

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 419

(ano VII)

(14/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



14/08/2015 Kiyoshi Harada

» [Compensação de precatório com tributos tipifica o crime contra ordem tributária?](#)

ARTIGOS

14/08/2015 Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira

» [Uma releitura constitucional da sucumbência no direito processual penal brasileiro](#)

14/08/2015 Adilson José Bressan

» [Provas ilícitas por derivação: a \(in\)aplicabilidade, no processo penal brasileiro, das teorias norte-americanas que atenuam a doutrina dos frutos da árvore envenenada](#)

14/08/2015 André Guimarães Avillés

» [Os Aspectos Jurídicos e Sócio-culturais da Publicidade Voltada ao Público Infantil na Atualidade](#)

14/08/2015 Monique Conde

» [De quem é a culpa?](#)

14/08/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [A personalidade jurídica do nascituro](#)

14/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A Farmacopeia Popular em debate: A Proteção Jurídica do Patrimônio Cultural Imaterial](#)

COMPENSAÇÃO DE PRECATÓRIO COM TRIBUTOS TIPIFICA O CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA?

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site: www.haradaadvogados.com.br

A partir do advento do art. 78, § 2º do ADCT muitos contribuintes passaram a efetuar a compensação dos tributos devidos com os créditos representados por precatórios próprios ou aqueles adquiridos de terceiros. No meu entender a norma do § 2º, do art. 78 do ADCT, introduzida pela EC nº 30/2000, é autoaplicável, tanto é que as compensações feitas com base nela foram convalidadas pela EC nº 62/2009. Muitos Estados da Federação editaram leis prevendo expressamente essas compensações. A lei existente no Estado de São Paulo perdeu vigência, e o ulterior projeto legislativo apresentado acha-se travado na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo por falta de vontade política de resolver esse problema de precatórios ditos impagáveis.

Nas unidades federativas onde não há previsão legal de compensação tributária, os contribuintes vêm fazendo essas compensações mediante inserção do valor do precatório na GIA e estão sendo, em muitos casos, acusados de praticarem crimes contra a ordem tributária na modalidade prevista no art. 1º, inciso II da Lei nº 8.137/90 que assim prescreve:

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

...

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documentos ou livro exigido pela lei fiscal”.

Conforme se verifica do *caput* do art. 1º trata-se de crime de natureza material ou de resultado. Sem a supressão total ou parcial do tributo devido não se caracteriza o crime contra a ordem tributária por qualquer uma das condutas mencionadas nos incisos I a V. É a posição da doutrina majoritária e, também, da jurisprudência do STF [\[1\]](#).

Cumprido, pois, verificar se a compensação por via de GIA do valor do precatório com o valor do tributo devido configura fraude à fiscalização tributária que resulte em redução ou supressão total ou parcial do tributo.

Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que a inadimplência contumaz do poder público, que está tentando buscar atualmente a quarta moratória constitucional como decorrência do desvio sistemático e programado das verbas destinadas ao pagamento da condenação judicial, legitima a ação do contribuinte de compensar o seu crédito representado pelo precatório judicial, com o valor do tributo devido. Nada justifica que o poder público, que cobra tributos cada vez mais onerosos com emprego de instrumentos de sanção política como sucedâneo da execução fiscal, leve 20 ou 30 anos para solver a sua obrigação de satisfazer o seu credor. A condenação judicial em montantes elevados, por si só, já é um sinal de má conduta do administrador público que não respeita os direitos dos contribuintes. A morosidade programada, com vistas à obtenção de moratórias constitucionais, é atentatória ao

princípio da moralidade administrativa e reforça ainda mais a legitimidade da compensação por iniciativa do contribuinte, como única forma capaz de receber o seu crédito.

Feitas essas considerações, examinemos se a inserção na GIA – um documento fiscal obrigatório para a apuração do ICMS a recolher – de valor correspondente ao precatório compensando corresponde ao ato de fraudar a fiscalização tributária mediante inserção de elementos inexatos.

Elementos inexatos não se confunde com elementos estranhos à apuração do ICMS pela sistemática prevista na respectiva legislação. Nos Estados em que não há previsão legal de compensação de precatórios x tributos somente o crédito referente ao ICMS pode figurar na GIA, para fins de compensação com o débito do imposto. Portanto, a inserção do valor de precatório na GIA configura um elemento estranho. Porém, o que tipifica a conduta criminal é a inserção de elemento inexato. E o valor do precatório é líquido e certo, não restando qualquer dúvida quanto a sua exatidão. Comentando esse inciso II afirmamos que “inserir elementos inexatos significa inserir elementos que não correspondem à realidade fática” [2]. Ora, não é o caso de inserção do valor do precatório regulamente expedido pelo tribunal que proferiu a decisão exequenda. Na conhecida emissão de nota fiscal calçada, em que consta o valor real da operação na via destinada ao cliente e um valor menor na via destinada à exibição ao fisco, configura, sem dúvida, a inserção de elementos inexatos e, por conseguinte, implica ato de fraudar a fiscalização tributária. Não é o caso de inserção do valor de precatório. Nesse sentido a jurisprudência do TJRS:

“CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA –
ART. 1º, II, LEI Nº 8.137/1990 – COMPETÊNCIA –

PROVA – DESCLASSIFICAÇÃO – DOSIMETRIA –
Tratando-se de imputação da prática de sonegação fraudulenta de ICMS, tributo estadual, a competência, obviamente, é da Justiça estadual. Irrelevância dos eventuais reflexos que os fatos incriminados possam produzir em outros tributos, destinados à União. Réu com poder de gerenciamento na loja e com procuração da proprietária para atuar com amplos poderes. Comprovado que efetuava operações de saídas de mercadorias inserindo elementos inexatos em notas fiscais, ou seja, a prática conhecida como “nota calçada”, a condenação é de rigor. Pena-base aplicada de acordo com os vetores do art. 59 do CP. Acréscimo pela continuidade compatível com a quantidade de infrações perpetradas. Inaplicabilidade, porém, do art. 72 do Código. Quantitativo de dias-multa estabelecido mediante a aplicação de fração, guardada simetria com o aumento verificado na pena privativa de liberdade em face da continuidade delitiva, sobre o quantitativo disposto para cada uma das infrações. Apelo não provido. (Apelação Crime nº 70041834524, 4ª C.Crim., TJRS, Rel. Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 25.08.2011)

“CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA –
Comete o delito previsto no art. 1º, II, da Lei nº 8.137/1990, a agente que frauda a fiscalização

tributária, efetuando operações de saídas de mercadorias, inserindo elementos inexatos nas notas fiscais, utilizando-se do expediente denominado “nota calçada”, Condenação mantida. PENA DE MULTA – O disposto no art. 72 do CP não se aplica ao crime continuado. Orientação do STJ. Pena pecuniária reduzida. ATENUANTES – A existência de atenuantes, ainda que obrigatórias, não tem o condão de levar a pena para aquém do mínimo legal. Pena majorada. CRIME CONTINUADO – O acréscimo decorrente da continuação deve manter uma proporção com o número de infrações, isto é: quanto mais crimes, maior o aumento. Apelo ministerial provido. (Apelação Crime nº 70039750864, 4ª C.Crim., TJRS, Rel. Constantino Lisboa de Azevedo, julgado em 29.06.2011).

A compensação de precatório com tributos está prevista no § 9º, do art. 100 da CF, ainda que de forma unilateral pela Fazenda. É questão de proceder à interpretação conforme com a Constituição levando em conta o aspecto bilateral do instituto da compensação. Se a Fazenda devedora pode tomar iniciativa da compensação resta claro que igual direito assiste ao contribuinte devedor. Esse § 9º foi acrescido pela EC nº 62/09 e foi declarado inconstitucional pelo STF [3]. Porém, resolvendo a questão de ordem suscitada, em 25-3-2015, o Plenário da Corte Suprema modulou os efeitos da decisão incluindo, dentre outras matérias, a delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que apresente proposta

normativa que discipline a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25-3-2015, por opção do credor do precatório. Trata-se de velha tese que vínhamos defendendo ao longo do tempo, como única alternativa para resolver de vez a questão de “precatórios impagáveis”. Enquanto a solução do problema estiver apenas em mãos do poder público o problema continuará sendo empurrado para frente por meio de intermináveis moratórias constitucionais.

Dentro desse quadro jurídico, ainda que a inserção do valor de precatório na GIA configure elemento estranho, não pode ser considerado inserção de elemento inexato. Na realidade, corresponde à inserção de elemento idôneo, apto a operar a compensação tributária.

Enfim, a inserção do valor do precatório na GIA tem o condão de levar ao conhecimento da autoridade fiscal competente que o contribuinte-credor efetuou a compensação por conta do tributo devido. De fato, a apresentação da GIA constitui uma obrigação acessória do contribuinte do ICMS, a fim de propiciar a efetiva fiscalização de tributos. Nada impede de o fisco de examinar e conferir a autenticidade dos documentos que ensejaram a compensação tributária.

Quem assim procede, propiciando amais ampla fiscalização por parte da Fazenda, não pode ser acusado de cometer o crime do inciso II, do art. 1º da Lei nº 8.137 que é um crime de natureza dolosa. O dolo é incompatível com a apresentação da GIA onde está denunciado todo o procedimento adotado pelo contribuinte de forma clara e objetiva.

Falece, no caso sob exame, os requisitos da inserção de elemento inexato e, por conseguinte, do ato de fraudar a fiscalização tributária.

Finalmente, falta o requisito nuclear do crime que é a redução ou supressão total ou parcial do tributo devido. A supressão ou redução, necessariamente dolosa, é incompatível com o instituto da compensação que consiste na extinção de obrigações recíprocas até onde se compensarem. O crime em questão só se tem por consumado quando o contribuinte lançar mão de compensação por meio de um falso precatório.

NOTAS:

[1] RE nº 81611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 13-5-2005, p. 0006.

[2] Cf nosso *Crimes contra ordem tributária*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 224.

[3] ADI nº 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DA SUCUMBÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

FLÁVIO AUGUSTO MARETTI SGRILLI SIQUEIRA:
Doutor em Direito Penal e Política Criminal - Universidad de Granada Mestre em Direito Penal Supraindividual - Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Direito e Processo Penal - Universidade Estadual de Londrina. Defensor Público e Professor de Direito e Processo Penal nas Faculdades Integradas Libertas.

SUMÁRIO: I.) INTRODUÇÃO; II.) UMA RELEITURA DA AVALIAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO PENAL; III.) CONCLUSÃO; IV.) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I.) INTRODUÇÃO:

A sucumbência é conhecida na doutrina processual nacional como um pressuposto recursal subjetivo, de relativa clareza na contextualização dos pleitos deduzidos pela parte que não foram acolhidos pelo julgador quando da sentença.

Renato Flávio Marcão apresenta conceito sintético, relacionado a interesse, coligando-o ao artigo 577, do CPP para conceituar sucumbência: "Se da decisão não decorrer prejuízo que legitime o desconformismo do acusado, para ele não se verifica sucumbência, e bem por isso em relação a ele não se identificará legítimo *interesse* jurídico para interpor recurso"^[1].

Todavia, ao compulsarmos algumas hipóteses temos que as partes expõem com deficiência os seus objetivos dentro do processo penal quando de seus pedidos e isso apresenta reflexos na avaliação da sucumbência e do interesse recursal.

II.) UMA RELEITURA DA AVALIAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO PENAL:

Na situação em vértice temos que dentre os pedidos da denúncia verificamos que se requer que a ação penal seja julgada procedente com a condenação do acusado nas sanções dos tipos penais em que se lastreou a narração que imputa uma infração penal ao agente e, em contraponto, a resposta à acusação pugna pela improcedência dos termos da denúncia que pode seguir com a apresentação de alguma tese defensiva que afaste o delito (artigo 396-A, CPP).

O cerne da questão surge na possibilidade de procedência parcial dos pedidos da acusação e da defesa.

O Ministério Público ou o querelante pugna pela procedência dos termos da denúncia/queixa em suas alegações finais em forma de memoriais, sendo que na hipótese de ocorrer um lapso quanto a apontar expressamente questões de dosimetria da pena, ou seja, ausência de análise dos elementos formadores do processo trifásico de aplicação da pena, apontamento do regime de cumprimento da reprimenda, possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, dentre outros.

A alusão a elementos de dosimetria da pena é recomendado em diversos Manuais de atuação funcional do Ministério Público[2], o que se encaixa dentro do perfil de instituição democrática que vela pelo equilíbrio necessário nas funções de titularidade da ação penal (artigo 129, I, CRFB) e pela boa aplicação da lei penal (artigo 257, II, CPP). No que cuida do querelante temos que os deveres acima indicados são aplicáveis na ação

penal privada porque a acusação há de ser exercida dentro das balizas rígidas do princípio da legalidade.

A questão reside na aferição da sucumbência no caso concreto, uma vez que a denúncia ou queixa requer a condenação do acusado nos termos dos tipos penais das respectivas infrações penais que compõem a imputação.

Na ação penal privada, em uma breve digressão, temos que o Ministério Público somente teria interesse para recorrer com a finalidade de questionar eventuais nulidades no curso do processo[3], além de recorrer a favor do querelado para conhecer situações favoráveis a ele, inclusive visando a absolvição[4], sendo que de longa data ruiu-se a ideia de que o objetivo no processo penal é somente a função de acusar.

A relevância da exata identificação disso é que "A ideia de *interesse* é conexas a de *sucumbência*, pressuposto fundamental de todo e qualquer recurso. Não se admite recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão (CPP, art. 577, parágrafo único)"[5] até mesmo porque como lembra Aury Lopes Júnior: "O poder de impugnar não é genérico ou incontrolável, senão o reconhecimento de um poder relacionado a um efetivo interesse no controle da decisão judicial"[6]

Logo, como aferir a mesma nas situações em que há o manejo de recurso de apelação (artigo 593, CPP) para questionar a dosimetria da pena, uma vez que na inicial acusatória/resposta à acusação não consta pedido de dosimetria por ser impossível nessa fase processual a avaliação das circunstâncias judiciais e outras que influem na aplicação da pena; bem como inexistir referência a mesma em sede de alegações finais ou memoriais?

Apimenta-se a questão com a consideração da consagração do sistema acusatório no processo penal brasileiro, onde há a separação estanque entre as funções de acusar, defender e julgar, criando uma blindagem ao juiz para que esse não se imiscua nas funções típicas de parte processual que vinculam o julgador ao salientado pelo Ministério Público.

Assim, há na lei dispositivos que levanta polêmica sobre sua constitucionalidade no sistema acusatório quando contrastados com essa regra de ouro do processo penal, por exemplo, nas atuações *ex officio* do julgador, como a decretação da prisão preventiva, a colheita de provas, possibilidade de condenação em havendo pedido de absolvição[7], ainda que de modo subsidiário, dentre outros que revelam polêmica, os quais absteremos de tratar para não ficarmos demasiadamente extensos.

A atual sistemática processual penal (artigo 403, *caput* e § 3º, CPP) e o anteprojeto de Código de Processo Penal (artigo 267, *caput*, CPP[8]) silenciam-se quanto a imposição de um dever legal da apresentação nas alegações finais em forma de memoriais de elementos referentes a dosimetria da pena e não uma recomendação funcional interna no âmbito dos Ministérios Públicos e ou da Defensoria Pública.

Na doutrina há quem dispense a necessidade de apresentação de dosimetria da pena para fins de apresentação de recurso pelo Ministério Público porque ele "...em quaisquer instâncias, ainda que no exercício de atividade *postulatória*, atua sempre na condição de *custos legis*, no sentido de não se vincular aprioristicamente à pretensão deduzida em juízo. Atua ele, então, *imparcialmente*"[9].

A fusão das funções é o que ainda mais legitimaria o Ministério Público a apontar elementos sobre a dosimetria da pena, posto que o juiz

entenderia qual é sua ideia exata de boa aplicação da lei penal no caso em vértice para fins de sentença, o que inclusive daria margem ao conhecimento efetivo da extensão do recurso auxiliando na necessária segurança jurídica.

A fiscalização da aplicação da lei penal reforça o dever de se manifestar especificamente sobre a dosimetria e justificaria o interesse recursal e aquilo que gerou a sucumbência do Ministério Público e reforçaria a falta de sucumbência quando não apresentou elementos de dosimetria da pena.

Há de se exigir de acusação e defesa o mesmo dever de fundamentação que se exige ao juiz (artigo 93, IX, CRFB) e destrinchado com a novel ótica no artigo 489, do NCPC, claro que respeitadas as funções de cada qual no processo penal.

O ideal, *de lege ferenda*, é a previsão expressa na legislação penal adjetiva desse marco, sob pena de arcar com as consequências processuais da inércia dentro do artigo 267, do anteprojeto do CPP.

Desta forma, o juiz ao se deparar com um recurso de apelação questionando elementos da dosimetria da pena pode simplesmente receber o recurso e devolver ao tribunal o conhecimento da matéria de fato e de direito que resolverá a questão com respeito ao princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta em recurso exclusivo da defesa ou no apelo acusatório ficará limitado aos aspectos cingidos na irresignação recursal.

Pela outra mão, o julgador pode observar que não houve em alegações finais em forma de memoriais o pedido de sugestão de dosimetria da pena, fixação de regime, substituição por pena alternativa ou suspensão condicional da pena e simplesmente rejeitar o recurso de apelação.

A evidência desse posicionamento revela-se quando nos deparamos com pedidos genéricos de procedência dos termos da denúncia condenando-se o acusado ou irresignação defensiva sem alusão a questões de pena.

Ou seja, se houver um pedido generalista de procedência da denúncia e o juiz acolhe seus termos para julgá-la integralmente condenando o acusado e o MP não faz nenhum pedido atinente a dosimetria da pena, não há que se falar em sucumbência da acusação que posteriormente investe contra a sentença via recurso.

A mesma sorte segue a alegação final ou memorial de defesa sem qualquer sorte de alusão a aplicação da pena, onde se é postulado o decote de qualificadora, mas sem qualquer tipo de indicativo de pedido de dimensionamento da pena e ou seu regime.

Com referência a defesa, todavia, há um certo abrandamento dessa regra em função de matérias cognoscíveis de ofício, por exemplo, as nulidades absolutas (artigo 563, do CPP); causas extintivas da punibilidade do (artigo 61, do CPP), entre outras, além da indisponibilidade do direito à defesa existente pela própria natureza dos bens jurídicos afetados no processo penal.

III.) CONCLUSÃO:

A ausência de recebimento de recurso é uma medida adequada na hipótese de silêncio das partes quanto a dosimetria da pena, uma vez que não se vislumbra o elemento em que a acusação ou defesa sucumbiu.

Não pode a apelação surpreender com argumentação referente a sucumbência por uma aplicação da pena inadequada quando não se oferece

o parâmetro ideal ou próximo do correto, segundo o talante do Ministério Público/querelante ou defesa.

IV.) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Anteprojeto de lei para o novo Código de Processo Penal. Disponível na internet em: <http://www.ibccrim.org.br/upload/antrepp.pdf>. Data do acesso: 04/05/2015.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Regime jurídico do Ministério Público no Processo Penal*. São Paulo: Verbatim. 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional, Volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009.

Manual de Atuação Funcional do MPPR. Disponível na internet em: <http://www.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=555>. Data do acesso: 27/03/2015.

Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: APMP. 2011.

MANZANO, Luiz Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8 ed. São Paulo: RT. 2011.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

NOTAS:

[1] MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. 2014, p.1014.

[2] Por todos, confirmamos o Manual de atuação funcional do MPPR que diz no item 12: “**Debates em audiência e alegações finais.** Por ocasião dos debates em audiência e das alegações finais: a) relatar resumidamente o processo; b) requerer a conversão do julgamento em diligência quando imprescindível; c) argüir as nulidades absolutas eventualmente ocorridas; d) analisar a prova colhida e os fundamentos de fato e de direito nos quais fundar sua convicção; e) **manifestar-se, ao postular a condenação, sobre a dosimetria da pena, com abordagem expressa das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, e demais causas genéricas e especiais de aumento ou de diminuição da pena, propondo a sanção que se afigurar mais justa, atentando para a existência de reincidência — não basta, nas alegações, apontar a ocorrência da reincidência, é preciso comprová-la com a respectiva certidão. Requerer o regime de cumprimento inicial, suspensão condicional ou substituição por pena alternativa;** f) cuidar, nas manifestações orais, para que seja realizado o seu fiel registro no termo” (Manual de Atuação Funcional do MPPR. Disponível na internet em: <http://www.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=555>. Data do acesso: 27/03/2015 – g.n) e o artigo 70, IV, do mesmo documento, mas do MPSP (Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: APMP. 2011, p.53).

[3] Pedro Henrique Demercian contrariamente sustenta que: "... o órgão do Ministério Público poderá também recorrer da sentença condenatória, com o intuito de aumentar a pena privativa de liberdade. Não poderá, contudo, interpor recurso contra sentença absolutória, se o

querelante não o fez em face do princípio da disponibilidade da ação penal privada" (DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Regime jurídico do Ministério Público no Processo Penal*. São Paulo: Verbatim. 2009, p.205). No mesmo sentido: MANZANO, Luiz Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p.714. Ao nosso sentir, com razão, Guilherme de Souza Nucci que sustenta: "Note-se, entretanto, que, no caso de ação privada, havendo absolvição e não tendo recorrido o querelante, não cabe recurso do Ministério Público para buscar a condenação, da qual abriu mão o maior interessado. Seria subverter o princípio da oportunidade, que rege a ação penal privada. Pode recorrer, como *custus legis*, tendo havido condenação, havendo ou não recurso do querelante para contrariar a pena aplicada, por exemplo" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8 ed. São Paulo: RT. 2011, p.858).

[4] Em matéria de ação penal pública, a doutrina é pacificada quanto a possibilidade do MP recorrer a favor do acusado, bem como em matéria jurisprudencial.

[5] MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Processo Penal...* p.1014.

[6] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. p.1230.

[7] APELAÇÃO - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS - VINCULAÇÃO DO JULGADOR - SISTEMA ACUSATÓRIO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA - CORRÉ - AUSÊNCIA DE PROVAS - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE. 1) Se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o

cumprimento do contraditório. 2) Mister absolver a corré quando os elementos probatórios apresentados não conferem a segurança necessária para a manutenção da sentença condenatória (TJMG. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.13.351477-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - 1º APELANTE: J. P. G. - 2º APELANTE: K. P. S. - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS). Em idêntico sentido na doutrina temos Aury Lopes Júnior: "O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e sem o seu pleno exercício, não abre-se a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. (...) Portanto, viola o sistema acusatório constitucional a absurda regra prevista no art. 385 do CPP, que prevê a possibilidade de o Juiz condenar ainda que o Ministério Público peça a absolvição. Também representa uma clara violação do Princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou melhor ainda, pleno exercício da pretensão acusatória." (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional, Volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009, p. 343).

[8] O anteprojeto do Código de Processo Penal encontra-se disponível na internet em: <http://www.ibccrim.org.br/upload/antrcpp.pdf>. Data do acesso: 04/05/2015.

[9] O professor assinala ainda que: "Por acaso, quando o *parquet* requer a absolvição do acusado, estaria o juiz *subordinado* a esse entendimento? A se entender o Ministério Público como *parte processual*, no sentido que lhe empresta a teoria clássica do processo, a consequência deveria ser a extinção do processo. No entanto, *o objeto da ação penal não é disponível!* Nem ao Ministério Público, titular, mas não dono da ação penal, e nem ao magistrado. Assim, a ausência de manifestação acerca da dosimetria da pena não demonstra *ausência de interesse* na correta observância da lei por parte do *parquet*. Dá-me o fato que de darei o direito, enfim! Não aderimos, então à aludida tese. O Ministério Público tem ampla margem recursal, sobretudo em razão de sua posição de imparcialidade no processo, no âmbito de suas atribuições constitucionais de *zelar pela observância da ordem jurídica* (PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p.877/878).

PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO: A (IN) APLICABILIDADE, NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, DAS TEORIAS NORTE-AMERICANAS QUE ATENUAM A DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

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

RESUMO: O artigo trata da (in)aplicabilidade, no processo penal brasileiro, das teorias desenvolvidas no direito norte-americano, que objetivam atenuar a vedação às provas ilícitas por derivação. Partindo da abordagem das provas no processo penal brasileiro, analisa as provas ilícitas e suas derivadas, para em seguida apresentar as exceções à doutrina dos frutos da árvore envenenada e a (in)adequação de tais exceções ao direito processual penal pátrio.

Palavras-chave: Provas ilícitas, derivação, teorias, exceções.

ABSTRACT: The article deals with the (in)applicability, in the Brazilian criminal proceeding, of the theories developed in the North American right, that objectify to attenuate the prohibition to the illicit evidences for derivation. Leaving of the boarding of the tests in the Brazilian criminal proceeding, it analyzes the illicit evidences and its derivatives, for after that presenting the exceptions to the doctrine of the fruits of the poisoned tree and the (in)adequacy of such exceptions to the procedural law criminal native.

Keywords: Illegal evidence, derivation, theories, exceptions.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. AS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. 1.1 Conceito de prova. 1.2 Objeto da prova. 1.3 Finalidade da

prova .5 1.4 Limites à aquisição das provas no processo penal brasileiro.
1.5 A vedação constitucional às provas ilícitas. 2. PROVAS ILÍCITAS E SUAS
DERIVADAS . 2.1 Provas ilícitas. 2.2 Provas ilícitas por derivação. 3. AS
TEORIAS DE ORIGEM NORTE-AMERICANA QUE ATENUAM A VEDAÇÃO
DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO E A APLICAÇÃO DELAS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO. 3.1 Teoria da fonte independente
(Independent source doctrine). 3.2 Teoria da atenuação do nexo causal
(Attenuation doctrine); ou da Conexão atenuada (Attenuated connection
limitation); ou do Vício diluído (Purged taint limitation). 3.3 Teoria da
descoberta inevitável (Inevitable discovery doctrine). 3.4 Teoria da boa-fé
(good faith exception). CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O estudo das provas ilícitas e suas derivadas no âmbito processual penal brasileiro está diretamente ligado ao estudo do tema no direito norte-americano, pois algumas teorias que aqui se aplicam, tiveram origem lá.

Não há como falar em provas ilícitas por derivação sem mencionar a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), assim como não é possível pensar as exceções à mencionada teoria, sem recorrer às doutrinas nascidas no direito estadunidense.

Pensando nessa relação entre o direito processual penal brasileiro e o norte-americano, no que toca às provas ilícitas e suas derivadas, é que foi desenvolvido o presente estudo.

O objetivo é analisar a possibilidade de aplicação, no processo penal brasileiro, das teorias da fonte independente (*independent source doctrine*), da atenuação do nexa causal (*attenuation doctrine*), da descoberta inevitável (*inevitable discovery doctrine*) e da boa-fé (*the good faith exception*), todas nascidas na Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

O estudo inicia com uma breve análise das provas no processo penal brasileiro, apresentando-se o conceito de prova, objeto, finalidade, seguindo-se para os limites constitucionais à aquisição das provas. Na sequência são analisadas as provas ilícitas e suas derivadas, com a apresentação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Depois de situado o tema, parte-se para o enfrentamento do objeto da pesquisa, com a análise das teorias originadas no direito norte-americano, que atenuam a aplicação das provas ilícitas por derivação, verificando-se a possibilidade de aplicação delas no processo penal brasileiro.

Na apreciação da aplicação das teorias norte-americanas ao direito brasileiro, são apresentadas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, servindo as decisões para mostrar o posicionamento dos tribunais superiores sobre o assunto.

1. AS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1 Conceito de Prova

Dentro do processo penal, o tema ligado às provas é dos mais interessantes, afinal as provas é que levam à solução do processo, com a condenação ou absolvição do acusado.

A noção de prova pertence, mais amplamente, aos domínios da filosofia, na medida em que diz respeito ao vasto campo das operações do intelecto na busca e na comunicação do conhecimento verdadeiro. Etimologicamente a palavra prova deriva do Latim *probatio* ou *probus*, indicando aprovação, confiança, correção.^[1]

Na terminologia processual o termo prova é empregado, de forma mais abrangente, como o conjunto de atividades realizadas na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão. Também pode aduzir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo.^[2]

Prova, assim, é toda verificação, demonstração, comprovação realizada por meio de documentos, sinais, testemunhos, exames, etc. É o instrumento, em sentido lato, capaz de convencer, de dar certeza e segurança àquele que decide.

Provar, então, na seara processual penal, significa estabelecer um estado de convicção a respeito de como uma infração penal ocorreu e de quem contribuiu para sua ocorrência, apontando todos os demais elementos relevantes para o convencimento do julgador.

Cabe observar, apenas como esclarecimento, que prova é diferente de indício. Enquanto que a prova cria um estado de certeza, o indício representa um sinal, que só se transformará em prova se corroborado por outros elementos.

Também não se deve confundir prova com vestígio, pois vestígios são os resquícios de uma infração penal, sendo que só será prova o

vestígio que der a certeza da autoria ou da materialidade, ou de outros elementos importantes para a elucidação dos fatos.

1.2 Objeto da prova

O objeto da prova é o fato controvertido, aquele incerto ou duvidoso que precisa ser provado. Segundo Marcellus Polastri Lima “não é somente o fato criminoso e a autoria do mesmo que devem ser objeto de pesquisa, mas também as circunstâncias subjetivas e objetivas que circundam o fato”.[\[3\]](#)

Portanto, tudo aquilo que for relevante para o completo esclarecimento dos fatos precisa ser provado, não bastando a prova da autoria e da materialidade, sendo necessário que se elucidem as circunstâncias em que o evento criminoso ocorreu.

1.3 Finalidade da prova

A prova tem por finalidade levar ao julgador a verdade ou a falsidade dos fatos, objetiva convencer o magistrado de alguma coisa. Não necessariamente a prova tem que se referir diretamente ao fato principal, podendo estar relacionada a outros dados secundários que contribuem para o esclarecimento da infração penal objeto do processo.

Aliás, as provas não se destinam apenas a afirmar a responsabilidade penal. Elas podem servir, a contrário censo, para demonstrar que a infração penal não ocorreu ou que determinado acusado não foi seu realizador, ou então que o acusado realizou a conduta criminosa, mas com motivos ou em circunstâncias justificadoras, afastando, assim, a responsabilização criminal.

É nesse aspecto finalístico que as provas podem ser divididas em incriminatórias, dirimentes ou corroboradoras (infirmativas). Prova incriminatória é a que tende a afirmar a responsabilidade do agente. Dirimente aquela que visa a provar a inocência do agente ou a diminuição de sua responsabilidade. Corroboradoras ou infirmativas são as provas que têm por escopo fortalecer outras provas já existentes.[\[4\]](#)

1.4 Limites à aquisição das provas no processo penal brasileiro

No Brasil o critério que rege a admissão das provas é o das provas exemplificativas, ou seja, o Código de Processo Penal indica as mais comuns, mas não encerra o rol de provas admitidas.

Dessa forma, pode-se falar em provas nominadas e provas inominadas. Nominadas são as previstas no Código de Processo Penal e inominadas as que não estão elencadas no mencionado diploma.

Significa dizer que uma prova pode ser obtida ou produzida ainda que não esteja expressamente relacionada na lei processual penal. Contudo, relacionada ou não, sempre devem ser respeitados os limites à aquisição das provas.

Portanto, embora exista certa liberdade à obtenção e produção de provas no processo penal brasileiro, deve-se ressaltar que essa liberdade é regrada, estando sujeita a limites impostos pela Constituição Federal de 1988. E tais limites, sempre é bom ressaltar, são traçados por princípios e normas constitucionais que visam a assegurar os direitos fundamentais das pessoas.

Em razão dos limites acima mencionados, é que acabam surgindo as chamadas provas ilícitas, que são aquelas obtidas ou produzidas com

violação aos direitos fundamentais e que por esse motivo encontram vedação constitucional, como se verá.

1.5 A vedação constitucional às provas ilícitas

Conforme já asseverado alhures, a atividade probatória não é desregrada, ou seja, nem toda prova é admitida no processo. Por questões lógicas, existem limites à formação das provas.

Dentre as hipóteses limitadoras da atividade probatória, está a vedação constitucional às provas obtidas ilicitamente.^[5] Tal vedação tem por objetivo resguardar os direitos fundamentais, limitando a atuação estatal, de forma a impedir o abuso do poder por parte dos órgãos e agentes responsáveis pela persecução penal.

É certo que se o Estado não encontrasse limite em sua atividade de persecução penal, estaria aberta a porta para toda espécie de barbárie, como já ocorreu em tempos idos, quando as violações aos direitos humanos eram frequentes e toleradas.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao vedar a admissão de provas ilícitas, está na verdade reafirmando princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, como o da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, entre outros. Mais que isso, retrata a preocupação do constituinte com os direitos humanos.

Sim, pois as provas ilícitas resultam de graves violações aos direitos humanos, com ofensa aos principais bens da pessoa, sendo obtidas, em regra, com sérios danos à intimidade, à liberdade, à integridade corporal, e mesmo à vida humana.

Como se vê, pela relevância dos bens jurídicos que podem ser lesados, indispensável a proteção constitucional revelada na vedação das provas ilícitas no processo penal.

Pela relevância e complexidade, o estudo das provas ilícitas será feito a seguir, em capítulo próprio.

2. PROVAS ILÍCITAS E SUAS DERIVADAS

2.1 Provas ilícitas

Provas ilícitas são aquelas colhidas com infringência às normas ou princípios colocados pela constituição ou pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade e, mais especificamente, do direito à intimidade.[\[6\]](#)

De acordo com Adalberto J. Q. T. de C. Aranha:

O termo ilícito usado pelo constituinte tem sua origem etimológica no Latim *illicitus (il+licitus)*, tendo dois sentidos: um restrito, significando o que é vedado por lei, e outro, amplo e genérico, indicando o que é contrário à moral e aos bons costumes, reprovável pela opinião pública e proibido pelo direito. No caso brasileiro o constituinte usou a expressão em sentido genérico.[\[7\]](#)

Da análise do comentário do citado autor, vislumbra-se que não é só a violação a uma regra posta em lei ou na Constituição que torna a prova ilícita, mas também acarreta a ilicitude da prova a ofensa à moral e aos bons costumes.

Do ponto de vista normativo legal, é importante observar que as normas de direito podem ser materiais ou processuais, e em consequência a ofensa possível de ser produzida pode atingi-las em conjunto ou separadamente. Em outras palavras, a violação pode ser a uma norma de direito material, a uma norma de direito processual, ou a normas materiais e processuais concomitantemente.

Partindo dessa análise é possível diferenciar provas ilícitas de provas ilegítimas, espécies de provas ilegais ou vedadas, embora para muitos tal diferenciação tenha perdido sentido após a edição da Lei 11.690/2008, que alterou parte do Código de Processo Penal. Em todo caso, por ser teoricamente enriquecedora a diferenciação, será feita assim mesmo.

Provas ilícitas são aquelas obtidas com violação a normas de direito material, enquanto que provas ilegítimas as que colidem com normas de direito processual.

Assim, a ilegitimidade da prova está relacionada ao momento de sua produção no processo, enquanto que a ilicitude diz com os meios ou modos de obtenção da prova, sempre externamente ao processo.

Como exemplo de prova ilícita pode ser citada a interceptação telefônica realizada sem autorização judicial; ou então, a confissão obtida pela polícia mediante tortura. Como hipótese de prova ilegítima, cite-se o interrogatório realizado em juízo sem a presença de defensor.

A Constituição de 1988 veda a admissibilidade de provas ilícitas em sentido amplo, abrangendo provas ilícitas e ilegítimas. Ao reproduzir o mandamento constitucional, o Código de Processo Penal, a partir da Lei

11.690/2008, passou a prever expressamente, em seu artigo 157, que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.[\[8\]](#)

Portanto, existindo vedação constitucional e processual penal, a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Restando comprovada alguma violação a princípios ou normas constitucionais ou legais, a prova assim obtida deverá ser vedada no processo penal.

No entanto, não se deve olvidar que toda regra admite exceção, por isso Alexandre de Moraes adverte que “excepcionalmente as provas ilícitas deverão ser admitidas no processo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana”.[\[9\]](#)

Certamente assiste razão ao constitucionalista, pois em determinadas situações poderão ser admitidas provas ilícitas em nome da real efetivação da justiça. Porém, ressalte-se, a regra é a inadmissibilidade de ditas provas, sendo a aceitação exceção a ser detidamente analisada no desenrolar do processo, em cada caso.

Prosseguindo na apreciação das provas ilícitas, é necessário observar que a atividade probatória se desenvolve em atos subsequentes. Primeiro é obtida uma prova, a seguir outra que lhe confirme ou negue, e assim por diante, até que os fatos estejam elucidados.

Ocorre que, durante essa sequência probatória, poderá ocorrer de uma prova ser obtida ilicitamente, e a partir dela serem obtidas outras.

Nesse caso, as provas subsequentes serão consideradas ilícitas por derivação.

2.2 Provas ilícitas por derivação

As provas ilícitas por derivação são aquelas obtidas a partir de uma prova ilícita anterior. Em tais casos, a prova derivada é obtida licitamente, o problema é que só se chegou a ela em razão de uma prova anterior produzida ilicitamente.

Sobre o tema é tradicional a doutrina cunhada pela Suprema Corte norte- americana, chamada de *fruits of the poisonous tree* (teoria dos frutos da árvore envenenada). Consoante essa teoria, o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.[\[10\]](#)

A Doutrina dos frutos da árvore envenenada - *fruits of the poisonous tree* - foi criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte norte-americana a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920). A empresa *Silverthorne Lumber* tentou sonegar o pagamento de tributos federais e no combate à fraude, agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da referida empresa, chegando assim, a outras provas da fraude. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte e se questionou, em síntese, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo. A Suprema Corte decidiu que se permitisse a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Dessa forma, decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente.[\[11\]](#)

No direito norte-americano a doutrina do *fruits of the poisonous tree* representa uma extensão da *exclusionary rule*, que é como se fosse um

equivalente do princípio do devido processo legal, de forma que a prova coletada e obtida com violação aos direitos constitucionais do réu é considerada inadmissível judicialmente.

Tanto lá quanto aqui, a teoria dos frutos da árvore envenenada busca fazer uma ponte entre o vício da prova obtida ilicitamente e todas as demais provas produzidas a partir dela, que são as chamadas provas ilícitas por derivação.

No Brasil, é bom que se diga, não havia previsão expressa a respeito das provas ilícitas por derivação, por isso até a entrada em vigor da Lei 11.690/2008, a solução para os casos práticos era buscada na doutrina e na jurisprudência.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, mais de uma década antes da alteração no Código de Processo Penal os Ministros já haviam reconhecido e passado a aplicar a teoria dos frutos da árvore envenenada.[\[12\]](#)

Porém, a Lei 11.690/2008, ao alterar o Código de Processo Penal, trouxe previsão expressa de vedação das provas ilícitas por derivação, acabando com a polêmica sobre a falta de previsão legislativa.[\[13\]](#)

Agora prevista em dispositivo processual penal, a vedação das provas ilícitas por derivação tem por escopo evitar a admissão de provas idôneas, mas obtidas a partir de práticas ilícitas, o que poderia resultar em estímulo a ilegalidades. Esse é o sentido da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois se o vício está na planta, se transmite aos frutos.

Neste ponto é pertinente a observação de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Se os agentes produtores de prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas por via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.^[14]

Verifica-se, portanto, especialmente a partir da recente alteração do Código de Processo Penal, que veio confirmar o entendimento jurisprudencial, que no sistema processual penal brasileiro a vedação às provas ilícitas inclui as provas derivadas das ilícitas.

Destarte, é bom deixar claro que a vedação às provas derivadas das ilícitas não pode ser absoluta, assim como nenhuma garantia constitucional é absoluta, devendo a análise da abrangência da vedação ser feita em cada caso.

Com base nesse pensamento de relatividade da vedação, surgiram no direito norte-americano, teorias atenuadoras, as quais têm como finalidade justificar a admissão de provas derivadas das ilícitas em determinadas hipóteses.

A seguir serão analisadas essas teorias, com a verificação da possibilidade de aplicação de cada uma delas no direito processual penal brasileiro, sempre levando em conta os valores humanos e os princípios constitucionais.

3. AS TEORIAS DE ORIGEM NORTE-AMERICANA QUE ATENUAM A VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO E A APLICAÇÃO DELAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Assim como a teoria dos frutos da árvore envenenada surgiu nos Estados Unidos, as principais exceções a ela também. Na verdade, algumas idéias desenvolvidas no direito norte-americano buscaram atenuar a incidência da doutrina do *fruits of the poisonous tree*.

As teorias norte-americanas têm por objetivo evitar julgamentos desproporcionais resultantes da aplicação inflexível da vedação às provas derivadas das ilícitas, consubstanciando-se as ditas teorias em quatro cláusulas principais de exclusão da teoria dos frutos da árvore envenenada, sendo: a) teoria da fonte independente (*independent source doctrine*); b) teoria da atenuação do nexo causal (*attenuation doctrine*); c) teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery doctrine*); d) teoria da boa fé (*the good faith exception*).

3.1 Teoria da fonte independente (*Independent source doctrine*)

De acordo com a teoria da fonte independente, quando uma prova possui duas fontes, uma lícita e outra ilícita, utiliza-se a fonte lícita, afastando-se a ilícita e conseqüentemente admitindo-se a prova.

O *leading case* que definiu a exceção da fonte independente no direito americano, foi o caso *Murray v. United States (1988)*, no qual

policiais perceberam atividade suspeita de tráfico de drogas em torno de um armazém e entraram no recinto ilegalmente, encontrando drogas. Deixaram tudo como estava, requereram um mandado, sem informar a invasão, utilizando apenas outros elementos de prova que já haviam sido colhidos licitamente, e fazendo a busca depois de autorizada, encontraram duzentos e setenta fardos de maconha. Depois de descoberta a invasão ao depósito, a Corte confirmou o entendimento de que a prova não era ilícita, pois o mandado foi concedido com base em elementos lícitos e não na entrada não autorizada no armazém. [\[15\]](#)

No caso, havia duas fontes, uma lícita, colhida de acordo com as normas do direito americano, e outra ilícita, ou seja, a entrada não autorizada em propriedade particular. Considerou-se a fonte legal, dando-se validade à prova, pois uma fonte era absolutamente independente da outra.

O entendimento, portanto, é de que a teoria dos frutos da árvore envenenada não se aplica se demonstrado que a prova posterior não é decorrente da prova ilícita, ou seja, se comprovado que não há nenhuma conexão com a prova ilícita.

A respeito disso, só se pode falar em fonte independente quando não há nenhum vínculo entre a prova ilícita precedente e a prova posterior, pois a prova totalmente independente não se sujeita às regras da prova ilícita por derivação. [\[16\]](#)

A regra da teoria da fonte independente é que a prova que for obtida por fonte independente da prova ilícita, é perfeitamente válida, já

que na verdade ela não deriva da prova ilícita, ela é autônoma, desvinculada.

Pode-se citar como outro exemplo de fonte independente, a hipótese em que uma equipe de policiais tortura o acusado até ele contar onde está a *res furtiva*, mas enquanto isso, uma outra equipe, por meios legais, consegue chegar ao local onde escondidos os objetos.[\[17\]](#)

Claro que a prova material, representada pelos objetos apreendidos, é válida, pois não há relação entre a tortura e o encontro dos bens. Trata-se, no caso, de fonte independente. Por outro lado, é certo que os policiais que praticaram a tortura deverão ser responsabilizados, sem que isso, no entanto, influencie a prova do crime em investigação.

O Código de Processo Penal Brasileiro, com a alteração promovida pela Lei 11.690/2008, adotou expressamente a teoria da fonte independente (*independent source doctrine*), em seu artigo 157, § 1º, parte final, ao afirmar que são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando puderem ser obtidas por uma fonte independente.[\[18\]](#)

Portanto, não resta nenhuma dúvida de que a doutrina de origem norte-americana foi introduzida no direito processual penal brasileiro, tendo plena aplicabilidade para atenuar a teoria dos frutos da árvore envenenada.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, tem decidido que a prova oriunda de fonte independente da ilícita é válida, de forma que não se pode falar em nulidade por derivação.[\[19\]](#)

3.2 Teoria da atenuação do nexa causal (*Attenuation doctrine*); ou da Conexão atenuada (*Attenuated connection limitation*); ou do Vício diluído (*Purged taint limitation*)

A teoria da atenuação do nexa causal ou da diluição do vício é aplicada quando não houver nexa causal entre a prova ilícita e a derivada ou quando o nexa for ténue, de modo que se torna admitida a prova derivada.

Também criada pela *Supreme Court of the United States*, a teoria do nexa causal atenuado nasceu no caso *Wong Sun v. United States* (1963). Nesse episódio aconteceram várias prisões consideradas ilegais, pela ausência de mandados judiciais ou de motivos razoáveis, todas elas por indícios de tráfico de drogas. Todavia, semanas mais tarde, após ter sido liberado, um dos que havia sido preso ilegalmente confessou, em interrogatório realizado de forma legal pela polícia, o delito de tráfico de drogas. A Suprema Corte não considerou tal confissão ilícita, ao argumento de que ela foi voluntária e realizada após a pessoa ter sido solta e informada de seus direitos, de forma que a conexão entre a prisão e a confissão era tão ténue que a ilegalidade havia se dissipado.^[20]

Percebe-se, assim, que a permanência da prova no processo, pela aplicação da teoria da atenuação do nexa causal, depende do enfraquecimento da cadeia causal dos acontecimentos. Para tanto, devem ser verificados três fatores: a) o tempo decorrido entre a ilegalidade e a obtenção da prova; b) a presença de circunstâncias que dividam a cadeia causal e; c) a conduta ilegal flagrante proposital.^[21]

Quanto mais tempo tiver decorrido entre a obtenção da prova ilegal e a derivada, maior a diluição do vício. Também é importante a ocorrência de fatos relevantes entre as duas provas, que dividam ou interrompam a cadeia causal. Ademais, quanto mais grave o vício, menor a possibilidade de se dissipar, e em consequência, de se reconhecer a atenuação do nexo causal, afinal, quanto mais envenenada estiver a árvore, mais difícil será de os frutos estarem sãos.

Portanto, a teoria da atenuação do nexo causal exige que o nexo, a ligação, o vínculo entre a prova ilícita precedente e a prova posterior seja mínimo ou inexistente, ante a ocorrência de algum fato que o tenha rompido. Do contrário, o vício da prova ilícita contaminará a prova derivada.

O Código de Processo Penal adota a teoria da atenuação do nexo causal em seu artigo 157, § 1º, primeira parte, ao admitir as provas derivadas das ilícitas quando não evidenciado nexo de causalidade entre umas e outras.[\[22\]](#)

A teoria da atenuação do nexo causal ou da diluição do vício deve ser aceita no direito brasileiro, não só por estar prevista, mas também porque, pelos requisitos exigíveis para seu reconhecimento, o vício que maculou a prova inicial não tem mais força para causar prejuízo ao acusado quando da produção da prova posterior.

3.3 Teoria da descoberta inevitável (*Inevitable discovery doctrine*)

A teoria da descoberta inevitável torna admissível a utilização de prova obtida de forma ilícita, quando se verificar que tal prova seria inevitavelmente descoberta por outros meios legais, ou seja, a prova seria

obtida ou produzida de qualquer forma, independentemente da prova ilícita originária.

Surgiu no caso *Nix v. Williams* (1984), no qual após o desaparecimento de uma criança, a polícia do local obteve, de forma ilegal, a indicação pelo acusado, do local onde o corpo estava enterrado. Porém, cerca de duzentos voluntários e policiais já estavam fazendo uma varredura no terreno apontado pelo assassino, antes da confissão ser obtida, de forma que a descoberta do cadáver era apenas questão de tempo. Com a confissão somente foi antecipado o encontro do cadáver, pois o acusado indicou o local exato. No julgamento a defesa tentou excluir a utilização do corpo como prova material no processo, alegando que a descoberta se deu através de uma prova ilícita. Entretanto, o entendimento da Suprema Corte foi de que o corpo seria encontrado independente da confissão, em razão da busca que estava sendo realizada, motivo pelo qual a prova era válida.^[23]

Como outro exemplo de descoberta inevitável, imagine-se a hipótese em que policiais torturam um suspeito para que ele indique onde está guardada a droga. Enquanto isso, outra equipe de policiais se prepara para cumprir um mandado de busca e apreensão no esconderijo, inclusive com a utilização de cães farejadores, sendo certo o encontro da droga, pois depositada em local de fácil localização. Contudo, em razão da tortura, o suspeito acaba indicando aos torturadores o local exato onde a droga estava, sendo a informação repassada aos policiais que realizariam a busca, facilitando a apreensão do material.

Malgrado a ilegalidade representada pela tortura, grave ilegalidade, aliás, a prova material consubstanciada no encontro da droga é de ser válida, porque a descoberta era inevitável, ma vez que outra equipe de policiais já estava pronta para fazer a busca e apreender a substância.

É de se observar que existe uma proximidade muito grande entre a teoria da descoberta inevitável e a teoria da fonte independente, tanto que a Suprema Corte norte-americana chegou a afirmar que uma é desdobramento da outra.

Em razão das semelhanças entre as duas teorias, o legislador brasileiro acabou por confundi-las, como bem observou Eugênio Pacelli de Oliveira:

Note-se que a Lei nº 11.690/08 comete um equívoco técnico. No art. 157, § 2º, ao pretender definir o significado de “*fonte independente*” afirmou tratar-se daquela que “por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. A nosso aviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável, muito utilizada no direito estadunidense.[\[24\]](#)

Independentemente das semelhanças e da confusão legislativa, é certo que a teoria da descoberta inevitável encontra abrigo no direito processual penal brasileiro, afinal o Superior Tribunal de Justiça já

reconheceu em várias oportunidades a aplicabilidade da mencionada teoria.^[25]

3.4 Teoria da boa-fé (*good faith exception*)

Apresentando-se como mais uma exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenada, a teoria da boa-fé consiste na limitação da Boa-Fé (*the good faith exception*), também com origem no direito norte-americano.

Essa teoria foi inicialmente aplicada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *United States v. Leon* (1984), em apreciação ao caso em que policiais da Califórnia cumpriram, de boa-fé, um mandado que foi posteriormente invalidado. Os acusados invocaram a supressão da prova com base na doutrina dos frutos da árvore envenenada, sendo que a Suprema Corte norte-americana indeferiu a postulação dos acusados, fundamentando sua decisão na exceção em exame.^[26]

Tome-se, como outro exemplo, o caso em que o Delegado de Polícia representa pela interceptação telefônica de uma determinada linha, mas na hora da decisão, o juiz concede a interceptação, equivocadamente, de outro número. A polícia civil, sem perceber o erro, passa a monitorar as conversações e descobre um crime, acabando por reunir provas contra o criminoso, que foi interceptado equivocadamente.

De acordo com a teoria da boa-fé, quando a prova for produzida com total pureza de intenção, com a crença de se estar agindo dentro dos termos legais, pode ela ser aceita, ainda que ilícita.

Isso se dá porque a regra de exclusão das provas ilícitas destina-se precipuamente a evitar que as autoridades encarregadas da

investigação criminal atuem de forma ilegal. Logo, nos casos em que ficar demonstrado, sem qualquer dúvida razoável, que a atuação do agente estatal se deu de boa fé, não haverá razão para a exclusão da prova.

A teoria da boa-fé não é vista com bons olhos por boa parte dos juristas pátrios, que a consideram incompatível com o sistema jurídico brasileiro. Sustentam eles que a boa-fé no momento da produção da prova não afasta a mácula inicial que a contamina.

Na verdade, a teoria da boa-fé não deve ser afastada de plano, pois sempre se deve verificar a questão da proporcionalidade. Quando for para garantir direitos mais valiosos que os violados, nada impede a aplicação da teoria da boa-fé, ainda mais se a prova favorecer o acusado.

CONCLUSÃO

Assim como a teoria dos frutos da árvore envenenada surgiu nos Estados Unidos e passou a ser aplicada no direito processual penal brasileiro, as teorias norte-americanas que visam a atenuar o alcance da teoria dos frutos da árvore envenenada também encontram aplicabilidade no processo penal pátrio.

Tanto é que a Lei 11.690/2008, ao alterar o Código de Processo Penal, mencionou expressamente a admissibilidade de provas derivadas das ilícitas quando obtidas por uma fonte independente. Importou, está claro, a *independent source doctrine* do direito norte-americano.

A mesma lei supracitada também buscou nos Estados Unidos a *attenuation doctrine* e a introduziu no Código de Processo Penal ao prever que é admissível a prova derivada quando não houver nexos entre ela e a ilícita.

Por outro lado, a *Inevitable discovery doctrine* tem sido aplicada seguidamente pelo Superior Tribunal de Justiça, que não cansa de afirmar a aplicabilidade da teoria ao direito processual penal brasileiro.

Quanto à *good faith exception*, é perfeitamente possível sua aplicação no processo penal brasileiro, desde que utilizada como forma de garantir a proporcionalidade das decisões, toda vez que garantias fundamentais estiverem em conflito.

Portanto, a teoria dos frutos da árvore envenenada é limitada pelas teorias da fonte independente, da atenuação do nexo causal, da descoberta inevitável e da boa-fé, todas criadas pela Suprema Corte Norte-Americana e aplicáveis ao processo penal brasileiro.

Assim, não há que se falar em prova ilícita por derivação quando a prova posterior houver sido obtida de uma fonte independente, se a descoberta era inevitável, se o vício que maculava a prova ilícita se dissipou, e em certos casos, se as autoridades agiram de boa-fé.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas**: Campinas: Millennium, 2008.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto-Lei n° 3689/1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em 07 de dezembro de 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 07 de dezembro de 2010.

Estados Unidos v. Leon. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1983/1983_82_1771>. Acesso em 27 de dezembro de 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/>>. Acesso em 23 de dezembro de 2010.

Nix v. Williams. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1983/1983_82_1651>. Acesso em 26 de dezembro de 2010.

Silverthorne Lumber Co v. United States (1920). Disponível em: <supreme.justia.com/us/251/385/case.html>. Acesso em 23 de dezembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. Habeas Corpus 106571/PR. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 16 de setembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 52995/AL. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, 16 de setembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72588/PB. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 12 de junho de 1996.

NOTAS:

[1] FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp.41-43.

[2] Idem, p. 43.

[3] LIMA, Marcellus Polastri. **A prova penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p.10.

[4] Idem, p. 29.

[5] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º [...] – LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

[6] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.131.

[7] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 51.

[8] BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 3689/1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em 07 de dezembro de 2010.

[9] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 116.

[10] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.

[11] Silverthorne Lumber Co v. United States (1920). Disponível em: <supreme.justia.com/us/251/385/case.html>. Acesso em 23 de dezembro de 2010.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas

pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. Habeas Corpus 72588/PB. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 12 de junho de 1996.

[13]BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3689/1941. Art. 157 [...] - § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

[14]OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 375.

[15]DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas**: Campinas: Millennium, 2008, p. 134.

[16]GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/>>. Acesso em 23 de dezembro de 2010.

[17] Idem.

[18] BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3689/1941. Art. 157 [...] - § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

[19] BRASIL. Superior Tribunal de justiça. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ARTIGO 16 DA LEI 10.826/2003 E ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. BUSCA E APREENSÃO. DECISÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. SUBSISTÊNCIA DO FLAGRANTE E DAS PROVAS OBTIDAS. CRIMES PERMANENTES. TEORIAS DA FONTE INDEPENDENTE E DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. É nula a decisão que autoriza medida de busca e apreensão sem qualquer fundamentação. 2. São admitidas as provas colhidas quando da prisão em flagrante do paciente, na hipótese de ilicitude da busca e apreensão autorizada judicialmente, desde que tal medida não tenha sido determinante para a sua obtenção (teorias da fonte independente e da descoberta inevitável). 3. A teor do disposto no artigo 5º, incisos XI e LXI, da Constituição Federal, nos quais encontram-se hipóteses excepcionais de possibilidade de violação do domicílio e de restrição da liberdade do indivíduo em razão de flagrante delito, é desnecessária autorização judicial para busca e apreensão quando se tratar de flagrante de crime permanente. Precedentes. 4. Ordem denegada.

Habeas Corpus 106571/PR. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 16 de setembro de 2010.

[20] DEZEM, Guilherme Madeira, op. cit., p.135.

[21] Idem.

[22] BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3689/1941. Art. 157 [...] - § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras...

[23] *Nix v. Williams*. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1983/1983_82_1651/> Acesso em 26 de dezembro de 2010.

[24] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, op. cit., p. 375.

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a

utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito a própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima. 5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza. 6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada. Habeas Corpus 52995/AL. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, 16 de setembro de 2010.

[26] Estados Unidos v. Leon. Disponível em: <http://oyez.org/cases/1980-1989/1983/1983_82_1771>. Acesso em 27 de dezembro de 2010.

OS ASPECTOS JURÍDICOS E SÓCIO-CULTURAIS DA PUBLICIDADE VOLTADA AO PÚBLICO INFANTIL NA ATUALIDADE

ANDRÉ GUIMARÃES AVILLÉS: Advogado.
Mestrando em Direito Civil PUC-SP.

Resumo : O presente artigo tem por objetivo analisar a questão da publicidade voltada ao público infantil à luz do Código de Defesa do Consumidor e sob as perspectivas sociais contemporâneas. Para tanto, busca-se analisar a legislação específica - tanto de ordem consumerista, como publicitária - bem como os principais aspectos socioculturais do público infantil atualmente. Estabelecidas tais premissas, serão analisados os aspectos que podem ser aprimorados na legislação pátria sobre o tema.

Palavras Chaves : Publicidade. Infantil. Abusividade. Proteção. Código de Defesa do Consumidor.

The Legal and Sociocultural Aspects of Advertising Aimed to Children Nowadays

Abstract : This article intends to analyze the issue of advertising aimed to children in the light of the Consumer Protection Code and under the contemporary social perspectives. Therefore, it seeks to analyze the specific legislation - both consumerist and advertising - and the main socio-cultural aspects of current children public. Established these premises, the aspects that can be improved in the Brazilian legislation on the subject will be analyzed.

Key Words: Advertising. Children. Unconscionability. Protection. Consumer Protection Code.

1. Introdução

A sociedade contemporânea do início do século XXI é dinâmica, globalizada e conectada. Seus anseios, frutos do processo histórico e das constantes mudanças ocorridas no século anterior, retratam um contexto em que a rapidez e a fluidez de informações inundam a vida de todos os indivíduos.

A conectividade interpessoal se mostra um fenômeno inerente a este tempo. Independentemente de idade ou classe social, todos têm acesso a qualquer tipo de conteúdo e são, ininterruptamente, "bombardeados" por informações dos mais variados os tipos possíveis: notícias, dados, imagens e, como não poderia deixar de ser, pela publicidade.

Se até meados do século XIX a humanidade engatinhava no que diz respeito à globalização e à conectividade entre as pessoas, os acontecimentos do século XX mudaram significativamente esta condição. Os avanços dos meios de transporte e, principalmente, dos meios de comunicação moldaram a sociedade atual: enquanto antes uma notícia demorava meses para atravessar os oceanos, hoje a informação é veloz e praticamente instantânea.

A prevalência do capitalismo sobre o bloco socialista também influenciou de maneira significativa a sociedade contemporânea. O estímulo ao comércio e ao giro da economia é constante. Novos produtos são lançados diariamente, inundando o mercado com uma variedade de opções.

Neste contexto, em que praticamente não mais existe uma divisão ideológica, nos encontramos em um caminho sem volta. É clara a necessidade de vender e produzir cada vez mais, sob pena de estagnação social e falta de investimentos. Os principais agentes do mercado, portanto, demandam de um catalisador, de um incremento que respalde e alimente sua produção.

A publicidade, desta maneira, incide como fator essencial para escoamento da produção econômica. Se qualidade e preço são fatores primordiais para que um produto seja aceito pela população, a publicidade é a via responsável por apresentá-lo a sociedade e, em muitos casos, estimular o seu consumo, mesmo que o binômio preço/qualidade esteja aquém da mensagem destinada ao consumidor final. Como é sabido, uma publicidade bem feita, que expõe a marca e chama a atenção do consumidor, muitas vezes traz muito mais retorno ao fornecedor do que a qualidade e o preço em si.

Em suma, como diz o popular provérbio português: "*a propaganda é a alma do negócio*".

Dentro desse cenário, onde é necessária a constante exposição daquilo que se vende e se produz, emerge o interessante debate acerca da publicidade voltada ao público infantil.

Atualmente, muito tem se discutido se a publicidade voltada a este público seria legalmente abusiva e nociva à sua formação. Argumenta-se, inclusive, que a criança seria capaz de influenciar seus pais na tomada de decisão sobre tal ou qual produto adquirir, mesmo sendo o ente mais vulnerável da célula familiar.

Os defensores de tal ponto de vista também alegam que a publicidade infantil tem por escopo fidelizar os jovens, para que ao se tornarem adultos, sejam consumidores fieis de determinada marca.

Assim, é cada vez mais comum o entendimento de que o Estado deve inibir fornecedores de praticarem tais atos, limitando a publicidade somente àqueles indivíduos com maior grau de discernimento.

Em contraposição, contra argumenta-se que a publicidade infantil é algo natural e inerente a sociedade em que vivemos. Qualquer vedação à prática seria o mesmo que limitar a realidade de crianças, deixando-as à margem do que acontece no cotidianamente.

Nesta senda, também se afirma que cabe à família decidir o que seus filhos devem ou não ter contato e que, mesmo diante de qualquer publicidade, é função dos responsáveis decidirem sobre a aquisição do bem ou não, independentemente da vontade da criança.

Desta feita, ante aos pólos apresentados, o presente estudo visa analisar os principais aspectos da publicidade infantil, suas vantagens e prejuízos e, ao final, apresentar suas conclusões sobre o assunto.

2. O Conceito de Publicidade

A informação é o epicentro do novo milênio. Constantemente somos bombardeados por uma avalanche de notícias, imagens e dados: celulares tocando freneticamente; jovens e adultos redigindo mensagens; celebridades distribuindo *tweets*; comunicação via *Facebook*; conteúdo digital em abundancia no *Youtube* e demais canais de comunicação. A isto, somem-se os bons e velhos televisão, rádio, cinema e mídia impressa.

Nesta conjuntura, altamente fomentada pelo capitalismo e pela sociedade de consumo, a publicidade assume importante papel como combustível do nosso modo de vida: "compre", "use" e "tenha" são verbos que, invariavelmente, fazem parte permanente do nosso cotidiano, atingindo a população sem qualquer distinção.

Uma vez devidamente instigada pela publicidade, a máquina social pode produzir, fornecer e inovar cada vez mais, mantendo vivo o ciclo de desenvolvimento que teve início no século XX e vive seu apogeu no alvorecer do século XXI.

Imiscuída dentro do tráfego incessante de informação, a publicidade tem por fim promover junto à população - potenciais consumidores - aquisição de produtos ou serviços, independentemente da plataforma midiática utilizada.

O termo publicidade é oriundo do latim *publicus*, que tem por significado divulgar, difundir, tornar de conhecimento geral.

Contudo, vale salientar que, se a publicidade é tida como forma de comunicação, não é toda informação transmitida que se enquadra como publicidade. Esta somente se configura quando há veiculação de conteúdo ligado a fins econômicos, ficando excluídas do campo publicitário as informações jornalísticas, dramatúrgicas, científicas, etc.[\[1\]](#)

Deste modo, tem-se que a publicidade é a técnica de transmissão de informação ao público com fins de lhe inculcar o desejo de adquirir o produto ou o serviço anunciado.

O artigo 8º do código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária aduz que publicidade e a propaganda são "*assim entendidas*

como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias".

Em relação ao conceito de propaganda, apesar da utilização corriqueira de ambos os termos como sinônimos, existe clara diferenciação conceitual.

O vocábulo propaganda vem do latim *propagare*, significando enterrar, plantar, mergulhar.

Nota-se que ambos os institutos têm por escopo transformar e difundir opiniões, mas a propaganda pretende influenciar ou modificar a opinião da população acerca de certa ideologia, ao passo que a publicidade busca instigar o público a adquirir determinado bem ou serviço.

Em que pese a Constituição Federal não faça a referida distinção, como bem lembra Rizzato Nunes^[2] (para quem ambos os conceitos seriam sinônimos) adotamos posição divergente, dado o escopo de cada um dos institutos.

Em suma, uma possui fins ideológicos, a outra, fins comerciais.

Por fim, importante salientar as diferenças entre o conceito de publicidade e *marketing*.

Adalberto Pasqualotto, escorado na *American Marketing Association*, aduz que *marketing "é a execução de atividades de negócios que encaminham o fluxo de mercadorias e serviços do produtor aos consumidores finais, industriais e Comerciais"*.^[3]

Segundo o referido autor, com base nos ensinamentos de Keith J. Tuckwell, o *marketing* tem objetivo anterior à publicidade, vez que incidem em momentos diversos no processo de captação do consumidor:

"O marketing elege um objetivo de mercado, em função do qual são definidos o produto, o preço, o modo de promoção e de comercialização. A publicidade vem depois, num conjunto de apoio ao lado da promoção de vendas, dos eventos e patrocínios, das relações públicas e do pessoal de vendas. E seu papel principal é influenciar o comportamento do público visado. Integrada desse modo ao processo de marketing, ela é definida como 'uma forma de comunicação persuasiva', destinada a obter uma resposta positiva (usualmente uma compra) de um alvo de mercado pré-definido".[\[4\]](#)

A publicidade, vê-se, está dentro das práticas do *marketing*, pois é uma das engrenagens de uma macro estratégia para um determinado produto conquistar uma determinada fatia do mercado.

Em termos jurídicos, apesar da existência da norma da classe publicitária já referida, o Código de Defesa de Consumidor não traz nenhuma definição do conceito, dispondo apenas de mandamentos de ordem instrumental.

Por outro lado, a Lei 4.680/65, ao dispor sobre a publicidade, ainda que erroneamente sob a rubrica de propaganda, define-a em seu

artigo 5º como *"qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado"*.

No que se refere à legislação estrangeira, a Diretiva nº 84/450 da União Européia, de 10 de junho de 1984, em seu artigo 2º, 1, conceitua publicidade como *"qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações"*.

Tal diretiva foi amplamente recepcionada pelos países europeus, que acrescentaram o conteúdo em suas legislações internas, e.g. o artigo 2º, "a", do Decreto legislativo nº 145/2007 na Itália[5]; o artigo 2º da Ley General de La Publicidad nº 34/1988 na Espanha[6]; e o Decreto Lei 330/90 de Portugal[7], que mais do que meramente incorporar os ditames da diretiva, acrescentou que *"considera-se, também, publicidade qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista no número anterior, que tenha por objectivo, directo ou indirecto, promover o fornecimento de bens ou serviços"*.

No âmbito doutrinário nacional, Cláudia Lima Marques estabelece que *"publicidade é toda e qualquer informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de utilizado"*. [8]

No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar entende que a publicidade seria *"a arte e a técnica de elabora mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos*

consumidores determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor".[\[9\]](#)

Jean-Marie Auby e Robert Ader-Ducos, ao versarem sobre direito de informação, definem publicidade *"comme l'ensemble des procédés techniques destinés à attirer l'attention du public, en l'informant sur un produit, un service ou une action, pour le convaincre de l'acheter, de l'utiliser ou d'y participer"*.[\[10\]](#)

Segundo a American Association of Advertising Agencies[\[11\]](#), por sua vez, arrazoá que *"advertising is any form of impersonal, ONE WAY, paid communication in which the sponsor or company is identified"*.[\[12\]](#)

Por fim, em Portugal, Carlos Alberto de Almeida dispõe que publicidade é *"toda e qualquer forma dirigida ao público com objectivo de promover, directa ou indirectamente, uma actividade económica"*.[\[13\]](#)

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, escorado em Doroty Cohen, mostra ainda o caráter massificado da publicidade, vez que se pretende atingir determinado nicho social, com vistas a convencê-lo a demandar por determinado produto ou serviço.[\[14\]](#)

3. A Publicidade Voltada ao Público Infantil

Atualmente, muito se discute a prejudicialidade da publicidade destinada ao público infantil.

Os principais argumentos daqueles que se posicionam contra tal prática seriam **(i)** que os meios publicitários se aproveitariam da falta de discernimento desse público para incuti-lo a consumir determinado produto; **(ii)** que muitas vezes os anunciantes procuram criar laços de afetividade com as crianças a fim de conquistar um mercado futuro; **(iii)**

que em função da influência que os infantes exercem na família, haveria maior poder de persuasão aos pais sobre tal ou qual produto comprar.

Conceitualmente, a publicidade infantil é tida como toda e qualquer mensagem comercial diretamente voltada ao público com idade até 12 anos[15], com fins de persuadi-lo a consumir um determinado produto ou serviço.

O cerne da discussão emerge se o fato de a incapacidade cognitiva da criança, legalmente limitada aos 12 anos de idade, a tornaria parte de um público ingênuo, altamente seduzível, gerando possíveis implicações na sua formação e na vida de seus familiares.

Argumenta-se, com base no artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor[16], que qualquer mensagem publicitária voltada a este público teria notório caráter abusivo, razão pela qual deveria ser banido qualquer anúncio voltado a este segmento social.

De fato, não se pode negar que a condição cognitiva de uma criança está aquém de uma adolescente ou a de um adulto, motivo porque este público deve ser resguardado de qualquer mensagem, publicitária ou não, que atente contra sua condição social.

Em atenção ao princípio da proteção integral consagrado pelo ECA[17], o fim da norma consumerista é coibir justamente aquela publicidade que, em patente má-fé, se aproveite da condição mental da criança para instigá-la a forçar seus familiares a lhe comprar esse ou aquele produto.

Será publicidade abusiva contra o menor, portanto, toda aquela que se em função da vulnerabilidade do menor, que faça uso da sua

incapacidade cognitiva como meio ardil, ludibriador, desprovido de ética e lisura.

Assim, se uma determinada campanha voltada ao público infantil é responsável por incutir valores em descompasso com o princípio da moralidade e da boa-fé, promovendo o consumismo exacerbado e a competitividade entre os infantes, por certo que tal veiculação será não só abusiva, como contrária aos interesses sociais.

Exemplo clássico é a campanha publicitária das Tesouras Mundial Mickey e Minnie do ano de 1992^[18].

Tratava-se de vídeo de certa de 15 segundo, em que uma criança repetidamente dizia *"eu tenho e você não tem"*, exibindo sua tesoura, enquanto ao final um narrador proferia *"chegaram as tesouras Mickey e Minnie da Mundial. Só você ainda não tem"*.

Por óbvio que tal campanha era abusiva, visto que estimulava a competitividade, impondo àquelas crianças que não possuíam o produto uma condição de refugio em relação àquelas que o tinham. O intuito do fornecedor era justamente, através do sentimento de não se sentir excluído no seu meio social, impor às crianças a aquisição das referidas tesouras, sob pena de ficarem à margem em relação aos demais.

O fim do disposto no Código de Defesa do Consumidor é impedir que publicidades como essa venham a atingir tal público, desestimulando a convivência harmônica e, através de meios questionáveis, promoverem o aumento nas vendas.

Diógenes Farias de Carvalho e Thaynara de Souza Oliveira, no mesmo entendimento, complementam:

"Toda a lógica do sistema consumerista em termos de proteção à criança frente à publicidade se resume ao respeito de sua condição de hiper vulnerável, a qual decorre de sua deficiência de julgamento, inexperiência, condição de pessoa em desenvolvimento, etc. O princípio geral da propriedade de proteção à criança instituído na Magna Carta resta, pois, observado no Direito do Consumidor, em especial no campo da publicidade em que as crianças são mais vulneráveis no mercado".[\[19\]](#)

No entanto, muito talvez em função da redação da norma descrita no Código Consumerista, é cada vez mais recorrente o entendimento de que toda e qualquer publicidade voltada ao público infantil seria passível de abusividade.

A premissa, entretanto, é equivocada.

A abusividade se configura não somente quando o agente se aproveita da condição do infante pra transmitir determinada mensagem comercial. Independentemente do público a que se destina, a abusividade ocorrerá sempre que a campanha for contra a respeitabilidade social; provocar todo e qualquer tipo de discriminação; ofender convicções pessoais; ou instigar comportamentos abominados pelo interesse público.

Assim, vê-se que abusividade não possui destinatário ou faixa etária. Basta possuir qualquer uma destas características para que seja

passível de suspensão, independentemente do público alvo que se buscou atingir.

O caso das tesouras supra mencionado era abusivo não pelo fato de que se destinava ao público infantil, mas porque carregava valores frontalmente contrários ao interesse social. Buscar atingir crianças é apenas um agravante, mas não a causa da abusividade. Seja aos olhos de um adulto, seja aos olhos de um infante, uma campanha que instiga o consumismo e a competitividade entre as pessoas é naturalmente abusiva.

Conforme bem salienta Rizzato Nunes^[20]:

"O caráter da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor".

De outro lado, nos parece muito mais efetiva a prestação legal contida no artigo 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária^[21].

Trata-se de norma intuitiva, auto explicativa e muito mais precisa do que o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, pois foge do lugar comum de simplesmente dispor que toda e qualquer publicidade voltada ao público infantil seria abusiva.

Em seu teor, o que se pretende coibir é que se produza publicidade que prejudique a formação dos indivíduos, transmitindo valores nocivos à moralidade e a convivência harmônica da sociedade.

De maneira especificada, o dispositivo aborda minuciosamente cada aspecto que deve ser evitado quando da criação de uma mensagem comercial ao público infantil. Veja-se:

"a) - desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente".

Independentemente do público alvo, não pode qualquer publicidade atentar contra a harmonia social e os valores necessários para o convívio com o próximo. Tal fato se torna ainda mais importante em se tratando da publicidade infantil, visto que estando este público ainda em formação cognitiva, é preciso que se preze pela educação sócio cultural das gerações futuras.

"b) - provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto".

O item "b" segue a mesma linha do anterior, sendo direcionado às práticas discriminatórias. Não é socialmente desejável que haja qualquer tipo de segregação entre aqueles que adquirem o produto ou não, não servindo a propaganda como meio de coerção social para sua aquisição. A alínea também se aplica a toda e qualquer maneira de discriminação, seja ela racial, étnica, religiosa ou de gênero, em plena consonância com os valores dispostos no artigo 5º da Constituição Federal.

"c - associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis";

Neste dispositivo podemos facilmente perceber sua identificação com o princípio da proteção integral contido no Estatuto da Criança e do Adolescente. Busca-se coibir qualquer situação que coloque os infantes em incompatibilidade com sua condição, seja ela física, psicológica ou social.

O intuito do referido item, além garantir que o público infantil não se sinta instigado a adquirir produtos que não são compatíveis com sua menoridade, visa também inibir qualquer publicidade com conteúdo adulto, ainda que versando sobre produtos destinados ao uso infantil, o que seria claramente impróprio para esta faixa etária.

"d - impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade".

No mesmo sentido do que aduz a alínea "b", pretende-se impedir que se utilize a publicidade como meio de segregação em função da aquisição de determinado produto ou serviço. Este dispositivo, ao que nos parece, expõe de maneira mais clara e direta aquilo que pretendeu o legislador ao editar o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, quando da vedação de práticas comerciais abusivas.

Tal fato se observa na medida em que, enquanto a norma consumerista se limita apenas a classificar como abusiva a campanha que se *"aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança"*, a

norma publicitária é direta e possui caráter objetivo, sem deixar ao subjetivismo do julgador a análise sobre a ocorrência de abusividade ou não.

"e - provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo".

Neste ponto, percebe-se a preocupação da norma não somente com a proteção e o desenvolvimento dos infantes, mas também com a célula familiar, demonstrando mais uma vez o alinhamento com o direito constitucional. Isto se percebe, pois, da mesma forma que se protegem os menores, não podem os pais, a despeito do exercício de seu poder familiar, se sentirem coagidos pela própria publicidade a adquirir tal ou qual produto aos seus filhos.

Importante salientar que não se trata da pressão que as crianças possam exercer sobre seus genitores, mas sim a pressão que a mensagem comercial exerce sobre os últimos. Toda e qualquer influência do menor sobre os pais se restringe ao Direito de Família e à autoridade que estes impõem quando da educação dos seus filhos.

Assim, a norma veda a publicidade que constranja os responsáveis pelo menor a adquirirem um determinado produto. Não há se falar, portanto, na influência que os filhos exercem sobre os pais para o consumo de determinado bem, vez que cabe a estes, como provedores do lar, a imposição de limites na satisfação dos desejos dos menores.

"f - empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação

ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto".

Em se tratando de uma mensagem destinada ao público infantil, nada mais efetivo do que uma criança falando para as outras. Em que pese, em princípio, a prática não seja ofensiva, a configuração da situação se altera quando o agente publicitário faz uso de ardis para persuadir o público alvo a adquirir determinado produto.

Pretende-se inibir que determinada publicidade que faça uso de um protagonista infantil venha a incutir no público alvo, através do natural dialogo que se cria, o sentimento de que deve este ter ou usar determinado produto, sob pena de exclusão de seu circulo social, assim como se viu nas líneas anteriores.

É o caso, pois, da publicidade sobre as tesouras acima mencionada. Além de apelar para o sentimento de aceitação social, tão caro aos infantes, a campanha é estrelada por uma criança que, certamente, reflete a condição do publico alvo. A prática é, indubitavelmente, muito mais eficiente ao fornecedor para atingir esta faixa de mercado, do que se o garoto propaganda fosse um adulto, ainda que reproduzindo o mesmo texto.

"g - utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia";

Neste tocante, mais uma vez se busca atingir aos pais do que a própria criança. Como é sabido, são poucos os menores que de fato se

debruçam sobre os noticiários e jornais. Nem mesmo poderia ser diferente, visto que seu papel social é brincar e se divertir.

Os pais, por outro lado, visam sempre o melhor aos seus filhos, de maneira em que, caso seja travestida uma publicidade como matéria jornalística, esta abandonará a sua função conativa e assumirá caráter informativo e educacional.

Assim, se os pais, ao assimilarem o conteúdo veiculado como algo sério e que, quase cientificamente, pode trazer maior benefício a sua família, por certo que estarão persuadidos trazer o produto ao seio familiar.

Por isso, veda-se esta prática, devendo o anunciante deixar claro que toda publicidade é de fato uma publicidade.

"h - apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares".

Assim como o dispositivo anterior, este se volta muito mais aos pais do que aos menores. Isto porque, visando sempre o melhor desenvolvimento dos filhos, os genitores tendem a buscar os produtos que melhor se adéquam às necessidades dos seus filhos. Tal fato muitas vezes é visto no mercado farmacêutico e alimentício, quando certo complemento ou alimento afirma possuir propriedades que são melhores ao desenvolvimento infantil do que os produtos tradicionais.

Contudo, não pode o produto afirmar ser algo que não é. Se este é similar aos demais, apenas utilizando-se de técnicas publicitárias

para vender uma característica que não possui, a publicidade não pode ser tida como leal, configurando, inclusive, o seu caráter enganoso, nos termos do §1º do Artigo 37 do CDC.

"i - utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo";

Por fim, se o fim da publicidade é a persuasão para a aquisição de um serviço ou produto, não pode esta atuar de maneira coercitiva, exercendo qualquer pressão psíquica ou incutindo o sentimento de opressão para que se dê a referida compra.

Como se vê, o Código de Autorregulamentação Publicitária, contemporâneo do projeto que deu origem ao atual Código de Defesa do Consumidor, possui o mérito de ser muito mais específico e eficaz quando da análise jurídica de publicidades voltadas ao público infantil.

Embora tenha sua incidência majorada sob a esfera administrativa, muito mais produtora seria se suas diretrizes fossem incorporadas ao Código de Defesa do Consumidor que, ainda altamente genérico, não reflete de fato a formação sócio cultural das crianças e adolescentes desta atual geração, conforme se mostrará a seguir.

4. A Formação Cultural Infantil no Século XXI

O século XXI é o século da comunicação. Em função da alta tecnologia que nos circunda, seja através da internet, da televisão, do rádio ou de qualquer outro meio, constantemente recebemos milhares de informações vindas de todas estas mídias.

Em meio a este cenário, se desenvolve a atual geração de crianças e adolescentes. Se até poucos anos as crianças cresciam brincando na rua ou em lugares abertos, hoje a situação é bem diferente.

Seja pela alta tecnologia, seja pela ausência de segurança que aflige os grandes centros, fato é que, atualmente, a interação social na infância se dá muito mais eletronicamente do que fisicamente. Não são raros os casos em que vemos crianças com *tablets*, celulares e computadores, se divertindo como se outro brinquedo qualquer fosse.

Em meio a tanta interação eletrônica, invariavelmente, mensagens comerciais são alvo da atenção diária do público infantil, seja através de propaganda nos intervalos comerciais, anúncios de internet ou mesmo fruto jogos e aplicativos sociais.

Assim, parece-nos pouco crível que a leitura do artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, à luz da contemporaneidade, leve a crer que a publicidade infantil é algo estranho a este público, já tão acostumado a este tipo de mensagem. A não ser que se pretenda que os coloquem dentro de uma bolha, totalmente isolados da realidade dos demais, é preciso que se faça uma análise do dispositivo à luz do momento social atual.

Não é plausível, quanto menos desejável, seja por fins sociais ou mercadológicos, que toda e qualquer mensagem comercial destinada ao público infantil seja considerada abusiva. Tal pensamento, radical e pouco razoável, beira ao anacronismo de alguns que, a todo custo, visam impor sua opinião e banir este viés de mensagem publicitária.

O mercado é pulsante e demanda atenção dos consumidores, independentemente de sua idade. Como se disse previamente, a abusividade não faz distinção entre novos e velhos, entre maduros e imaturos. Ela simplesmente existe. O fato de ser destinada a um público em formação, quando configurada, será um fator agravante, mas não a causa da abusividade em si.

O debate acerca da publicidade infantil não é novo, mas se trata de assunto recorrente nas rodas jurídicas voltadas ao direito do consumidor. Seguindo uma tendência verificada em países como a Noruega e a Suécia, bem como na Província de Quebec, no Canadá, onde há total proibição à publicidade infantil, alguns institutos de defesa do consumidor têm se posicionado pela adoção da mesma restrição no ordenamento jurídico pátrio.

A nosso ver, parece descabido que a legislação vigente se posicione desta maneira.

Virgílio Afonso da Silva, contudo, se mostra amplamente favorável a tal posicionamento, defendendo a ampla intervenção do Estado para a restrição de mensagem comercial de determinados produtos ao público infantil.

Em parecer encomendado pelo Instituto Alana, defende o autor que não se trata de ação paternalista do Estado, mas que este estaria zelando pelo bem estar desta população^[22]:

"No Brasil e no mundo, crianças de menos de 12 anos, embora não devessem ser consideradas como consumidoras, estão expostas a uma excessiva carga

de publicidade pensada e desenvolvida especialmente para elas. Parte considerável dessa publicidade pretende dialogar diretamente com essas crianças, com o objetivo de vender produtos alimentícios com altos teores de açúcar, sódio e gorduras".

Prossegue o Autor no sentido de que uma das maiores críticas a esta vedação seria de que qualquer intervenção estatal na educação dos infantes seria uma substituição indevida da tarefa paterna e materna[23]:

"Uma das maiores críticas a qualquer forma de restrição à publicidade dirigida a crianças é aquela que vê nessa restrição um ranço paternalista. De forma geral (embora possa haver algumas variações em seu conteúdo), essa linha crítica pode ser resumida da seguinte forma: é função do pai e da mãe de uma criança educá-la e controlar o que essa criança irá consumir ou como ela irá se alimentar. *Contrario sensu*, não é tarefa do Estado se imiscuir nessa parte da educação das crianças".

Ato contínuo, apresenta sua contra argumentação e conclusão[24]:

"Quando se restringe a publicidade de determinados produtos ao público infantil, não se restringe, com isso, a liberdade que as famílias têm de definir a alimentação (ou os hábitos de consumo)

de seus filhos e filhas. Se alguns pais e mães entendem que comer batata frita com refrigerante e sorvete é algo que deve ser permitido a seus filhos apenas uma vez ao mês, enquanto outros pensam que isso pode ocorrer uma vez por semana, enquanto outros não impõem limitação alguma, porque confiam no bom senso de seus filhos e filhas, essa é uma liberdade que permanece intacta. E ela permanece intacta mesmo que a publicidade desses produtos seja restringida ou vedada por completo (da mesma forma que a proibição de um professor negar a teoria da evolução não implica uma menor liberdade dos pais para contar outra história a seus filhos e filhas). (...) Como se mostrou acima, a liberdade familiar permanece inalterada, não importa a quantidade de publicidade veiculada, não importa se o Estado se esforça ou não em informar as pessoas acerca dos efeitos nocivos desse ou daquele produto".

De fato, o Autor possui toda razão quanto a não restrição do Estado sobre a maneira como os pais decidem alimentar os filhos.

Contudo, o que não percebe é que ao pretender a restrição da publicidade infantil, retira-se dos educadores a possibilidade de escolha entre expor os filhos a tal conteúdo ou não.

Como já se salientou, basta acessar qualquer veículo de comunicação para que o consumidor, independentemente de idade, seja bombardeado por um sem fim de mensagens publicitárias de todos os tipos e gêneros.

Negar tal fato é negar o atual contexto social.

Obstar qualquer mensagem publicitária voltada ao público infantil implica, necessariamente, em impor aos pais que criem os seus filhos dentro de uma bolha, totalmente isolados da realidade que os espera no futuro.

Não nos parece possível se argumentar que os pais ainda poderiam, se assim desejassem, manter os filhos em contato com a publicidade regular, que não é feita e destinada ao público infantil.

É exatamente isto que não se deseja com a referida proibição. A publicidade infantil é feita sob medida a tal público: é lúdica, sem duplo-sentidos ou quaisquer outras figuras maliciosas que impliquem em atentado a sua condição de inocência.

Em suma, a publicidade infantil permite que as crianças tenham os primeiros contatos com o mercado, sem que sejam massivamente exposta a conteúdo que não lhes é próprio.

Em verdade, a restrição é prejudicial ao desenvolvimento sócio cultural de tal público. Uma vez que se não tiveram contato com mensagens comerciais quando crianças, sendo de certa forma, educados e desacostumados a tais veiculações, qual seria seu comportamento quando forem bombardeados por elas na idade adulta?

Por certo que tenderão a se tornarem consumistas e desprovidas de estrutura psíquica para lidarem com o ataque de publicidade que é inerente a vida adulta em sociedade.

Entendemos que a exposição cotidiana e direcionada e gerada pela publicidade infantil é muito mais benéfica do que o choque de realidade que o jovem teria ao encontrar algo que nunca fizera parte de sua formação.

Sob este aspecto, os defensores da vedação argumentam que a publicidade infantil seria um fator prejudicial à formação das crianças, tanto fisicamente, como em termos intelectuais[25]:

"Neste ponto, é interessante dar uma passada de olhos em pesquisa sobre publicidade infantil realizada pelo Datafolha. À pergunta 'os comerciais de *fast food* e de alimentos não saudáveis dirigidos às crianças prejudicam o hábito alimentar de seus filhos?', 79% dos entrevistados responderam que sim. E à pergunta 'os comerciais de *fast food* e de alimentos não saudáveis dificultam os seus esforços para educar seus filhos a se alimentar de forma saudável?', 76% dos entrevistados responderam afirmativamente".

Contudo, ao que nos parece, não há ainda um denominador comum sobre este respeito.

Em 2009, o governo do Reino Unido[26] realizou estudo sobre o impacto das mensagens comerciais sobre o aspecto psicológico das

crianças ("*The Impact of Comercial World on Children's Well Being*"), onde concluiu que não há evidências concretas de que elas sejam perniciosas para o desenvolvimento infantil.

Em tradução livre de seu Sumário Executivo, às fls. 03 e 04 do documento acessível através do link disposto na nota de rodapé número 24, temos:

"As evidências sobre os riscos ou maus causados pelo mundo comercial ou sobre seus benefícios [às crianças] raramente são conclusivas. (...) Há algumas pesquisas que estabelecem associações entre aspectos do mundo comercial e efeitos negativos ao bem estar das crianças. Contudo, na maioria das áreas chave relativas à saúde física e mental, há pouquíssimas provas de qualquer relação de causalidade entre tais fatos. Poucos estudos definiram de forma clara a importância dos fatores comerciais em comparação com outras influências, como os pais e amigos. (...) Pesquisas sobre a socialização do consumo sugerem que as crianças gradualmente desenvolvem uma gama de habilidades e conhecimentos referentes ao mundo comercial que ajudam-nas a se prepararem para a vida adulta. As crianças não são nem as vítimas indefesas imaginadas por alguns de seus defensores, nem tampouco os consumidores experimentados e autônomos como alegam as pessoas do mercado. Contato com o mundo comercial é parte de suas

experiências sociais cotidianas e é intermediado, em muito, por outras relações sociais como com família e amigos. (...) O mundo comercial proporciona, e sempre proporcionou, a maior parte da mídia que as crianças utilizam; e sem propagandas ou receitas de assinatura, tal mídia não existiria. Assim, o mundo comercial pode ser visto como oferecedor de muitas oportunidades às crianças em termos de entretenimento, criatividade, comunicação, aprendizado e experiências culturais que elas não teriam de outra forma. (...) O mundo comercial não vai desaparecer. Crianças e pais precisam entendê-lo e lidar com ele. Educação em termos de consumo e mídia, tanto em casa quanto na escola, oferecem uma estratégia importante neste ponto, embora sejam necessárias maiores avaliações".

Como se vê, o estudo de quase 200 laudas - elaborado por um dos Estados do planeta mais preocupado com o bem estar da população infantil - deixa claro a pouca influência da publicidade infantil no desvio de sua formação.

Aliás, o que se observa e justamente o contrário: as mensagens comerciais infantis em verdade proporcionam diversão e entretenimento, levando, inclusive a uma melhora de compreensão da realidade dos fatos inerentes ao contexto sociológico contemporâneo.

Na mesma esteira, o próprio CONAR (Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária) - entidade responsável pela

regulamentação publicitária em âmbito nacional - tem adotado posicionamento no sentido de que nem toda publicidade voltada ao público infantil é nociva a este público alvo. Além disso, a entidade deixa claro seu entendimento de que no atual contexto social, é inviável que se afaste totalmente a criança de todo e qualquer conteúdo publicitário.

Tal posicionamento pôde ser observado no julgamento do Processo Investigatório 235/2013, julgado em 17 de março de 2015, no qual se questionou se o jogo de tabuleiro denominado "Super Banco Imobiliário", fabricado pela Estrela, por conter, *e.g.* dispositivo que imita máquina de cartão de crédito com a estampa da "MasterCard" ou ações fictícias relacionadas à marca Fiat, estaria implicando em publicidade abusiva destinada ao público infantil.

Prevaleceu a idéia de que o simples fato de os objetos conterem as referidas marcas não implicaria em qualquer prejudicialidade à formação dos menores, visto que, invariavelmente, as mensagens publicitárias fazem parte da formação cognitiva das crianças contemporâneas.[\[27\]](#)

Ademais, tal entendimento já se encontra firmado no Poder Judiciário, que dispôs não ser possível presumir que todo e qualquer material publicitário destinado ao público infantil seria, automaticamente, abusivo.[\[28\]](#)

Portanto, antes de se proceder com a classificação da publicidade infantil como abusiva ou não, é necessário que se proceda com a análise do contexto social em que ela se insere, visto que não é mais

plausível que se trate a criança de hoje da mesma maneira que foram educadas as crianças de décadas atrás.

Verdadeiramente, o contato do público infantil com as mensagens publicitárias é mais benéfico do que prejudicial à sua formação cognitiva. Por óbvio, tais campanhas devem tomar todos os cuidados para não incutir neste público valores que sejam contrários aos anseios sociais, bem como evitar qualquer uso prejudicial da mensagem publicitária.

Em geral, nos parece mais saudável à formação do cidadão que desde cedo tenha contato com aquilo que irá encontrar em sua vida adulta, se tomados todos os cuidados para que isto ocorra de maneira sóbria e equilibrada.

6. Conclusão - A publicidade infantil contemporânea

No decorrer deste artigo, que obviamente não pretendeu esgotar o debate sobre o tema, analisamos os conceitos modernos de publicidade, bem como de publicidade infantil, passando pelas principais polêmicas que circundam a questão.

Verificamos que o Código de Defesa do Consumidor, ao tipificar como abusiva toda e qualquer publicidade voltada ao público infantil, mostra certo anacronismo, que seria corrigido caso incorporasse em suas diretrizes os ditames contidos no Código de Autorregulamentação Publicitária, muito mais moderno, meticoloso e condizente com a sistemática atual.

Em uma sucinta análise, discorreremos sobre os principais argumentos daqueles que defendem o banimento deste tipo de mensagem comercial, os quais, como se demonstrou, não se sustentam

se contrapostos ao atual contexto social em que crescem e se desenvolvem os infantes.

Demonstrou-se, ainda, que a publicidade em si não é prejudicial aos menores, mas, em verdade, os auxilia na busca da verdadeira compreensão do momento sócio cultural a humanidade atravessa.

Assim, concluímos que a manifestação publicitária voltada ao público infantil traz mais benesses do que ônus a esta audiência. Quando abusiva, ostentará tal condição não por conta da população a que se dirige, mas pelo conteúdo impróprio em si, razão pela qual deverá ser banida, independentemente da condição cognitiva de seus destinatários.

A fórmula de vida atual, capitalista e desenvolvida pelo consumo, é um caminho sem volta. A criação de nossos filhos passa não por colocá-los isolados e despreparados para a realidade que encontrarão no futuro, mas deixá-los, desde já, em contato com aquilo que será o seu dia-a-dia quando adultos, de maneira a não torná-los estranhos dentro de seu próprio mundo.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira. "Conceito de Publicidade" *in* Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, nº 349/1985.

AUBY, Jean-Marie, ADER-DUCOS, Robert. *Droit de l'information*, Paris, Dalloz, 1982.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconvellos *in* GRINOVER, ADA PELLEGRINI (et al). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Vol. I, 10ª Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor na Obra Publicitária, São Paulo, RT, 1981.

CARVALHO, Diógenes Faria, OLIVEIRA, Thaynara de Souza. Revista de Direito do Consumidor nº 94, RT, Agosto de 2014, São Paulo.

CENEVINA, Walter. Publicidade e Direito do Consumidor, RT, São Paulo, 1981.

CHAISE, Valéria Falcão. A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, Saraiva, 2001.

MILANO, Rodolfo Cesar, MILANO FILHO, Nazir David, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado e Interpretado de Acordo com o Novo Código Civil, 2ª Ed. Leud, São Paulo, 2004.

NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 7ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. RT, São Paulo, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalidade da Restição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas não Alcoólicas voltadas ao Público Infantil, Instituto Alana, São Paulo, 2012.

UK EDUCATION, The Impact of Comercial World on Children's Well Being

(<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130401151715/http://www.education.gov.uk/publications/eOrderingDownload/00669-2009DOM-EN.pdf>)

Notas:

[1] CHAISE, Valéria Falcão. A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, Saraiva, 2001. P. 08

[2] Neste sentido, NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 7ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2013. P. 510: "Porém, o mais importante é o fato de que a própria Constituição federal não faz a distinção. Assim, por exemplo, ela fala em 'propaganda' (art. 220, §3º, II), 'propaganda comercial' (art. XXIX, e §4ª do artigo 220), 'publicidade dos atos processuais' (art. 5º, LX), 'publicidade' (art. 37, *caput* e §1º). Poder-se-ia objetar que o tipo da 'propaganda comercial é aquele voltado para os meios utilizados pelos empreendedores para estabelecer contato com os consumidores, uma vez que, quando se fala em propaganda e propaganda comercial, a Carta Magna está-se referindo às bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxico (§4º do art. 220) ou a produtos, 'práticas e serviços' nocivos à saúde e ao meio ambiente (inciso II do §3º do art. 220). Acontece que os serviços públicos são também em parte dirigidos ao consumidor e a todos os indivíduos, e ao tratar desses serviços a norma constitucional usa o termo 'publicidade' (§1º do art. 37). Logo, os dois vocábulos são sinônimos".

[3] PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. RT, São Paulo, 1997. P. 27.

[4] PASQUALOTTO, Adalberto. *Ob. Cit.* P.20.

[5] "Art. 2º Ai fini del presente decreto legislativo si intende per: pubblicità: qualsiasi forma di messaggio che é diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere il trasferimento di beni mobili o

immobili, la prestazione di opere o di servizi oppure la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi";

[6] "Artículo 2º: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones"

[7] "Artigo 3º: 1 - Considera-se publicidade, para efeitos do presente diploma, qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de:
a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços;
b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.
2 - Considera-se, também, publicidade qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista no número anterior, que tenha por objectivo, directo ou indirecto, promover o fornecimento de bens ou serviços.

3 - Para efeitos do presente diploma, não se considera publicidade a propaganda política".

[8] CHAISE, Valéria Falcão. *Ob. Cit.* P. XIII

[9] BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor na Obra Publicitária*, São Paulo, RT, 1981. P. 73

[10] AUBY, Jean-Marie, ADER-DUCOS, Robert. *Droit de l'information*, Paris, Dalloz, 1982. p. 616.

[11] Equivalente ao CONAR nos Estados Unidos da América.

[12] <http://migre.me/ndu7z> (Consultado em julho de 2015)

[13] ALMEIDA, Carlos Ferreira. "Conceito de Publicidade" *in* Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, nº 349/1985.

[14] "A publicidade não é uma técnica pessoal, cara a cara, entre o consumidor e o fornecedor. Não se utiliza de comunicação individual. Um conceito mais amplo é possível: 'publicidade é uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem de empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação do gosto do consumidor e o desenvolvimento do bem estar social e econômico'. De maneira mais concreta e menos utópica, a publicidade foi definida como 'o conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitidas através de meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa". BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos *in* GRINOVER, ADA PELLEGRINI (et al). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Vol. I, 10ª Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011. P 322 e 323.

[15] Nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), "considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos". Em comentários ao dispositivo, Nazir David Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado e Interpretado de Acordo com o Novo Código Civil, 2ª Ed. Leud, São Paulo, 2004, P. 22: "a delimitação das idades, destarte, se revela de suma importância, estando neste ponto o

estatuto a interpretar a vontade e a necessidade de cada faixa etária, delimitando, para tanto, rol de medidas no campo social e reeducativo".

[16] "Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

(..)

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança".

[17] "Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente".

[18] https://www.youtube.com/watch?v=zMFqTzH_dn0

[19] CARVALHO, Diógenes Faria, OLIVEIRA, Thaynara de Souza. Revista de Direito do Consumidor nº 94, RT, Agosto de 2014, São Paulo. P. 191.

[20] NUNES, Rizzatto. *Ob. Cit.* P. 538.

[21] Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais: I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de: 1. desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente; 2. provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer

motivo, não sejam consumidores do produto; 3. associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis; 4. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade; 5. provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo; 6. empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto; 7. utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia; 8. apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares; 9. utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

[22] SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas não Alcoólicas voltadas ao Público Infantil, Instituto Alana, São Paulo, 2012. P. 02.

[23] SILVA, Virgílio Afonso. *Ob. Cit.* P. 03.

[24] SILVA, Virgílio Afonso. *Ob. Cit.* P. 05.

[25] SILVA, Virgílio Afonso. *Ob. Cit.* P. 10.

[26] <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130401151715/http://www.education.gov.uk/publications/eOrderingDownload/00669-2009DOM-EN.pdf> (consultado em julho de 2015)

[27] "A comunicação comercial envolvendo o público infanto-juvenil tem sido objeto de discussões em diversos ambientes. Isto porque, reconhecidamente, a criança encontra-se em condição peculiar, de ser humano em fase de formação de suas capacidades físicas, psíquicas, intelectuais, etc. - merecendo, conseqüentemente, cuidados, orientação e acompanhamento. O CONAR há alguns anos dedica especial tratamento a esse público. (...) Neste sentido, na mais recente alteração do Código em 2012, foram introduzidas limitações ao *merchandising* dirigido ao *target* infantil, quer por meio de elementos que despertam sua atenção, quer pela oferta de produtos ou serviços a elas destinadas, especificamente. Assim, como bem observado pelo Presidente da Câmara, não ocorre uma vedação total: a princípio e em tese uma determinada ação de *merchandising* poderá ser executada desde que atendidas as prescrições de autorregulamento. O sentido da norma é que, pelo direcionamento aos pais ou responsáveis, a mensagem pode até estabelecer contato com a criança, mas não deverá se dirigir a ela nem tentar persuadi-la. Aliás, é essencial destacar esse ponto, já que a extinção de um formato de comunicação, além de não beneficiar o desenvolvimento da criança, vai na contramão da nossa realidade, de abertura e multiplicidade de plataformas (diversidade de veículos) e de integração entre diferentes conteúdos (postagens das empresas e dos consumidores/natureza comercial ou editorial, etc.), obrigando o órgão ético a acompanhar os fenômenos com maior atenção e presença. Nas arenas onde se realizam os eventos esportivos a publicidade é parte integrante. Difícil cogitar uma atividade esportiva, seja coletiva (jogos de futebol, vôlei, basquete, etc), seja individual (atletismo, tênis, etc), sem o patrocínio de empresas e a conseqüente exposição das marcas (muitos

destes esportes envolvem crianças, como participantes ou público espectador). Daí porque os jogos virtuais (videogames) e os de tabuleiro, como o 'Super Banco Imobiliário', seguem a mesma lógica".

[28] Neste sentido: TJ-SP, APC nº 0029619-23.2010.8.26.0002, Rel. Maia da Cunha. J. 19.02.11 ("Ação Civil Pública. Comercialização de alimentos. Material publicitário voltado para o público infantil. Ausência de vedação constitucional ou legal de tal prática, não podendo se presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infanto-juvenil seja lesivo. Princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República). Tutela da livre concorrência e do princípio da isonomia (artigo 170, da Constituição da República). Recurso improvido").

DE QUEM É A CULPA?

MONIQUE CONDE: analista de marketing da Inrise Consultoria, formada em Comunicação Social, Publicidade e Propaganda pela Universidade de São Caetano do Sul. www.inriseconsultoria.com.br

Reclamações a respeito do desenvolvimento dos colaboradores são frequentes entre os advogados. Relatório errado, prazos atrasados, falta de motivação e falta de envolvimento do colaborador com os projetos são os principais fatores que afetam diretamente o crescimento do escritório como um todo.

A questão é que muitos sócios se esquecem de perguntar qual o motivo da aparente queda de produtividade e falta de atenção por parte de seus colaboradores, e, em contrapartida, muitos funcionários não se sentem a vontade de expor as dificuldades para seus gestores, ora por medo da resposta ora por receio baseado em experiências passadas frustradas.

Então, de quem é a culpa?

Veja bem, não estou querendo jogar a culpa nem para o colaborador ou somente para o empregador, pois sabemos que existem muitas pessoas que preferem só reclamar ao invés de tomar uma atitude positiva e cobrar de seu empregador uma posição, um feedback.

Esta falta de diálogo entre empregador e colaborador faz com que muitos chefes acreditem que a solução está em enviar “o problema” para um curso ou evento, esperando que ele retorne mais motivado para produzir mais. O resultado é que, durante os primeiros dias, obviamente os funcionários retornam mais motivados de fato, cheios de ideias para aplicar dentro de seu departamento, ou mesmo em sua rotina diária, inspirando até

outros colegas. Porém ao apresentar tais novidades ao gestor, ou o próprio chefe, logo são barrados por uma série de questões burocráticas e lentas, que os impedem de colocar as ideias retiradas do “treinamento” oferecido pelo próprio escritório, em prática. Ou seja, o curso ou evento que antes era para gerar motivação, gera frustração.

E o resultado desta ação vai por água abaixo, pois os colaboradores desmotivados, tendem a ter menor comprometimento com as metas da organização e maior intenção em sair da empresa.

O primeiro passo para a melhoria do diálogo entre empregador e colaboradores é estimular de maneira positiva a troca de feedback. Ao pé da letra, a palavra feedback em inglês significa: “alimentar de volta”, ou seja, críticas construtivas são bem-vindas. Todo mundo necessita saber o que está fazendo de certo ou errado para dar melhor direcionamento em suas tarefas.

Para Eugênio Mussak, autor do livro “Com gente é diferente – inspirações para quem precisa fazer gestão de pessoas“, dar o feedback é “uma manifestação de respeito e afeto, e, antes de tudo, uma demonstração de inteligência interpessoal“.

Segundo a especialista Eva Hirsch Pontes, coach executiva, o que falta aos chefes, é a escuta empática, que significa ir para o lugar do outro, sem se perder de si mesmo.

Os chefes precisam aprender a ouvir, inclusive a interpretar gestos e expressões corporais, a processar as informações coletadas, suspendendo qualquer tipo de julgamento, e só então dar uma resposta. Entenda que aqui não é somente discordar ou estar de acordo, e sim responder o porquê não

concorda e o que o motivou a tomar outra resolução que não a indicada pelo colaborador.

Um recente estudo realizado com cerca de 1200 profissionais de cargos de liderança e colaboradores, demonstrou que os colaboradores se sentem mais motivados, confiantes e valorizados quando são ouvidos por seus chefes e gestores.

Uma maneira de estimular esta busca pelo feedback, são reuniões que podem ocorrer individual ou coletivamente, podendo ter periodicidade semanal ou mensal, de acordo com a estrutura do escritório. Estas reuniões poderão servir também como uma forma de treinamento interno, fazendo com que o colaborador entenda qual é a estratégia do escritório, e quais os procedimentos corretos a seguir dentro de sua área, oferecendo assim condições de trabalho para que realizem as tarefas com eficiência.

Se os colaboradores não recebem o direcionamento correto, não tem como saber se estão agindo de acordo com o esperado pelo escritório.

De maneira geral, todos precisam de motivação e autoconfiança para executar suas tarefas. Além disso, todos carregamos uma bagagem de experiências boas e ruins, e o que importa no final é que tenhamos a liberdade de poder falar abertamente com nossos gestores sobre ideias que possam ser muito produtivas para o escritório e para o trabalho do dia a dia.

Outro ponto importante é que também saibamos encarar um feedback de maneira positiva, sempre para a melhora de nossa autoconfiança e nossa auto estima, pois desta maneira o trabalho fluirá melhor.

Em conclusão, é hora de parar de tentar descobrir de quem é a culpa e juntar forças, fortalecendo o time através de funcionários, colaboradores,

administradores e sócios que tem o mesmo plano em comum: criar um escritório forte no mercado.

PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

A LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:
Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

RESUMO: O texto aborda as condições legais autorizadas do aborto no Brasil, sendo quaisquer outras justificativas para o cometimento deste consideradas crimes no território nacional pelo CP, vez que o nascituro possui proteção legal desde a sua concepção ao seu nascimento com vida, em decorrência da proteção conferida pelos direitos de personalidade do mesmo.

PALAVRAS-CHAVE: nascituro. Direitos de personalidade. Aborto.

INTRODUÇÃO

Antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, cumpre fazermos algumas ressalvas acerca da personalidade jurídica e o momento de sua aquisição.

Para a Teoria Geral do Direito Civil, a personalidade jurídica trata-se da capacidade/aptidão genérica que um indivíduo tem de ser titular e diretos contraindo obrigações nesse mesmo ímpeto, tratando-se de atributo indispensável para se tornar um sujeito de diretos.

A aquisição da personalidade jurídica segundo o artigo 2 do Código Civil 2002 surge no exato momento em que o aparelho cárdio-respiratório do recém nascido começa a funcionar e este nasce com vida, tornando-se

assim sujeito de direito, ainda que faleça poucos instantes após seu nascimento.

A resolução nº1/88 do Conselho Nacional de Saúde disciplina acerca do nascimento com vida no seguinte sentido:

“expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta”.

Sob a ótica constitucional, há de se respeitar a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente a personalidade jurídica do recém nascido independentemente da forma humana que este venha apresentar ou tempo mínimo de sobrevivência.

Dessa forma, ainda que a mãe de um recém-nascido tenha falecido logo após ter dado à luz ao mesmo e este, cujo o pai também já tenha falecido, minutos depois também venha a falecer, terá adquirido todos os direitos sucessórios de sua genitora, transferindo-os aos seus irmãos, caso os tenha, uma vez que se tornou, ainda que por breves instantes, sujeito de direitos.

DESENVOLVIMENTO

Feitas as devidas considerações acima listadas, adentremos-nos ao tema propriamente dito.

O nascituro é aquele que, á despeito de não ter nascido ainda, já se encontra estabelecido no ventre materno, portanto, dotado de vida intra-

uterina, diferenciando-se o embrião produzido e mantido nos laboratórios.

Á despeito do Código Civil não considerá-lo pessoa, já resguarda seus direitos protegendo-o desde sua concepção nos ditames do artigo 2º do CC de maneira que aos adeptos da teoria concepcionista, influenciada pelo Direito Francês, entende que o nascituro é uma pessoa devendo ser respeitada desde a sua concepção, ao passo que para os defensores da teoria d personalidade condicional, defendem que o nascituro possui direitos, todavia, sob condição suspensiva, ou seja, ao ser concebido torna-se titular de alguns direitos como o da vida, todavia, só ira adquirir personalidade jurídica plena quando nasce com vida.

Ressalta-se que ambas teorias são demasiadamente controversas em nossa doutrina, entretanto, vale lembrar que a legislação civil vigente protege os direitos do nascituro desde a sua concepção, sendo titular de direitos personalíssimos tai quais como á vida, á proteção pré-natal, dentre outros, podendo receber doações e ser beneficiado por legado e herança, podendo ser-lhe nomeado curador para defesa de seus direitos.

Desta forma, como o nascituro possui personalidade jurídica sendo-lhe assegurado pela legislação civil, a proteção de seus direitos personalíssimos desde a sua concepção, de forma que o aborto, fora das condições legalmente previstas (gravidez decorrente de estupro, quando há risco de morte para a mãe ou se o feto é anencéfalo), é considerado crime sendo tipificado pelo código penal pelos artigos 124 e 126.

Nas duas primeiras exceções em que a lei permite a prática do aborto, quais sejam, nos casos decorrentes de aborto e para assegurar a vida da

gestante, não se é exigido autorização judicial para a prática do aborto legal, nem tampouco a existência de processo movido em face do estupro, nem tampouco sentença condenatória.

É de suma importância ressaltarmos que o chamado aborto legal fora no estado de São Paulo, incluído na lista de procedimentos realizados pelo SUS .

O nascituro, em decorrência da proteção conferida pelos direitos de personalidade, tem direito à realização do exame de DNA para efeito de aferição de paternidade, sob a aplicação da teoria da ponderação de interesses, a fim de dirimir futuros conflitos de direitos constitucionais, posição essa também adotada pelo Colendo STF.

Da mesma forma, as nossas cortes nacionais vêm assegurando em favor do nascituro, o direito a alimentos provisórios considerando-se o bônus necessidade do nascituro e possibilidade/capacidade financeira do seu genitor, não havendo mais controvérsias em nossa legislação pátria quanto ao direito dos nascituros a alimentos, uma vez que a nossa Constituição Federal declara a vida inviolável no mesmo compasso que o Estatuto da Criança e do adolescente assegura à gestante, o atendimento pré-natal e perinatal.

Sendo assim, o pleito de exame de DNA pode ser cumulado ao de alimentos provisionais visando resguardar o direito do nascituro para que sua genitora possa enfrentar as despesas anteriores ao parto, situação também aceita nos casos de união estável, sendo, em 2008, aprovada a Lei dos Alimentos Gravídicos, reconhecendo ao nascituro, o direito aos alimentos, entendendo-se por alimentos gravídicos valores suficientes

para cobrir despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

O Colendo STJ já admitiu inclusive o direito á reparação por dano moral em favor do nascituro no julgamento do REsp 931556/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 05/08/2008, assegurando-lhe o direito á reparação pelos danos morais causados ao nascituro em virtude da morte de seu genitor, de maneira e existir, segundo a nossa doutrina dominante, proteção jurídica do natimorto, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana devendo-se proteger o nome, a imagem e a memória daquele que nasceu morto.

CONCLUSÃO

Em suma, no Brasil, o aborto fora das condições legalmente estabelecidas e permitidas, o aborto é considerado um [crime](#) contra a [vida humana](#), nos moldes do [Código Penal Brasileiro](#), em vigor desde [1984](#), sendo previsto pena de [detenção](#) de um a três anos para a gestante que o provocar ou consentir que um outro o provoque, e pena de um a quatro anos para quem provocá-lo em gestantes com seu consentimento, e de três a dez anos para quem o provocar em gestantes sem o seu consentimento, uma vez que o CC resguarda os direitos do nascituro desde a sua concepção até o seu nascimento com vida.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto, Os Direitos da Personalidade, Forense Universitária, 7 edição, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1v.

A FARMACOPEIA POPULAR EM DEBATE: A PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL¹

Resumo: O objetivo do presente é discorrer, de maneira superficial, acerca da proteção jurídica dos saberes tradicionais, na condição de patrimônio imaterial, e sua representatividade em sede de farmacopeia popular. Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

¹ Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especializando em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural Imaterial. Saberes Tradicionais. Farmacopeia Popular.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Ponderações à Proeminência do Instituto do Registro como mecanismo de preservação dos Bens Culturais Imateriais: Singelas Explicitações; 5 A Farmacopeia Popular em debate: A Proteção Jurídica do Patrimônio Cultural Imaterial

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a*

*relação de interdependência que esse binômio mantém*². Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”³. Como bem pontuado,

² VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo

o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”⁴. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito é, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “*Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas*”⁵. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais

9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 19 jul. 2015.

⁴ VERDAN, 2009, s.p.

⁵ BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade⁶. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º** - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”⁷.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

⁶ MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível⁸.

Cuida reconhecer, dessa maneira, que os direitos encampados sob a rubrica da terceira dimensão guardam íntima relação com a promoção da solidariedade, dispensando atenção ao ideário de unidade de indivíduos, considerados enquanto coletividade e não isoladamente. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos*

8 Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 19 jul. 2015.

*de existencialidade concreta*⁹. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981¹⁰, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante Silva, é possível considerar o meio ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*¹¹.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

10 BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

11 SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

Nesta senda, ainda, Fiorillo¹², ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal¹³.

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às

12 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

13 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N° 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 19 jul. 2015.

normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”¹⁴. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988¹⁵ está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro

14 THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

15 BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade¹⁶.

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações,

16 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 19 jul. 2015.

logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social. Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com

as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”*¹⁷. Desta maneira, é possível ponderar que a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que *“o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e*

17 BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 19 jul. 2015, p. 15-16.

*imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental*¹⁸. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua

18 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”¹⁹. Ora, cuida reconhecer que esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. “*O patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”²⁰,

19 BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 19 jul. 2015.

20 BROLLO, 2006, p. 33.

decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000²¹, que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo²², em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Fiorillo²³, que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Ao lado do exposto, necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

21 BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

22 BROLLO, 2006, p. 33.

23 FIORILLO, 2012, p. 80.

4 Ponderações à Proeminência do Instituto do Registro como mecanismo de preservação dos Bens Culturais Imateriais: Singelas Explicações

Cuida anotar que o registro do bem cultural de natureza imaterial, para ser considerado válido e legítimo, reclama harmonia com o ordenamento jurídico vigente. Com efeito, o Texto Constitucional consagra em seu bojo a definição acerca de quais bens constituem o patrimônio cultural brasileiro, estabelecendo, por via de consequência, as normas de proteção a esse patrimônio, consoante afixa a redação do artigo 216²⁴. É verificável que o dispositivo em comento faz expressa referência aos bens portadores de identidade, ação e memória dos diferentes grupos da sociedade brasileira. Desta feita, é possível salientar, oportunamente, que a Carta de Outubro de 1988 não estrutura a sociedade brasileira como um todo homogêneo, mas como uma sociedade multifacetada, constituída por diferentes grupos, cada um portador de identidades e de modos de criar, fazer e viver específicos.

Com efeito, o posicionamento é dotado de proeminência na medida em que o Texto Constitucional, com clareza solar, sublinha que o seu interesse não está centrado apenas em proteger objetos materiais que gozem valor acadêmico, mas também os bens de natureza material ou imaterial portadores de referência à identidade de cada grupo formador da sociedade brasileira. Ora, cada um dos diversos grupos, assim como seus modos de fazer, criar e viver, é objetivo de proteção conferida pelo Ente Estatal. Ao lado disso, a Carta de 1988 apresenta característico forte os ideais republicanos e democráticos, refletindo em toda s as matérias nela versadas esses corolários, até mesmo porque estrutura -se como escopo fundamental entalhado na

24 BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2013: **Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: **I** - as formas de expressão; **II** - os modos de criar, fazer e viver; **III** - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; **IV** - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; **V** - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Constituição o de edificar uma sociedade livre, justa e solidária. Desta feita, a concepção em testilha informa a maneira por meio da qual o Estado deve proteger e promover a cultura. Ademais, ao tratar da política cultural e da democracia cultural, José Afonso da Silva assinala:

A questão da política cultural está exatamente no equilíbrio que se há de perseguir entre um Estado que imponha uma cultura oficial e a democracia cultural. A concepção de um Estado Cultural no sentido de um Estado que sustente uma cultura oficial não atende, certamente, a uma concepção de democracia cultural. A Constituição, como já deixamos expresso antes, não deixa dúvidas sobre o tema, visto que garante a liberdade de criação, de expressão e de acesso às fontes da cultura nacional. Isso significa que não pode haver cultura imposta, que o papel do Poder Público deve ser o de favorecer a livre procura das manifestações culturais, criar condições de acesso popular à cultura, prover meios para que a difusão cultural se funda nos critérios de igualdade. A democracia cultural pode-se apresentar sob três aspectos: por um lado, não tolher a liberdade de criação, expressão e de acesso à cultura, por qualquer forma de constrangimento ou de restrição oficial; antes, criar, condições para a efetivação dessa liberdade num clima de igualdade; por outro lado, favorecer o acesso à cultura e o gozo dos bens culturais à massa da população excluída²⁵.

Nesta linha, ainda, cuida mencionar que a ação cultural pública se apresenta como absolutamente imprescindível à democratização da cultura, sendo considerada como o procedimento que propicia a convergência e o alargamento do público, tal como a extensão do fenômeno de comunicação artístico, consoante o ideário de que a política cultural é, juntamente com a política social, um dos modos utilizados pelo Estado contemporâneo para assegurar sua legitimação, ou seja, para oferecer como um Estado que vela por todos e que vale para todos. Ao lado disso, em razão da proteção cultural se fazer conjuntamente com o Estado e a sociedade, pode-se destacar que o Texto Constitucional afixou que o Poder Público, com a

25 SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 209-210.

colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, lançando mão, para tanto, de inventários, registros e tombamentos, além de outras formas de acautelamento e preservação.

Infere-se que, dentre os instrumentos previstos para se proteger os bens culturais brasileiros, encontra-se o instituto do registro, cuja regulamentação se dá pelo Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 20026, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Imperioso se faz assinalar que a criação do instituto do registro está vinculada a diversos movimentos em defesa de uma compreensão mais ampla no que se refere ao patrimônio cultural brasileiro. *“No Brasil, a publicação do Decreto 3.551/2000, insere-se numa trajetória a que se vinculam as figuras emblemáticas de Mário de Andrade e de Aloísio Magalhães, mas em que se incluem também as sociedades de folcloristas, os movimentos negros e de defesa dos direitos indígenas”*²⁷, como bem observa Maria Cecília Londres Fonseca. Igualmente, o instituto em comento reflete as reivindicações dos grupos de descendentes de imigrantes das mais diversas procedências, alcançando, desta maneira, os “excluídos” do cenário do patrimônio cultural brasileiro, estruturada a partir de 1937.

Nesta esteira, evidencia-se que o registro tem por finalidade reconhecer e valorizar bens da natureza imaterial em seu processo dinâmico de evolução, viabilizando uma apreensão do contexto pretérito e presente dessas manifestações em suas distintas versões. Márcia Sant’Anna, ao discorrer acerca do instituto em comento, coloca em realce que *“não é um instrumento de tutela e acautelamento análogo ao tombamento, mas um recurso de reconhecimento e valorização do*

26 BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

27 FONSECA, Maria Cecília Londres. Para além da pedra e cal: por uma concepção ampla do patrimônio cultural in: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 62.

*patrimônio imaterial, que pode também ser complementar a este*²⁸. Ora, neste cenário, o registro corresponde à identificação e à produção do conhecimento acerca do bem cultural de natureza imaterial, equivalendo a documentar, pelos meios técnicos mais adequados, o passado e o presente dessas manifestações, em suas plurais facetas, possibilitando, a partir de uma fluidez das relações, o amplo acesso ao público. Nesta perspectiva, o escopo é manter o registro da memória dos bens culturais e de sua trajetória no tempo, eis que este é o mecanismo apto a assegurar a sua preservação.

Em razão da dinamicidade dos processos culturais dinâmicos, as mencionadas manifestações desbordam em uma concepção de preservação diversa daquela da prática ocidental, não podendo ser alicerçada em seus conceitos de permanência e autenticidade. Os bens culturais de natureza imaterial, a partir do esposado, são emoldurados por uma dinâmica de desenvolvimento e transformação que não pode ser engessado nesses conceitos, sendo mais importante, nas situações concretas, o registro e a documentação do que intervenção, restauração e conservação. Acrescente-se, ainda, que os bens escolhidos para registro serão inscritos em livros denominados: **(i)** Livro de registros dos saberes, no qual serão registrados os conhecimentos e modo de fazer; **(ii)** Livro das formas de expressão, o qual conterà as manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; **(iii)** Livro dos lugares, no qual se inscreverá as manifestações de espaços em que se concentram ou mesmo reproduzem práticas culturais coletivas; e, **(iv)** Livro das celebrações, no qual serão lavradas as festas, rituais e folguedos, consoante afixa o Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000²⁹.

28 SANT'ANNA, Márcia. A face imaterial do patrimônio cultural: os novos instrumentos de reconhecimento e valorização in: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 52.

29 BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

5 A Farmacopeia Popular em debate: A Proteção Jurídica do Patrimônio Cultural Imaterial

Em sede de apresentação, insta assinalar que a medicina tradicional desenvolvida pela população, sobretudo no que toca aos povos tradicionais, é manifestado por meio de diferentes ofícios de cura, advindos, sobremaneira, da síntese dos saberes tradicionais praticados pelos povos indígenas brasileiros e dos povos africanos e colonizadores portugueses. “*Os praticantes destes ofícios utilizam diversos recursos para a prevenção e o tratamento da saúde, como os remédios feitos de plantas medicinais, dietas alimentares, banhos, benzimentos, orações, aconselhamento, massagem e aplicação de argila*”³⁰. Há que se reconhecer, em um primeiro momento, que tal conhecimento reflete, com efeito, proeminente patrimônio cultural imaterial, construído a partir dos saberes populares, capazes de conferir dinamicidade e identidade vinculada aos grupos formadores da população brasileira. Ora, a partir de tal painel, a farmacopeia popular, oriunda dos conhecimentos tradicionais, materializa importante manifestação do patrimônio cultural popular:

As farmacopeias tradicionais são elaboradas a partir de uma metodologia denominada “pesquisa popular”, na qual representantes de comunidades locais se tornam pesquisadores populares, realizam estudos de campo, registram coletivamente conhecimentos tradicionais sobre o uso de plantas medicinais e dialogam sobre temas importantes à prática da medicina tradicional e políticas públicas relacionadas³¹.

30 DIAS, Jaqueline Evangelista; LAUREANO, Lourdes Cardozo (org.). **Protocolo comunitário biocultural das raizeiras do Cerrado: direito consuetudinário de praticar a medicina tradicional**. Turmalina: Articulação Pacari, 2014, p. 04.

31 DIAS; LAUREANO, 2014, p. 25.

Neste passo, o conteúdo da pesquisa para o reconhecimento da farmacopeia popular requer uma definição coletiva, a partir de um consenso de interesses e um aprendizado coletivo, fruto das interações e convívios entre os pesquisadores e a população. Mais que isso, a identificação de uma farmacopeia popular proporciona o diálogo dos saberes tradicionais entre jovens, adultos e idosos, de ambos os gêneros, permitindo uma interação entre distintas comunidades locais. Nesta esteira, ainda, os conhecimentos tradicionais identificados são validados a partir da experimentação e aplicabilidade no dia a dia das comunidades locais e transmissão entre diferentes gerações. Além disso, o diálogo compreende os valores culturais e espirituais dos conhecimentos tradicionais, imprescindíveis ao bem-estar das comunidades.

O desenvolvimento de estudos e publicações acerca das farmacopeias populares materializam mecanismos que conferem visibilidade aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Ademais, em se tratando de um registro, é também descrita como uma estratégia imprescindível para a identificação da origem das plantas medicinais e as comunidades locais que sempre fizeram o seu uso tradicional e sustentável³². Em complemento ao exposto, há que se reconhecer que as farmacopeias tradicionais materializam instrumentos políticos para a elaboração de planos de salvaguarda da medicina tradicional e garantia dos direitos consuetudinários de comunidades locais sobre os seus conhecimentos tradicionais.

32 Ibid.

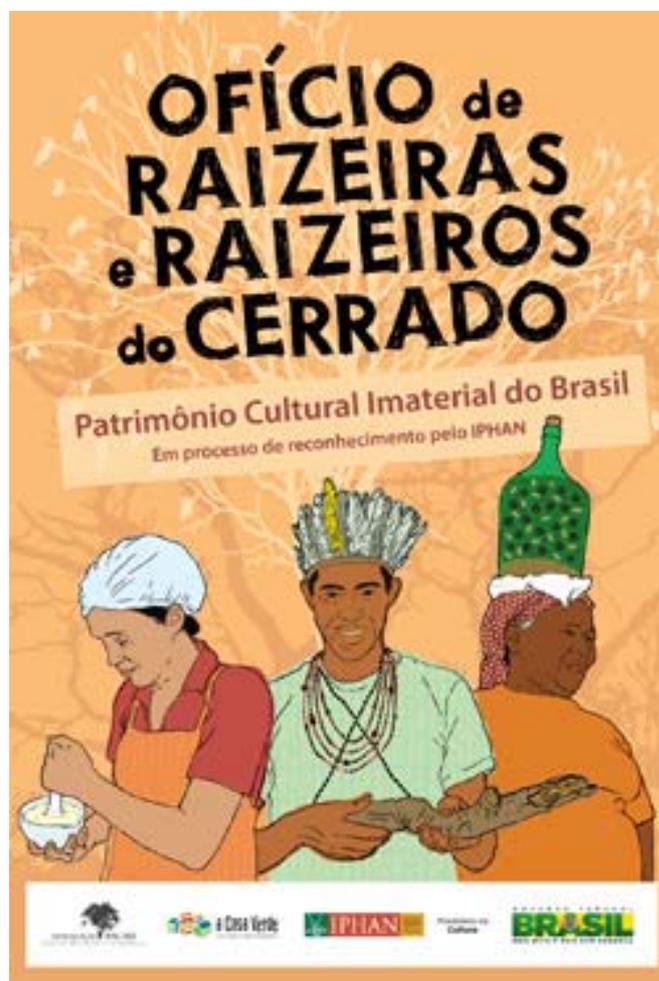


Figura 01. Cartas do Ofício de Raizeiras e Raizeiros do Cerrado. Disponível em: <<http://www.pacari.org.br/raizeiras/cartaz/>>. Acesso em 19 jul. 2015.

Ganham especial destaque, em tal cenário, as figuras dos *raizeiros* e das *raizeiras* que integram os povos tradicionais e que são detentores de conhecimentos tradicionais transmitidos através de gerações e que cuidam da saúde comunitária por meio do uso de recursos naturais e da espiritualidade. O ofício praticado por tais figuras compreende a identificação de plantas medicinais e dos seus ecossistemas de ocorrência, tal como o conhecimento de técnicas sustentáveis para a coleta de plantas, o preparo dos remédios caseiros e a sua indicação para diversos males e doenças. Neste aspecto, é imprescindível o reconhecimento das farmacopeias populares como expressão legítima do conhecimento tradicional popular, no que toca à utilização de plantas em prol da saúde, vindicando, pois, tutela jurídica e salvaguarda.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

_____. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

_____. **Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/>>. Acesso em 19 jul. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 19 jul. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 19 jul. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.**
Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 19 jul. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.

BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais.** 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 19 jul. 2015

DIAS, Jaqueline Evangelista; LAUREANO, Lourdes Cardozo (org.). **Protocolo comunitário biocultural das raizeiras do Cerrado:** direito consuetudinário de praticar a medicina tradicional. Turmalina: Articulação Pacari, 2014.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FONSECA, Maria Cecília Londres. Para além da pedra e cal: por uma concepção ampla do patrimônio cultural *in*: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos.** Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 19 jul. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 19 jul. 2015.

SANT'ANNA, Márcia. A face imaterial do patrimônio cultural: os novos instrumentos de reconhecimento e valorização *in*: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 19 jul. 2015.