens, entre o título e o nome dos autores, entre o resumo e as palavras-chave. Não haverá linha em branco entre as obras que compõem as referências bibliográficas.
- i) para os resumos admite-se o máximo de 4 (quatro) coautores e para os trabalhos completos admite-se o máximo de 3 (três) coautores. É obrigatória a presença do orientador na condição de coautor, mas o nome deste será mencionado por último.
- j) tanto para resumos quanto para trabalhos completos, os títulos virão em caixa alta e centralizados. Abaixo, alinhados à direita, os nomes dos autores. Para cada autor deverá

ser inserida uma nota de rodapé para inserção de informações referentes à sua qualificação: vinculação acadêmica, grau acadêmico (titulação) e e-mail para contato. Havendo alguma espécie de fomento para a realização da pesquisa o órgão/entidade deverá ser informado.

2. Regras formais para os resumos

- a) os resumos terão entre 400 e 500 palavras, excluídos nessa contagem o título do trabalho e autor(es). O texto deverá explicitar o tema, sua justificativa, objetivos, metodologia empregada, referencial teórico, resultados (parciais ou finais) e referências bibliográficas.
- b) após o texto do resumo deverão ser indicadas três palavras-chave.
- c) para demais formalidades, observar o que dispõe o item 1.

3. Regras formais para os trabalhos completos

- a) os trabalhos completos deverão conter logo após o título e autoria (ver item 1, letra “j”): um sumário, indicando numericamente os subtítulos do trabalho; um resumo do trabalho, com o máximo de 250 palavras; e três palavras-chave. As expressões “Sumário”, “Resumo” e “Palavras-chave” virão em negrito, com a primeira letra maiúscula.
- b) os trabalhos completos terão entre 10 (dez) e 25 (vinte e cinco) laudas, aqui incluídos desde os elementos pré-textuais (item “a”) até as referências bibliográficas.
- c) todos os subitens deverão receber um número, seguido de um ponto. Exemplo: 1. Introdução; 2. Histórico; 2.1. Direito Romano; (...) 9. Considerações finais; 10. Referências bibliográficas.
- d) a primeira linha dos parágrafos deverá ter afastamento de 1,25 cm. As citações longas (mais de três linhas) deverão vir em destaque, com recuo à direita de 4 cm, espaçamento simples, sem utilização de aspas e sem itálico. Para as citações com menos de três linhas, abrir e fechar aspas quando houver citação literal do texto pesquisado.
- e) para demais formalidades, observar o que dispõe o item 1.
- f) a Comissão Científica levará em consideração para aprovação dos trabalhos completos os seguintes critérios: relevância do tema; explicitação de objetivos e problema; metodologia adequada; demonstração de raciocínio lógico-científico; bibliografia pertinente e atualizada; consistência da fundamentação teórica; concatenação lógica entre as diversas partes do trabalho; respeito à regra culta da língua portuguesa; e respeito às regras formais explicitadas nesse documento.
- g) trabalhos contendo citações não referenciadas de outros autores poderão excluir o trabalho, a critério da Comissão Científica.

4. Regras para citações bibliográficas

a) as citações no corpo do texto serão referenciadas pelo sistema autor-data. Ex.: (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 59). Havendo mais de um autor para a obra, referenciar como segue: (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p. 90). Se o nome do autor constar do corpo do texto, basta a indicação da data e página. Por exemplo: "... como defende o jurista Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 109)...". Havendo três ou mais autores, mencionar apenas o primeiro deles seguido da expressão et al. Ex.: (CINTRA, et al., 2009, p. 22).

b) as notas de rodapé serão destinadas apenas às informações dos autores e a notas explicativas.

c) as referências bibliográficas devem seguir as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas para os casos omitidos nesse documento. Para as situações abaixo, observar as regras específicas do evento:

c.1) artigo de periódico

DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n. 158, p. 7-21, abr./jun. 2003.

c.2) artigo em periódico eletrônico

HARADA, Kiyoshi. Ato de improbidade administrativa. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=361>>. Acesso em: 24 set. 2013.

c.3) jurisprudência

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 000.298.133-0/00, da 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Henriques, Belo Horizonte, 12 ago. 2003.

c.4) livros completos

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

c.5) capítulos de livros

WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 28-52.