

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 430

(ano VII)

(31/08/2015)

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.*

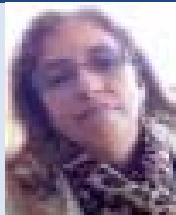
*Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.*

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

COLONISTA DO DIA



31/08/2015 Gisele Leite

» [Considerações sobre ontologia processual civil contemporânea e o CPC/2015](#)

ARTIGOS

31/08/2015 Manoel Nicolau da Silva Júnior

» [O controle do abuso de direito na atividade publicitária](#)

31/08/2015 Luis Felipe Hatje

» [Breves noções da Teoria Geral dos Títulos de Crédito para análise da letra de câmbio](#)

31/08/2015 Ismael de Córdova

» [PAIF: impactos, contrapontos e benefícios das pessoas em acompanhamento no CRAS](#)

31/08/2015 Mariana Fontoura da Rosa

» [Myriad x AMP : Uma análise econômica do caso e da decisão da Suprema Corte norte-americana](#)

31/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários ao Decreto nº 3.637/2000: Breves Apontamentos à Rede Nacional de Direitos Humanos](#)

31/08/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [O instituto dos alimentos provisórios e o seu caráter assistencial](#)

CONSIDERAÇÕES SOBRE ONTOLOGIA PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEA E O CPC/2015

GISELE LEITE: Professora universitária, pedagoga, bacharel em Direito UFRJ, mestre em Direito UFRJ, mestre em Filosofia UFF, Doutora em Direito USP. Pesquisadora-Chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas. Articulista e colunista dos sites www.invetidura.com.br, www.netlegis.com.br, www.jusvi.com, possuindo vasta produção acadêmica publicada em sites jurídicos.

"O homem é definido como um ser que
evolui, como animal é imaturo
por excelência"
Friedrich Nietzsche

Cumpra em primeiro lugar esclarecer que a virada hermenêutica e ontológica^[1] provocada pela publicação de “Ser e tempo” por Heidegger e, depois por “Verdade e método” por Gadamer^[2] em 1960 fincou as bases^[3] de um novo olhar sobre a hermenêutica^[4] jurídica quando se saiu do plano metafísico-objetivista baseado em Aristóteles e Tomás de Aquino^[5] (cuja frase que melhor sintetiza é: “justiça é dar a cada um, o que é seu”) e o paradigma subjetivista muito identificado pela filosofia da consciência e que permanecem amparando as teses exegéticas dominantes^[6].

Tudo aponta para a indispensabilidade do método ou do procedimento para se atingir a vontade da norma, seja para acessar o espírito do legislador ou, para se procurar obter a melhor resposta.

A resposta que encaminhará a solução do conflito, a partir dos elementos obtidos no caso concreto, não pode depender da vontade

pessoal ou da subjetividade do julgador. A superação das teses positivistas que amparam o paradigma da discricionariedade[7] judicial ocorre através da opção por uma resposta judicial correta e adequada constitucionalmente e que ganha destaque e relevância, principalmente, por que esta resposta correta tem o poder de repelir a discricionariedade e a arbitrariedade no conteúdo das decisões judiciais.

É que na maioria das vezes, continua-se a crer que o ato interpretativo é ato cognitivo e, que interpretar a lei significa retirar da norma, tudo o que nela contém, o que denuncia o *busilis* metafísico nesse campo de conhecimento. Há, pois uma clara imbricação dos paradigmas metafísicos clássicos e os modernos, residindo na doutrina pátria como também na estrangeira um problema paradigmático[8].

Em verdade podemos situar que desde a definição de justiça até mesmo a estruturação do processo contemporâneo que não só abandonou o julgamento como vedete principal, vindo mesmo a conceber outras formas de composição de lide tais como a arbitragem, mediação e a conciliação.

E, neste aspecto o CPC/2015 trouxe uma significativa alteração, pois três fatores comprovam: a exigência de diálogo entre juiz e as partes, com o dever de cooperação não somente para sanar vícios processuais, mas igualmente, para proibir a decisão surpresa, a ampliação da exigência de boa-fé objetiva (confirmando a tendência legislativa e doutrinária criada desde o Código Civil Brasileiro de 2002) e a valorização dos julgamentos de mérito (o que importa dizer que será priorizado o exame quanto à existência ou não do direito alegado pela parte).

Procurou-se, em síntese, resolver de uma vez o conflito de interesses, para assegurar a justiça do caso. O novo *codex* processual visa evitar as decisões tipicamente processuais e tão comuns no sistema vigente e que nada esclarecem ou contribuem para atender o direito das partes.

Neste particular sentido, o CPC de 2015, o nosso primeiro código processual nascido em contexto democrático, não só efetivou como etapa obrigatória a audiência de mediação ou conciliação[9], como também positivou que o juiz poderá utilizar-se de tais métodos sempre que possível.

O grande escopo do processo é afinal prover a preparação para o provimento jurisdicional final, devendo se desenvolver em contraditório entre as partes, o que só vem a ratificar a definição do processo por Elio Fazzalari[10] como sendo “procedimento em contraditório” de maneira que garanta a plena e ativa participação (além de consciente) das partes, entendendo o como e o porquê do ato jurisdicional definidor de seus direitos.

A hermenêutica jurídica contemporânea trouxe uma releitura do direito constitucional e da força normativa da Constituição, principalmente em razão da grande expansão e consagração dos direitos e garantias fundamentais e, ipso facto, o fortalecimento da jurisdição constitucional.

A constitucionalização do direito foi uma hábil resposta ao positivismo clássico que tanto endossou barbáries notadamente na Segunda Grande Guerra Mundial[11]. Ademais, o Tribunal de Nuremberg

exibira todas as feridas epistemológicas e pustulentas deste positivismo agressivo e pseudocientífico.

A constitucionalização do direito trouxe a horizontalização dos direitos fundamentais bem como a força vinculante do texto constitucional[12] seja em seu aspecto explícito ou implícito (além de fazer ressurgir a necessária interpretação axiológica).

É certo que o direito processual fora notoriamente o mais filtrado de todos os ramos jurídicos pela Constituição, exatamente por encarnar o microcosmo democrático, reproduzindo o funcionamento do Estado de Direito, com as devidas valorações à dignidade humana, a liberdade, igualdade, e, sobretudo, a respectiva legalidade e responsabilidade.

É verdade que o neoprocessualismo chegou ao Brasil após muitos anos, veio mesmo muito tardiamente para trazer a efetividade de direitos que já se positivada e, que não passava de promessa abstrata sem qualquer respaldo concreto no cotidiano do cidadão.

A consciência de que o processo é instrumento a serviço da ordem jurídica e cuja espinha dorsal é o contraditório[13], e mesmo o significado do pós-modernismo no direito processual brasileiro só trouxeram diversas ondas reformistas que desaguaram no CPC de 1973 e, fora modificando a mentalidade burocrata e letárgica de jurisdição, mas comprometeu seriamente sua organicidade e harmonia sistêmica.

O primeiro grande enigma[14] processual começa no território da busca da verdade, nos limites do devido processo legal, quando até certo momento havia o evidente predomínio da verdade formal em detrimento da verdade[15] material dos fatos e das alegações.

O desenvolvimento científico só veio trazer maior grau de certeza nesta busca da verdade no processo, é o caso, por exemplo, do exame de DNA nas demandas que envolvem a paternidade ou maternidade.

Ademais a própria racionalidade jurídica sempre preocupada como alcançar o conhecimento e, ainda, como suportar as consequências resultantes, tanto na modernidade como nos atuais debates contemporâneos só vieram endossar a relevância do contraditório participativo ou dinâmico.

Romper com a dialética aristotélica que fora antes tão incensada pelos medievais e, finalmente se encaminhar para a lógica jurídica de Chaim Perelman[16] que mostrou a força crítica da matemática dedutiva aplicável às disciplinas práticas e que se enredam em ser exatas.

Assim afirmou Perelman que o direito para Hobbes o direito não é a expressão da razão, mas sim, a manifestação de vontade do soberano. E, ainda aponta que a unificação das vontades individuais em uma só pessoa, para Hobbes, chama-se Estado – o Leviatã[17].

Já na filosofia de Spinoza, conforme bem explicou Perelman o ideal de racionalidade universal fora inspirado em Leibniz que é autor da fórmula *cum Deus calculat, fit mundus* (o mundo se realiza segundo cálculos divinos)[18].

Enfim, para o mundo racionalista é imprescindível à formação de uma ciência processual e o abandono de juízos de probabilidade, devendo prevalecer somente as verdades claras e evidentes. Como dado fundamental para o sucesso do normativismo e da justiça distributiva. Matematizar a ciência jurídica significa não perceber que se trata de uma

ciência social aplicada e, particularmente a ciência processual é a que mais se próxima do tecido social e política onde estão latentes as necessidades dos jurisdicionados.

A matematização da ciência jurídica fora fenômeno que consistiu na assimilação por esta ciência de duas vertentes metodológicas do jusnaturalismo (por vezes até opostas) de um lado o racionalista bem próprio do pensamento francês, com Descartes, e de outro lado, de empirismo ou sensualismo (mais peculiar do pensamento inglês, como por exemplo, com Hobbes).

O sábio Ovídio Baptista da Silva lecionou que a aplicação da lógica às ciências explicativas, ocorrera para a verdadeira supressão da possibilidade de o julgador descobrir a verdade. Pois o julgador resta tolhido e constrangido em sua autonomia crítica para que possa ter diante do caso concreto e, por vezes, tomando por base distintos critérios axiológicos.

E, neste sentido o procedimento nem teria razão de ser, pois a justiça está mesmo representada no texto da lei e, por essa razão, a lei injusta não existiria. Noutra giro, no mundo profundamente racionalista a busca pela realização do direito seria inviável na medida em que o critério de determinação do justo e do injusto são tarefas delegadas ao legislador e não ao juiz.

O CPC de 2015 representa o deslocamento da centralidade da lei processual para o precedente judicial^[19]. Saímos da literalidade da lei para a interpretação e aplicação da lei.

O positivismo jurídico caracteriza-se, pois, por sua posição contrária a todas as formas de metafísica jurídica e, portanto, distanciada completamente das teorias do Direito Natural. A verdade é que alheio à experiência da realidade ou do direito positivo, não existe o direito.

A supremacia da legislação como fonte de direito seguiu por várias formas distintas, seja no Reino Unido, seja na Alemanha e França[20]. O neopositivismo ou o positivismo lógico (ou a doutrina do Círculo de Viena) pretendeu fazer jus à função de estabilização das expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão na autoridade inexpugnável de tradições éticas.

Kelsen e Hart elaboraram um sentido normativo próprio das proposições jurídicas e uma construção sistemática de regras[21] destinadas a garantir a consistência de decisões ligadas às regras e, tornar o direito independente da política.

O ideal da purificação do direito fora perseguido a exaustão. A legitimação da ordem jurídica em seu todo, fora transportada para o início, ou seja, para uma regra fundamental (ou regra de conhecimento) pela qual tudo se legitima e tem justificação racional e deve ser assimilada historicamente conforme o costume.

É engraçado perceber que antes da primazia da lei, havia a do costume, e novamente retornam aos holofotes no processo contemporâneo à luz da teoria dos precedentes judiciais, a predominância dos costumes. Conclui-se que o movimento é cíclico, metafísico e também contínuo, construindo a verdadeira ciranda das fontes de direito.

Considera-se ainda muito perigosa a máxima que venha encorajar as interpretações individuais mesmo as mais cerebrinas posto que a maior liberdade do julgador adotada e defendida pela Escola do Direito Livre[22], chega ao exagero de admitir o poder jurisdicional de correção da lei. Mas, com a ênfase atual da jurisdição constitucional e, em sua crescente importância e papel no trajeto evolutivo do direito processual civil brasileiro, como podemos refutar tal poder?

O inicial comprometimento da ciência processual já então desgarrada do direito material, com o racionalismo veio a transformação do processo em uma ciência em busca da verdade, sem a qual não se obtém justiça concreta.

E, nesta oportunidade, se rejeita a cognição sumária e se endossa a cognição plena, exaustiva e quase infinita que seria a mais adequada para a busca da verdade. Novamente o CPC de 2015 veio superar o impasse ao prever a tutela de urgência e de evidência.

Carnelutti explicou que a semente precisa de anos e até de séculos, para se tornar- uma espiga (*veritas filia temporis*). Assim se explicava que o processo dura e não se pode fazer tudo de uma única vez. É imprescindível ter-se paciência.

O que contrasta completamente com a Reforma do Judiciário uma vez proposta pela E.C. nº45/2004 que colocou o princípio da duração razoável[23] do processo[24].

Construiu-se uma contradição *adiecto*: se a justiça é segura não é rápida e, se é rápida, não é segura. Carnelutti que delineou o conceito de lide retratou o pensamento racionalista que tanto privilegiada a máxima

duração do processo tida como medida capaz de assegurar a tão proclamada segurança jurídica[25].

É falsa a ideia de que as instituições processuais possam ser realmente neutras e livres de compromisso com a história e de seu contexto social e cultural. Portanto o dinamismo contemporâneo infectou fatalmente a noção de tempo no processo, é o processo eletrônico é a melhor expressão cultural disto.

Pontes de Miranda não aceitava a função do processo civil como meramente instrumental posto que composto de regras jurídicas tidas como secundárias, ao passo que as normas de direito material seriam as normas primárias.

De sorte que a Legislação e a Justiça seriam funções sucessivas e que surgem em ordem decrescente. Mas o pensamento do século XX se volta para a exaltação da estética da ação, como valor em si mesmo, assim segundo Robles o século se transformou fundamentalmente destrutivo.

A crise do modelo processual enxerga o processo como instrumento por força da racionalidade jurídica. A ideologia sociopolítica emergente neste século na Europa carregou o fenômeno da socialização do processo civil com o fito de incorporar os clássicos princípios do liberalismo às exigências do Estado Social de Direito, evidenciando a distinção entre o objeto do processo e procedimento que é reconhecido como mera formatação do instrumento capaz de atingir a efetiva e real tutela de direitos, pelo Estado, dos interesses litigiosos.

A crise do processo[26] pode ser identificada a partir do momento em que o valor de segurança jurídica deixa de ter o maior peso na balança

de valores e cede lugar a outros tão importantes quanto ele. E, nesta dimensão se destacam os direitos fundamentais.

Dworkin ao formular suas teorias para o direito tentou evitar as falhas do positivismo, mostrando que a adoção de direitos concebidos deontologicamente podem satisfazer simultaneamente as exigências de segurança jurídica e da aceitabilidade racional.

Apesar de nosso direito pátrio reger-se pelo sistema do *civil law* que principalmente privilegia as normas escritas e cujas origens datam do direito romano.

O modelo dogmático do direito está preparado para tratar os conflitos e disputas interindividuais. Com a ascensão do radical individualismo, deu-se a redução da importância dos grupos na estrutura social e no sistema jurídico.

Hoje o que se percebe é que a crise do direito reflete a crise social e, com esta, as visíveis mudanças de comportamento dos indivíduos, dos conflitos e da sociedade. Daí, a relevância do processo coletivo [\[27\]](#) como melhor meio de se obter uma equidade na tutela de direitos.

A doutrina contemporânea salienta que pelas ações coletivas se tem um meio para alcançar uma justiça mais efetiva. E, o CPC de 2015 permitirá a coletivização da demanda quando for necessário e atender as exigências da lei processual.

A negação da natureza e objetivo puramente técnico do processo significa, ao mesmo tempo, a afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-institucional e jurídico-material (os

quais buscam efetividade através dele) e o reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.

Inegável que o direito processual civil está em descompasso com a realidade contemporânea[28] apesar de existirem sinceras tentativas de adequação. Em suma, pode-se afirmar que o ataque de Ronald Dworkin ao positivismo baseia-se na distinção lógica existente entre as normas, as diretrizes e princípios.

Desta forma, defende Dworkin que os juízes diante os casos difíceis devam socorrer-se dos princípios e, como não há uma hierarquia pré-estabelecida entre princípios, é possível que estes possam fundamentar decisões distintas. E, por serem os princípios[29] dinâmicos e capazes de mudarem de forma célere então todo esforço para canonizá-los, resta mesmo fadado ao fracasso.

Por tal razão, a aplicação dos princípios é automática e exige fundamentação judicial e integração da fundamentação à teoria.

Danilo Nascimento Cruz bem destacou em seu artigo “Proto-filtros conceituais para a leitura do Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015” que o traço característico da constitucionalização do direito consubstancia-se pela irradiação do conteúdo substancial e valorativo das normas constitucionais e, até alguns juristas tentaram em vão elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do direito dentre as quais se incluem uma constituição rígida.

Desta forma, identificamos a força vinculante da Constituição e a sobreinterpretação desta e, por fim, a aplicação direta das normas constitucionais.

Logo no primeiro artigo da Lei 13.105/2015 há clara inserção dos princípios constitucionais como evidente opção ideológica, posicionando a CF/1988 como centro gravitacional de todo sistema processual civil pátrio.

Com o texto constitucional vigente estabeleceu-se o Estado Democrático de Direito e, a partir daí, se desenvolveu a constitucionalização de todo o direito, até mesmo do direito privado.

Desta forma, a aplicação e a interpretação do direito são feitas através da moldura constitucional. A Constituição não só serve de premissa interpretativa, mas também de argumentação jurídica de direitos e garantias, mas sobretudo, como guia principal da semântica processual brasileira.

Ainda se consagrou direito de aplicação genérica ao contemplar as garantias constitucionais e disciplinando o autêntico devido processo legal e o contraditório remodelado que incide em todo *iter processus* e, não somente no momento da contestatória.

Há certo consenso de que todas as formas reformistas no processo civil brasileiro tiveram por escopo dar-lhe maior efetividade^[30], o que acarretou o reconhecimento de certa relativização do dogma da autonomia do processo.

Afinal, o exagerado apego metafísico dos valores absolutos deve ceder lugar ao pragmatismo capaz de trazer a justiça aos litígios reais. Sem perder de vista os princípios e diretrizes de sustentação dogmática e do sistema jurídico que garantem a estabilidade dos critérios de julgamento e, evita a atuação tópica e casuística, o intérprete que deve buscar a

melhor forma de resolver os problemas concretos trazidos pelas partes, e para isso, sua análise da lei deve ir além de traduzir sua finalidade de integração e pacificação social.

O progresso das teorias das lacunas do direito sejam estas normativas, axiológicas ou ontológicas culminaram no reconhecimento da incompletude do sistema processual e, também de outros microssistemas derivados como o trabalhista, tributário e administrativo.

Leciona Maria Helena Diniz em seu *Compêndio de Introdução a Ciência do Direito* que são três tipos principais de lacunas: 1- a normativa; 2- a ontológica (quando há a norma, mas não corresponde aos fatos sociais); 3 – axiológica (onde existe a norma, mas ela se revela injusta, posto que sua aplicação traga uma solução insatisfatória ou injusta).

Mas precisamos recordar o mestre alemão Karl Larenz^[31] que afirmava que “toda a lei contém inevitavelmente lacunas”, razão pela qual se reconheceu há muito a competência de tribunais para colmatar as lacunas da lei.

Assim, a interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do Direito não devem ver-se como essencialmente diferentes, mas apenas graus distintos do mesmo processo de pensamento.

Significa que a simples interpretação da lei por um tribunal, desde que seja a primeira ou se afaste de uma interpretação anterior, representa um desenvolvimento do Direito, mesmo que a própria jurisprudência não tenha consciência disso.

Alertou Karl Larenz que “só pode decidir-se a um desenvolvimento do Direito Superior da lei quando o exijam razões de grande peso”.

Reconheçamos que a efetividade processual depende sinceramente da sensibilidade do jurista e, principalmente, do estudioso do direito processual, que deve criar soluções visando a tornar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado (*In*: Bedaque, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p.33).

O direito ao devido processo legal, ou ao justo processo, garantia que, de certa forma, sintetiza todas as demais, é, portanto, entendido em suas dimensões: formal e material[32].

Deve o processo estruturar-se formalmente de maneira a dar cumprimento, tanto quanto possível, aos vários princípios implicados, estabelecendo, a cada passo, a sua devida ponderação.

A contemporânea noção da instrumentalidade postula um processo tecnicamente estruturado que possa atender aos aspectos éticos da atividade jurisdicional. As garantias formais não são um fim em si mesmo. Devendo oferecer, dentro das possibilidades, resultado materialmente justo.

Há no ordenamento jurídico pátrio no mais alto patamar estão as verdadeiras cláusulas de direito fundamental e o princípio do direito mais favorável à pessoa humana e, em particular, mais favorável ao cidadão-trabalhador, não havendo distinção constitucional entre as normas que contemplam o direito material e o direito processual.

O insigne doutrinador Luiz Guilherme Marinoni nos ensina *in litteris*: “Diante da transformação da concepção do direito, não há mais como sustentar antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de

declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico. O Estado Constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. Isso para não falar do dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto”. (*In*: Marinoni, L.G. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *In*: Marinoni, L.G. (coord.) Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65).

A teoria ontológica do processo se edificava sobre os parâmetros da concepção aristotélico-tomista e estabelecendo a nítida distinção entre processo e procedimento.

Para o processo civil devem ser sempre lembrados Pontes de Miranda, jurista notável que fora o primeiro, no Brasil, a conceituar o processo como relação jurídica, depois veio Gabriel Resende Filho que estabeleceu a ligação entre o proceduralismo dos mestres anteriores e a renovação científica que ocorreu no Brasil a partir do CPC de 1939, e Machado Guimarães construiu cientificamente as bases da processualística em muito de seus institutos fundamentais. E, por

derradeiro, Moacyr Amaral Santos que com sua maravilhosa obra didática granjeou grande prestígio e fora reeditada à luz do CPC de 1973.

Registre-se também a vinda de Enrico Tullio Liebman para o Brasil que se estabeleceu em São Paulo em 1940 para ficar até o final da guerra, significou decisiva contribuição para a renovação do método do processo civil que trouxe a congregação de jovens processualistas no direito brasileiro, lançando as bases do que seria a Escola de São Paulo.

Apesar de Liebman ser portador da ciência processual europeia, o doutrinador italiano encantou-se inteiramente pelas obras de autores luso-brasileiros mais antigos e do espírito herdado da legislação de Portugal. Rendeu-se aos talentosos processualistas que nos anos quarenta se reuniam para debater os grandes temas da ciência processual e traduziram a perfeita simbiose que formou a alma da Escola Processual de São Paulo.

Foram discípulos de Liebman e que também privaram de sua companhia nos encontros de sábados à tarde, juristas como Alfredo Buzaid, José Frederico Marques, Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Bruno Affonso de André e que elevaram a cientificidade do direito processual brasileiro e traçaram as estruturas do sistema processual e propiciaram o amadurecimento de seus conceitos fundamentais.

Deste contexto surgiu o CPC de 1973, também chamado de Código Buzaid que inscreveu o sistema brasileiro entre os mais modernos e avançados do mundo. E, que propunha a conciliação técnico-científica do direito processual brasileiro e que já se tornara irreversível.

O processo que antes então era examinado sob a visão puramente introspectiva e, visto costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, passou a ser examinado em suas conotações deontológicas e teleológicas, aferindo-se os seus resultados na vida prática, pela justiça que fosse capaz de fazer.

O processualista contemporâneo consciente dos níveis expressivos do desenvolvimento técnico-dogmático de sua ciência deslocou sua atenção, passando a enxergar o processo a partir de um ângulo externo, examinando-o em seus resultados junto aos consumidores da prestação jurisdicional e da justiça.

Logo cedo no Brasil, criou-se um clima propício aos estudos constitucionais do processo. Já na Constituição republicana de 1891 trasladou para o sistema jurídico muitos institutos do direito norte-americano, desde o princípio da unidade da jurisdição e da judicial review dos atos administrativos e legislativos, passando pelas garantias do *due process of law* e culminando com os instrumentos constitucionais de defesa das liberdades.

Os trabalhos de Rui Barbosa traçaram com maestria as coordenadas processuais do controle da constitucionalidade^[33] das leis, tal como havia sido transplantado do sistema norte-americano para o sistema jurídico brasileiro.

Foram o direito judiciário e o Poder Judiciário que traçaram as bases do devido processo legal, enquanto processo necessário para assegurar os direitos subjetivos tutelados pelo direito material.

E por surgir o processo como instrumento para a segurança constitucional dos direitos, sendo uma espécie de processo natural e devendo o procedimento ser modelado conforme as formalidades definidas pela lei brasileira.

Apesar de este desabrochar precoce do processo constitucional entre nós, fora um início tímido até que a Escola Processual de São Paulo que se inspirando na sensibilidade constitucional^[34] de Liebman e se abeberando nos ensinamentos do mestre uruguaio Couture veio trazer os estudos processuais civis para a área do direito constitucional.

Nos anos cinquenta os estudos de Luiz Eulálio Bueno Vidigal sobre o mandado de segurança, de Alfredo Buzaid sobre o mesmo instituto e, ainda sobre a ação direta de inconstitucionalidade, esta obra que submete o instituto a tratamento científico e sistemático, enquadrando um dos instrumentos de processo constitucional nas categorias da moderna processualística; de José Frederico Marques, cujos trabalhos em torno da jurisdição voluntária e sobre o princípio constitucional da proteção judiciária marcam o ponto inicial dos modernos estudos brasileiros e as garantias do devido processo legal.

Multiplicaram-se os estudos de processo constitucional em 1980 e vem a lume a tese de doutorado de Kazuo Watanabe (Princípio da inafastabilidade do controle judicial no sistema jurídico brasileiro) que fora editada junto com outro ensaio sobre o mandado de segurança contra os atos judiciais.

Evidentemente precisamos entender a ontologia processual brasileira e perceber o íntimo e indissociável relacionamento sobre o direito e a cultura, especificamente no direito de processual civil.

Nesse sentido, Castanheira Neves^[35] alude que irreversivelmente “o direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu sentimento como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (...) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e condicionabilidade de toda a cultura”.

Lembremos que na clássica definição de Galeno Lacerda as vivências de ordem espiritual e material que singularizam determinada época de uma sociedade são responsáveis pela informação e molde do direito, fazendo-o, ao fim e ao cabo, espelho a refletir de forma segura e fiel a realidade histórica naquele espaço e tempo socialmente considerado.

Ao longo da história do processo há três modelos processuais tais como praxismo, processualismo e o formalismo. O praxismo congregou todas as manifestações culturais que formam aquilo que Nicola Picardi apontou como sendo a pré-história do processo civil, e, portanto, antes do aparecimento da ciência processual. Significa apontar o processo como *iudicium* e, não ainda, como *processus*.

A expressão “modelos processuais” não corresponde exatamente ao que usou Miguel Reale que conceituou modelos como estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, e que se ligam determinadas

consequências (In: Para uma Teoria dos Modelos Jurídicos. In: Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 17).

A postura metodológica do praxismo era sincrética, pois baseada na noção de que o direito processual civil era adjetivo e só ostentava existência se ligado ao direito substantivo.

Cândido Rangel Dinamarco se refere que no período do sincretismo “os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem definição de um método”.

O processo mesmo como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como sucessão quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre relação jurídica entre seus sujeitos e nem sobre a convivência política aberta para a participação dos litigantes (contraditório).

A racionalidade que informava o fenômeno jurídico de um modo geral era a racionalidade prática argumentativa dos sujeitos processuais direcionada à resolução de problemas concretos, à consecução do justo pelo *iudicium*.

Após, o praxismo, surgiu o processualismo que fora um movimento cultural próprio da Idade Moderna no campo do processo civil. Seu principal objetivo fora a tecnicização do direito e despolitização de seus operadores, reduzidos à condição de autênticos escravos do poder.

Conforme bem observou Ovídio Araújo Baptista da Silva, ao postular o processo civil como instrumento puramente técnico, totalmente alheio aos valores em sua intencionalidade operacional.

O método que servia o processualismo era o científico ou autonomista através do qual os estudiosos se lançaram à tarefa de expulsar da disciplina processual e qualquer resíduo de direito material, forçados que estavam a justificar o direito processual civil como ramo autônomo e próprio da árvore jurídica.

Identificava-se com a racionalidade teórica, do tipo positiva, apta a retirar do plano da relação jurídica processual o problema da justiça, colocando em seu lugar o problema da norma jurídica (como aquilo que provém, do Estado e, mais particularmente do Legislativo).

O direito tendia à norma estatal sendo passível de uma única interpretação verdadeira, onde a tarefa do juiz cingia-se a descobrir a vontade concreta da lei. Conforme bem expressa a célebre frase de Guiseppe Chiovenda, assumindo foros de clareza, certeza e previsibilidade (projeto iluminista e racionalista para a ciência jurídica).

O formalismo processual foi entendido como movimento cultural destinado a concretizar os valores constitucionais no tecido processual, dando força ao caráter instrumental e a racionalidade prática dirigida ao caso concreto.

Deixa o processo de ser visto como mera técnica assumindo a estatura de instrumento ético sem deixar de reconhecer, a sua estruturação igualmente técnica.

Afinal, atualmente vivenciamos o formalismo processual onde os valores constitucionais contaminam a técnica processual e propondo a delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.

Desta forma o formalismo investe-se na tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo. Neste contexto, observamos que o CPC de 2015 ampliou os limites da coisa julgada passando a incluir a questão prejudicial.

Cumprir assinalar que o advento do CPC de 2015 que inaugura o neoprocessualismo trazendo uma renovação dos princípios do direito processual, acentuando os poderes do juiz na relação jurídica processual, a ênfase para a autocomposição da lide pela mediação e conciliação e calcada na força normativa da Constituição Federal brasileira de 1988, além de tecer maior legitimação ao provimento judicial quando passa a exigir uma fundamentação jurídica mais detalhada das decisões judiciais.

Conclui-se que o processo civil brasileiro possui identidade própria que lhe são peculiares, não podendo o jurista deixar de considerar as nossas raízes, nossa evolução e nossas instituições no sentido de reafirmar o Estado de Direito e uma cidadania mais digna e atuante.

Enfim, o CPC de 2015 representa um importante passo e trouxe inúmeras novidades que renovaram as esperanças^[36] dos juristas e da sociedade brasileira principalmente por dar ênfase ao diálogo entre o juiz e as partes, prover uma prestação jurisdicional mais simples e mais

uniforme, a ampliação da exigência da boa-fé objetiva e trazer o ideal da maior saneabilidade processual que possível e valorizar os julgamentos de mérito admitindo incidentes de resolução de demandas repetitivas, no objetivo de obter maior efetividade processual.

Referências:

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BESERRA, Fabiano Holz. Processo, ideologia e tutela de urgência no pensamento de Ovídio A. Baptista da Silva. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/artigos/107-artigos-novo-2004/5216-processp-ideologia-e-tutela-de-urgencia-no-pensamento-de-ovidio-a-baptista-da-silva> Acesso em 22.08.2015.

CHIOVENDA, Guisepppe. Instituições de direito processual civil. Volume I. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos; Grinover, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 1974.

COSTA MACHADO, Antonio. Novo CPC dá prioridade ao diálogo, à boa-fé e à justiça do caso. Disponível: www.professorcostamachado.com/novo-cpc-da-prioridade-ao-dialogo-a-boa-ge-e-a-justica-do-caso Acesso em 21.08.2015.

CRUZ, Danilo. Proto-filtros conceituais para leitura do Novo Código Processo Civil Brasileiro de 2015. Disponível em: piauijuridico.blogspot.com/2015/.../proto-filtros-conceituais-para-leitura.html Acesso em 21.08.2015.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Londres: Fontana Press, 1986.

_____ *Taking Rights Seriously*. EUA: Harvard University, 1997.

ESPÍNDOLA, Ângelo Araújo da Silveira; SILVA, Jacqueline Mielke. O direito processual civil à luz de novas exigências de tutela no século XXI: A Insuficiência do Positivismo Jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Disponível em: www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/6040/3314 Acesso em 21.08.2015.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELLHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. Disponível em: <http://www.academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/2/c/Juridic%ac3%A7%c3%A3o> Acesso em 22.08.2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral. São Paulo: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual Brasileiro. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/downloads/677223/69833> Acesso em 22.08.2015.

HOBBSAWN, Eric. Era dos Extremos: O Breve Século XXI: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª edição. São Paulo: Cia. das Letras.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho sob a

perspectiva da efetividade do acesso à justiça. Disponível em: <http://amatra17.org.br/arquivos/4a1ea5b864c5b.doc> Acesso em 22.08.2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO. Novo Curso de Processo Civil. Vol.1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/109-artigos-set-2004/4598-processo-e-cultura-praxismo-processualismo-e-formalismo-em-direito-processual-civil> Acesso em 10.08.2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade do processo”. In: Moreira, J.C.B., Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1984.

REALE, Miguel. Para uma teoria dos modelos jurídicos. In: Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978.

REIS, Carlos David S. Aarão. A matematização do Direito e as origens da Parte Geral do Direito Civil. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/201/r133-13.PDF?sequence=4> Acesso em 23.08.2015.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica 2ª edição. São Paulo: RT, 1997, V. I.

_____. Curso de direito processual civil. 4ª edição. São Paulo: RT, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

NOTAS:

[1] O significado de ontologia varia conforme a filosofia, para o aristotelismo, é a parte da filosofia que tem por objeto de estudo as propriedades mais gerais do ser, apartadas da infinidade de determinações que, ao qualificá-lo particularmente, ocultam sua natureza plena e integral. Já para Heidegger representa a reflexão sobre o sentido mais abrangente do ser, como aquilo que torna possível as múltiplas existências.

[2] Heidegger, e depois Gadamer, trouxeram à construção da hermenêutica filosófica, a contribuição produtiva do intérprete no movimento da compreensão, bem como a elevação da linguagem para dentro do processo interpretativo, e, também, atribuíram sentido ontológico ao conhecimento da verdade, ao contrário do apego à historicidade, realçado na hermenêutica clássica.

[3] Segundo Gadamer, o conjunto da ética humana se distingue essencialmente da natureza pelo fato de nela não atuarem simplesmente capacidades ou forças, mas que o homem vem a ser tal como veio a ser somente através do que faz e de como se comporta. A mudança e a indeterminação são as condições pela qual a justiça, a virtude e o bem podem ser qualificados como tais. O justo é essa estabilidade que se revela

na própria indeterminação do mundo; na ambiguidade de que pode ser diferente do que é.

[4] Lênio Streck apesar de apontar que a hermenêutica seja identificada e conhecida por sua origem mitológica, particularmente a partir de Hermes, um semideus que corresponde ao mensageiro dos deuses com os mortais. A verdade é que apenas na modernidade que pode ser compreendida *stricto sensu*, a hermenêutica como a revolução provocada pelo nascimento do sujeito.

[5] A metáfora como fonte do conhecimento em Tomás de Aquino, faz-nos analisar dois conceitos fundamentais da filosofia tomista: a negatividade e participação que constituem uma chave original para o entendimento da realidade. A causa primeira das coisas é onde se encontra a explicação mais profunda da existência e, sendo suprarracional, encontra-se infinitamente afastada da inteligência e da imaginação do homem, numa transcendência radical, absoluta e incompreensível. Daí o porquê que é preciso negar qualquer qualidade e característica a essa causa, que não se confunde com nada do que existe. Descobre-se, portanto, a inutilidade de tentar subjugar a realidade sob a férrea lógica da razão humana, como fazem, os racionalistas mais exaltados.

[6] A recuperação do conceito de justiça a partir da *diké* de Anaximandro. Assim se revela como um cosmos, numa comunidade jurídica das coisas, descoberta só feita no fundo da alma humana, por uma faculdade intuitiva fugindo-se de qualquer investigação empírica. A justiça para Anaximandro recorda o conceito grego de culpa e que fora transferido da imputação jurídica para a causalidade física. A sua concepção de *diké* sobre os acontecimentos é o começo do processo de projeção da pólis no

universo, contendo em germe, a ideia do futuro e harmônico ser eterno com seus valores.

[7] Com precisão cirúrgica vem a análise feita por Lênio Streck afirmar: "Em outras palavras: a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir a escolha: discricionariiedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que o "juiz possui poder discricionário" para resolver os casos difíceis, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier.

[8] Há dois aspectos diferentes em relação aos quais, é possível cogitar de incerteza judicial: seja quanto aos meios da decisão e seja quanto ao seu conteúdo. O primeiro refere-se à aplicação das normas que devem reger o processo de tomada de decisão judicial. O segundo refere-se às expectativas normativas ou cognitivas que ela frustra ou confirma quando finalmente é tomada. Não existe uma relação necessária entre os dois tipos de incerteza. Nesse sentido uma pesquisa recente apontou que cerca de oitenta por cento dos magistrados brasileiros consideram que as cruciais causas da morosidade do Judiciário pátrio estariam ligadas à má qualidade da legislação processual. Com o advento do CPC de 2015 esperamos que pelo menos que venhamos reduzir as causas.

[9] Somente com a recusa de ambas as partes a respeito da realização da audiência obrigatória de conciliação ou mediação, e com fundamentadas razões, é que se deixará de realiza-la. Portanto, em regra esta será realizada, mesmo quando um dos litigantes se manifestar sobre a impossibilidade da composição amigável da lide.

[10] A teoria do processo vista como procedimento em contraditório tem suas bases em dois grandes doutrinadores: Rosemiro Pereira Leal e Aroldo Plínio Gonçalves. Essa teoria fora desenvolvida pelo processualista italiano, Elio Fazzalari, o principal estudo foi o aprofundar sobre o instituto do processo em conceitos que distinguisse do procedimento que é a sua estrutura técnico-jurídica. Acautelou-se o doutrinador italiano quando fez a distinção entre processo e procedimento, integralizando em sua teoria, o contraditório. O processo não pode ser definido pela mera sequência, direção ou finalidade de atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença de atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade. Portanto, o processo não pode ser entendido se não houver o contraditório, que só ocorre quando as partes em litígio possuem simétrica paridade, ou seja, o mesmo espaço-temporal no processo. O procedimento para Fazzalari, não significa o conceito particular de uma disciplina, mas um conceito geral do Direito, e deve ser colhido, extraído, de um complexo de normas. Simplificando, o procedimento não pode ser compreendido somente como atos ou série de atos realizados no processo se não for à luz de normas processuais. Enfim, consagrou Rosemiro Pereira Leal que o procedimento corresponde a uma estrutura técnica construída pelas partes, que sem a observância às normas processuais, ou sem a sua presença, o procedimento, pode ser considerado como amontoado de atos não-jurídicos sem qualquer legitimidade, validade e eficácia.

[11] As considerações de Eric Hobsbawn são importantes para ilustrar: "As origines da Segunda Guerra Mundial produziram uma literatura histórica incomparavelmente menor sobre suas causas do que as da Primeira Guerra, e por um motivo óbvio. Com as mais raras exceções,

nenhum historiador sério jamais duvidou de que a Alemanha, Japão e (mais hesitante) a Itália foram os agressores. Os Estados arrastados à guerra contra os três, capitalistas ou socialistas, não queriam o conflito, e a maioria fez o que pôde para evitá-lo. Em termos mais simples, a pergunta sobre quem ou o que causou a Segunda Guerra Mundial pode ser respondida em duas palavras; Adolf Hitler". (In: HOBBSAWN, Eric. Era dos Extremos: O Breve Século XXI: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª edição. São Paulo: Cia. das Letras, 1995).

[12] O engraçado ou pelo menos irônico é que a Constituição Alemã de 1919 trazia inovações consideráveis em matéria de Direitos Humanos, mas a vigência efetiva dos textos constitucionais depende de sua aceitação pela coletividade. E, apesar de possuir uma escrita equilibrada e prudente, refletia valores ainda não enraizados na sociedade alemã.

[13] Contraditório é mais do que isto, afinal é um elemento de extrema importância para a teoria em estudo, portanto, este deve representar também uma forma de garantia “participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”“.

[14] Os enigmas da ciência processual são múltiplos e começam com a definição de justiça, passa para a concepção de verdade, depois de ética processual, vindo também a questão da forma procedimental suplantando por vezes o próprio escopo do processo que é a pacificação social. A teleologia da interpretação das leis pelo judiciário é ainda uma descoberta reticente e muito pouco observada.

[15] Deverá a verdade no processo judicial corresponder à verdade. Sabemos, porém que a verdade formal é a que resulta do processo ainda

que não exista a exata correspondência com os fatos conforme ocorreram historicamente. Já a verdade real é aquela a que chega o julgador, é a revelada pelos fatos conforme ocorreram historicamente e não como querem os litigantes que apareçam realizados. A distinção entre verdade real e formal surgiu no confronto entre o processo penal e o processo civil. Onde no civil, os interesses são, supostamente, menos relevantes do que os interesses no processo penal, em face dos bens tutelados serem a vida, a liberdade, o *jus puniendi* do Estado e, etc. Assim, no penal se busca a verdade real ao passo que no civil apenas a verdade formal. É certo que no processo penal justifica-se a busca da verdade real pelo juiz por se referir ao direito indisponível, ou seja, aquela que a lei considera essencial à sociedade, sendo tutelado pelo Ministério Público.

[16] Chaïm Perelman (1912-1984) filósofo de Direito que viveu e ensinou a maior parte de sua vida na Bélgica, foi um dos mais relevantes teóricos da retórica do século XX. Sua principal obra o Tratado da Argumentação de 1958.

[17] O Leviatã é criatura mitológica de grandes proporções e bem comum no imaginário dos navegantes europeus da Idade Média. O nome vem do hebraico *livjathan*, cujo significado é "animal que se enrosca", sendo modificado pelo latim bíblico para *leviathan*. Também conhecido como monstro marinho.

[18] O Conselho Nacional de Justiça decida aprimorar o relatório da Justiça em número que representa um importante instrumento de análise da estrutura e do desempenho do Judiciário para formulação de políticas de gestão, o relatório da Justiça em Números deve ser aprimorado a partir de

2016. Pretende o CNJ acrescentar indicadores inéditos, e aperfeiçoar alguns existentes e excluir os pouco relevantes.

O objetivo é democratizar o debate e garantir a excelência da nova versão.

Disponível

em:

http://www.trf2.jus.br/Paginas/Noticia.aspx?Item_Id=2619&js=1 Acesso em 22.08.2015.

[19] O precedente judicial deve ser entendido como sendo a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto e cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Um precedente judicial quando reiteradamente aplicado se transforma em jurisprudência que representa um conjunto de julgados harmônicos entre si, fruto da constante interpretação e aplicação da lei num determinado sentido. A súmula, por sua vez, é um enunciado normativo enumerado e publicado por certo tribunal e que demonstra seu posicionamento prevalente sobre determinado tema ou tese jurídica, posto que extraído da *ratio decidendi* de casos concretos anteriormente julgados. Quando o juiz utilizando o método de confronto, verifica que o caso em análise ou julgamento pode ou não ser considerado como análogo ao paradigma, chama-se *distinguishing* ou apenas *distinguish*. Termos que podem ser usados para duas acepções diferentes, a saber: 1. Para designar método comparativo entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish* -método); 2. Para designar o resultado desse confronto, quando se concluir haver entre estes alguma diferença.

[20] Luís Roberto Barroso, atual ministro do STF, aponta que o constitucionalismo francês procurou conceituar o postulado presente no preâmbulo da Constituição francesa de 1793, expressando-o da seguinte

forma, *in litteris*: "A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades".

[21] A defesa do direito concreto quando ameaçado, não constitui apenas um dever do respectivo titular consigo mesmo, mas também para a sociedade. Assim o titular também defende a lei, e com esta, a ordem essencial à vida em sociedade, ainda haverá quem negue que tal defesa representa um dever para com a sociedade? Se esta pode convocar um cidadão para a luta contra o inimigo extremo, uma luta na qual é empenhada a própria vida, se, portanto, a qualquer um cabe o dever e os interesses comuns contra o inimigo externo, tal dever não prevalecerá também no interior do país?

[22] A Escola do Direito Livre teve como seus matizes próprios de opiniões de François Gény, Büllow, Köhler,

Kantorowicz, Schlossmann, Erlich, Stammler e Mayer que preconizava o Direito Justo. Propôs novos métodos de interpretação, permitindo-se, em alguns países, ao juiz corrigir e completar a lei, guiado por orientações subjetivas, com a valoração interesses pelos próprios sentimentos, criando no lugar e ao lado do direito positivo. Não havia acordo entre os defensores desta corrente. Para uns, o juiz só pode criar o direito no silêncio da lei; Para outros, o juiz só pode criar o direito ao proceder à interpretação lógica; E, para tantos outros, em qualquer caso, o juiz tem a liberdade para, inclusive, ao interpretar a norma ir de encontro a mesma, todas as vezes em que tiver como objetivo buscar o direito justo. O juiz guiado pelo sentimento e pela consciência jurídica deve inspirar-se nos dados da realidade social.

[23] O desenrolar do processo em um prazo razoável é, ao contrário, fator de segurança, na acepção mais ampla desse valor. Com respeito a isso, a legislação processual repele a utilização de expedientes que impedem de se efetivar e de se oportunizar a tutela jurisdicional, a teor do que dispõem, só para exemplificar, os artigos 16 a 18, 273, inc. II, 461, 600, 879 e, mais recentemente, o renovado art. 14, caput, inc. V e parágrafo único, todos do Código de Processo Civil (CPC/1973).

[24] O legislador constitucional brasileiro incluiu, assim, o direito de todos terem assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no inovador inciso LXXVIII, do art. 5º da CF/1988. José Afonso da Silva apontava como despiciendo o novo inciso, quando afirmou que o acesso à justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado, mas a crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava. Em verdade se encontra positivado apenas um princípio constitucional implícito, mas trata-se de pleonasma benéfico.

[25] Afirmava Ovídio Baptista que a "urgência da tutela" e, não a tutela da urgência fez com que a procurada efetividade ficasse reduzida, tendencialmente, à simples celeridade na prestação da tutela processual exigida, constituindo mesmo, o tempo um dos parâmetros da justiça contemporânea. Assegura a Constituição italiana, em seu art. 111, o *giusto processo* e sua *ragionevole durata*. A segurança jurídica, porém, relaciona-se a um conceito mais amplo que, no dizer de Canotilho, porquanto subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito, constitui garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação, realização do direito, e cujos postulados são exigíveis perante qualquer ato, de qualquer

poder (legislativo, executivo e judiciário). Reafirma Canotilho que a segurança jurídica abrange a ideia de proteção da confiança dos cidadãos, pode formular-se no direito do indivíduo de poder confiar que os efeitos jurídicos previstos no ordenamento são assegurados nas manifestações de seus atos ou de decisões públicas incidentes sobre o status jurídico, realizadas com base em normas vigentes e válidas.

[26] Os críticos opositores da Escola do Direito Livre entendem que na interpretação da norma o que deve prevalecer é a vontade da sociedade, representada pela lei e, de forma nenhuma, a vontade individual do juiz. Contra a Escola Livre ergueram-se estudiosos vários, apontando-lhe o grave defeito de comprometer a segurança jurídica, gerando um alarmante estado de anarquia. Por sua vez, os partidários da Escola do Direito Livre, todavia, centravam suas críticas na excessiva abstração do método tradicional que restava amarrado aos conceitos lógicos e formais, afastando-se da realidade concreta da vida e das relações em jogo e, fim do próprio Direito. Segundo Ferrara somente a interpretação teleológica e não há outra forma de concebê-la, pois é a que confere a eficácia prática à jurisprudência e está vinculada firmemente à lei, quer pela aplicação lógica, quer pela analógica, cujos germes e meios se contêm no Direito Positivo. O princípio não é invenção do jurista, porém descoberta do Direito, e que se encontra latente no direito positivo.

[27] É preciso combater a guetificação do processo coletivo no direito brasileiro. Guetificação conforme leciona Zygmunt Bauman é medida paralela e complementar à criminalização da pobreza, sendo um modo de confinar e imobilizar os indesejáveis segundo determinada sociedade. A guetificação ocorreria a partir da interpretação da legitimidade coletiva dos

agentes públicos em ênfase na capacidade econômica dos beneficiados por suas ações coletivas. Tal medida resultaria na redução de força dos pleitos processuais dos mais carentes, os quais teriam maiores dificuldades de batalhar por seus direitos, ao lado dos demais membros da sociedade.(In: MAIA, Maurilio Casas. O risco da guetificação no processo coletivo: breve reflexão sobre a legitimidade defensorial coletiva - o NCPC e a ADI 3943. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-risco-da-guetificacao-no-processo-coletivo-breve-reflexao-sobre-a-legitimidade-defensorial-coletiva-o-ncpc-e-a-adi-n-3943-por-maurilio-casas-maia/> Acesso em 22.082015).

[28] As teorias contemporâneas de justiça dentro da escola do pensamento político atual, tal como o utilitarismo, o igualitarismo liberal, o libertarismo, o marxismo e o comunitarismo. Num primeiro momento o objetivo da justiça é produzir o maior grau de felicidade possível para o maior número de pessoas alcançável. Para os igualitários, é relevantíssimo que a igualdade econômica e social seja o fundamental princípio na sociedade. Já para o libertarismo se defende que a liberdade individual e de mercado sob todos os seus aspectos. Para o comunitarismo, transcende a justiça individual para o conceito de justiça coletiva.

[29] Novamente o lúcido e sagaz Lênio Streck adverte que: "Se o constitucionalismo contemporâneo que chega ao Brasil apenas ao longo da década de 90 do século XX estabelece um novo paradigma, ou proporciona as bases para introdução de um novo, o que impressiona, fundamentalmente, é a permanência de velhas formas de interpretar e aplicar o direito, o que pode ser facilmente percebido pelos Códigos ainda

vigentes (embora de validade constitucional duvidosa em grande parte). Em tempos de intersubjetividade (refiro-me à transição da prevalência do esquema sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito), parcela considerável de jurista ainda trabalho com modelos (liberais-individualistas) "Caio", "Tício" e "Mévio"...!"(In: STRECK, Lênio L. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto> Acesso em 23.08.2015).

[30] O valor efetividade inspira o reconhecimento de que todas as partes devem ser tratadas com condições de igualdade, dentro da relação jurídico-processual. Basta apenas mencionar que, para um processo ser efetivo, necessário se faz que seja observado o tratamento paritário das partes que o compõem, baseando-se na regra de igualdade de armas que deve acompanhar todos os momentos da sociedade democrática. Uma vez assegurado esse tratamento, seja em seu sentido substancial ou formal, não restam dúvidas que assim se perfaz seguro. Confirmam-se com isso que segurança e efetividade são valores extremamente interligados. Podem coexistir isolados, autonomamente, mas, para a realização primordial do processo, enquanto instrumento de pacificação social justa, devem ser conjugados de maneira harmônica, entrelaçados por suas facetas interdependentes. Daí, o lugar, também, à celeridade das tramitações.

[31] Karl Larenz (1903-1993) foi jurista e filósofo do direito alemão. Foi professor de duas importantes universidades da Alemanha: Universidade de Kiel e a Universidade Munique, nesta derradeira lecionou de 1960 até o fim de sua carreira acadêmica. Foi um dos pensadores da escola da jurisprudência de valores ou de princípios. Esta escola representa

no processo de evolução do direito uma superação das contradições do positivismo jurídico, e por tal razão, é considerada por alguns como semelhante à escola do pós-positivismo. A jurisprudência dos calores caracteriza uma forma de se entenderem os conceitos de incidência e a interpretação da norma jurídica, bem como sua divisão em regras e princípios, além de conceitos como igualdade, liberdade e justiça.

[32] O devido processo legal substancial transcende a simples decisão formal promovida pelo juiz de direito diante do caso concreto. Canotilho leciona que: "A teoria substantiva está ligada à ideia de um processo legal justo e adequado, materialmente informado pelos princípios da justiça, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei". Dirige-se em primeiro momento ao legislador, constituindo-se num limite à sua atuação posto que deva pautar-se pelos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade. Já o devido processo legal em sentido formal tem como principal destinatário o juiz como representante do Estado.

Pois a ele compete o dever de obedecer aos ritos, bem como seus demais aspectos que circundam o processo, sem, portanto, o eivá-lo de nulidade, ou suprimindo de quaisquer garantias das partes. Corresponde a garantia que a parte tem em saber o que vai acontecer dentro processo, sem invocações, que possam comprometer seu direito. Em outras palavras é a regularidade formal em todo o procedimento já pré-estabelecido pela Lei em todos os seus termos.

[33] A Teoria neo-Institucionalista do processo preconiza fiscalidade (controle de constitucionalidade aberto a qualquer povo) do processo legiferante nas bases intuitivas e constituintes da legalidade, vem como na atuação e modificação, aplicação ou extinção do direito constituído e

trabalha a socialização do conhecimento crítico-democrático em pressupostos (direito fundamental) de auto-ilustração (dignidade) pelo exercício da cidadania como legitimação ao direito-de-ação coextenso ao procedimento processualizado”.

[34] Nesta pós-modernidade, o processo como instituição se infere “pelo grau da autonomia jurídica constitucionalizada a exemplo do que desponta no discurso do nosso texto constitucional”.

Portanto, é considerável a conquista da fundamentação do processo em princípios e institutos que repudiam a repressão e concentração política. Hoje, a Jurisdição Constitucional realizada pelo processo, representa uma condição de igualdade institucional entre o Estado e os cidadãos. Diante deste pensamento, Rosemiro afirma que no pós-modernismo não pode haver também “hierarquia de instituições jurídicas ou a prevalência de uma sobre as outras no bojo constitucional”, pois a constituição, sem sombra de dúvida, uma fonte jurídico-institucional, não representa um Estado instrumental.

[35] Antônio Castanheira Neves (1929) é filósofo do direito português e professor jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O direito deve ser entendido através da ideia de problema jurídico, de que são principal exemplo, os casos judiciais. Os problemas têm de serem resolvidos problemas jurídicos.

Estes, sim, são o ponto de partida necessário. A oposição de Castanheira Neves ao positivismo, ao jusnaturalismo e as várias teorias do silogismo jurídico, o que o tornou um dos primeiros defensores do interpretativíssimo jurídico, posição bem próxima da hermenêutica jurídica. O doutrinador lusitano afirma que a interpretação jurídica não é

um elemento necessário da argumentação jurídica. O direito provém sempre é dos problemas jurídicos, que são concretos, historicamente situados, normativos e práticos.

Toda a decisão jurídica visa determinar o que é que alguém deve fazer num caso concreto, numa situação histórica e social concreta. A decisão judicial é também, em si mesma, uma ação. E, a interpretação, pelo contrário, nem sempre é necessária e, quando o é, é instrumental.

[36] A proposta de estabilização da tutela antecipada trata-se de uma revolução operada dentro do sistema processual brasileiro que sempre primou pela cognição plena e exauriente. Portanto, resta a adoção da possibilidade de um julgamento fundado no juízo de verossimilhança e na probabilidade, antes necessariamente provisório – adquirir imutabilidade que só era atribuída aos julgamentos definitivos de mérito. Consagra-se enfim um direito autônomo à tutela de urgência. Apesar de que o sistema não abandonou completamente a ideia de ordinariedade mas apenas a condicionou à iniciativa da parte interessada.

MANOEL NICOLAU DA SILVA JÚNIOR: Formando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, com ênfase nas áreas de Direito Penal/Administrativo/Constitucional. Servidor Público da UFRN.

O CONTROLE DO ABUSO DE DIREITO NA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

RESUMO: Analisa a noção de publicidade e os aspectos procedimentais do anúncio publicitário. Em seguida, discorre sobre o abuso de direito na atividade publicitária e os fundamentos constitucionais e legais de seu controle. Noutro pórtico, destaca os institutos de repressão da veiculação da publicidade abusiva, bem como as nuances acerca da responsabilidade dos fornecedores e anunciantes, tudo em consonância com o microssistema de proteção dos direitos do consumidor.

Palavras-chave: *Direito do Consumidor. Práticas comerciais. Publicidade abusiva. Controle.*

1 INTRODUÇÃO

Preocupação de maior ressonância e atualidade entre os estudiosos do Direito do Consumidor tem sido a respeito do controle da publicidade abusiva, fenômeno cada vez mais voraz no mundo capitalista, onde os meios de comunicação encontram-se pulverizados na sociedade. Nesse meio, a atividade publicitária tem se revelado um instrumento poderoso de potencialização do mercado de consumo.

Consciente da vulnerabilidade do consumidor perante às modernas práticas comerciais, o constituinte de 1988, ao regular os direitos e garantias fundamentais no Brasil, estabeleceu, em face do Estado, no art. 5º, XXXII,

a obrigatoriedade da defesa dos direitos do consumidor e, no art. 170, V, fixou-a como um dos princípios da ordem econômica. Nessa perspectiva, a intervenção do Estado na relação de consumo - inclusive na publicidade - se faz constitucionalmente legítima, e legalmente concretizada, por meio da Lei 8.078/90 - o Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, o presente trabalho buscará discorrer sobre o panorama atual do controle de publicidade no Brasil, dando enfoque ao abuso de direito na atividade.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PUBLICIDADE

A publicidade, como forma de comunicação social voltada para o consumo, corresponde a uma faculdade do fornecedor, um meio para exposição de seus produtos, com o intuito de venda. Apesar de não configurar uma obrigação, o exercício dessa atividade gera de imediato o dever de respeito aos princípios gerais do CDC. Se a carência de publicidade, por si só, não é objeto de sanção pelo referido diploma legal, a insuficiência do dever de informação, por sua vez, o é, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, indispensável para a harmonia e transparência nas relações de consumo.

Desse modo, antes de se debruçar sobre a publicidade e seu sistema de controle, impende ressaltar que o dever de informar não corresponde necessariamente à obrigação imposta ao fornecedor de veicular seus produtos e serviços, mas sim a um pressuposto indeclinável para a concretização de atividade publicitária.

2.1 Conceito de publicidade

Antônio Herman V. Benjamim (2013, p. 253), em consulta ao Comitê de Definições da American Association of Advertising Agencies

(AAAA), fornece o conceito de publicidade, que vem a ser “qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens e serviços, por um patrocinador identificado”.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, restringe a definição, sob a perspectiva mercadológica da relação de consumo. Nesse sentido, é “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover, junto aos consumidores, a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado” (MARQUES, Cláudia Lima et al. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2006, p. 528).

Assim, sendo a finalidade consumista o elemento essencial da publicidade, afasta-se de seu espectro toda a informação científica, política, didática, lúdica ou humanitária, alheia à atividade econômica – afetas à noção de propaganda, cuja regulamentação se dá por normas alheias ao microsistema de defesa do consumidor, tais como do Direito Administrativo e do Direito Eleitoral. A publicidade, sob a ótica do mercado de consumo massificado, diz respeito a um ato negocial profissional de finalidade comercial, razão pela qual somente esta o CDC cuidou de tratar.

2.2 O anúncio publicitário

O anúncio publicitário repercute juridicamente no que diz respeito aos sujeitos criadores e ao modo de sua elaboração. Dada sua complexidade, a atividade não se dá de forma instantânea. Sobre esse tema, novamente Antônio Herman V. Benjamin (2013, p. 255) esclarece as fases do processo de formação do anúncio publicitário: parte-se da elaboração de

um briefing, seguida de uma reflexão estratégica, concluindo-se com a criação propriamente dita.

No briefing, o anunciante fornece à agência publicitária os elementos informativos necessários sobre o produto ou serviço, assim como suas expectativas. Nessa fase, a agência assimila o desenvolvimento e o conhecimento dos produtos e serviços do fornecedor, bem como seus objetivos de comunicação.

Em seguida, durante a fase de reflexão estratégica, entra em cena a equipe multiprofissional da agência publicitária, com o surgimento de ideias, discussões, críticas, a fim de apresentar uma base de projeto para a atuação do publicitário. Durante o momento da criação, o publicitário lapida o projeto inicial, dando-lhe contornos finais, para sua produção e posterior divulgação.

Essa visão procedimental tem seus reflexos maiores durante a análise da responsabilidade administrativa, civil e penal dos agentes publicitários e fornecedores, sobre a qual se debruçará mais adiante.

3 CONTROLE DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

Inicialmente, sobrealça destaque a preocupação de Rizzatto Nunes (2011, p. 494 e 495), de advertir que não se deve considerar a publicidade uma produção primária (aquela que represente a “produção” realizada pelo publicitário, agência etc.), mas sim um instrumento de apresentação ou venda dessa produção.

Desse modo, considerando esse caráter instrumental – de meio de fala dos produtos e serviços – e a perspectiva constitucional de proteção do consumidor, vê-se que a atividade publicitária deve, assim como a exploração primária do mercado, sofrer restrições. Estas, vale dizer,

possuem fundamento constitucional, sob a forma de direito fundamental, insculpido no art. 5º, XXXII, e de princípio da atividade econômica (art. 170, V, CF).

Analisando o histórico do controle de publicidade anterior à vigência do CDC, observa-se que este era insatisfatório. Nessa época, subsistia apenas a vigência do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária^[1], frente a toda sorte de abusos cometidos em detrimento dos interesses dos consumidores. A publicidade abusiva e enganosa era combatida de forma tímida. Carecia-se, sobretudo, de uma estrutura sistemática de regulamentação.

Com a Nova Ordem Constitucional em 1988, a regulamentação passou a ser feita na perspectiva do controle da empresa, sob a ótica do respeito aos direitos fundamentais. Passados dois anos, com a entrada em vigor do CDC, concretizou-se enfim, em nível legal, um regramento jurídico claro sobre a publicidade enganosa e abusiva, a ponto de vincular contratualmente o fornecedor anunciante.

Através de um sistema misto de controle, conjugou-se a autorregulamentação das entidades publicitárias com as atuações da Administração Pública e do Poder Judiciário. A publicidade passou a ser controlada pelo direito, visto que deixara de ser mero veículo de informação de produtos e serviços, passando agora a ser instrumento de persuasão e promoção de demandas, com grande potencial para causar gravames aos interesses dos consumidores.

Nessa esteira, imprescindível é a menção ao artigo 29 do CDC. Ao equiparar os consumidores a todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais previstas no Código, o dispositivo amplia

sobremaneira a esfera de proteção do consumidor, tendo assim reflexos no tratamento da publicidade. Senão, vejamos as palavras de Cláudia Lima Marques (2012, p. 110 e 111):

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos de poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas abusivas. Estas, mesmo não sendo “consumidores stricto sensu”, poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas!

Sob essa ótica, o CDC estendeu o regramento das relações consumeristas, ao considerar que a proteção do consumidor se faz necessária antes mesmo da realização do contrato de consumo. Isso porque, conforme ensina Antônio Herman V. Benjamin (2013, p. 257), a relação de consumo tem origem, não somente por meio da tradicional avença, mas também “por meio de técnicas de estimulação do consumo, quando, de fato, ainda não se pode falar sequer em verdadeiro consumo, e sim em expectativa de consumo”.

Percebe-se, assim, que o CDC consolidou um verdadeiro regime ético da publicidade, ao se preocupar não apenas com o contexto de formação e execução dos contratos de consumo, mas também com os aspectos pré-contratuais, considerando-a como uma verdadeira prática comercial, apta a violar os direitos do consumidor. É nesse contexto, portanto, que se inserem as vedações à veiculação de publicidade abusiva e publicidade enganosa, tratados como verdadeiros atos ilícitos.

3.1 Princípios gerais do CDC sobre a publicidade

Por ser a publicidade uma prática comercial que gera efeitos na esfera jurídica do consumidor, sobre ela incidem os princípios gerais do CDC, norteando a interpretação de suas normas, sem embargo de agregar valores afetos a outros microssistemas, como os do Direito Ambiental, por exemplo.

Como se sabe, o inciso IV do art 6º^[2] do CDC veda o abuso de direito e impõe o dever de transparência e boa-fé nas relações comerciais, repercutindo nos contratos e na publicidade. O dispositivo funciona como o vetor máximo de interpretação de todo o Código, visto que concretiza as disposições constitucionais de proteção do consumidor, insculpidas, sobretudo, como já dito, nos arts. 5º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal.

Inicialmente, o Código, ao acolher o princípio da identificação da publicidade (art. 36, caput), coíbe os anúncios clandestinos e subliminares. Somente uma publicidade imediata e facilmente identificável tem o condão de possibilitar ao consumidor adquirir produtos e serviços de forma racional e segura, sem ser enganado ou induzido, equilibrando e harmonizando, dessa maneira, as relações contratuais.

Ademais, a enganosidade da mensagem, bem como qualquer outro desvio que cause algum gravame ao consumidor, são igualmente proscritos. Nesses casos, têm lugar, respectivamente, os princípios da veracidade (art. 37, §1º) e da não abusividade da publicidade (art. 37, § 2º). O tema da publicidade abusiva será abordado com maior apuro em seguida.

Noutro pórtico, caminham juntos, em consonância com a noção de vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I), os princípios da inversão do ônus da prova (art. 38) e da transparência da fundamentação da publicidade (art. 36, parágrafo único). O primeiro corresponde a uma das formas de efetivação dos direitos do consumidor, na medida em que facilita sua defesa (art. 6º, VIII, do CDC), ao passo que o segundo prescreve aos fornecedores o dever de manter em seu poder os dados fáticos, técnicos e científicos capazes, a quem interessar, de comprovar a veracidade do vinculado na publicidade.

O art. 56, XII, por sua vez, ao prever o instituto da contrapropaganda, viabiliza o princípio da correção do desvio publicitário, sem prejuízo de sua reparação civil e da repressão administrativa e penal. Já o art. 4º, VI, por fim, ao coibir os abusos praticados no mercado de consumo, tais como a concorrência desleal e o plágio industrial, aptos a causar prejuízos ao consumidor, explicita o princípio da lealdade publicitária.

4 PUBLICIDADE ABUSIVA

A regulamentação acerca da publicidade abusiva foi uma das inovações trazidas pela Lei 8.078/1990, o que conferiu certo pioneirismo ao Brasil, na perspectiva do Direito Comparado.

Trazendo à tona a ideia de exploração ou opressão do consumidor, segundo o art. 37, § 2º do CDC, a publicidade abusiva acentua sua vulnerabilidade, por ofender valores básicos de toda a sociedade, independentemente da veracidade de sua mensagem e de prejuízo econômico ao consumidor.

No intuito de contextualizar seu conceito, Guilherme Fernandes Neto (1999, p. 148) traz esclarecedora contribuição:

A publicidade abusiva, assim, é a publicidade desviada de qualquer dos princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor – em contraposição ao abuso do direito –, a saber, o princípio da função social e econômica, da proporcionalidade, da equidade e da boa-fé. É a manifestação do abuso do direito na publicidade com a deturpação do direito de livre manifestação do pensamento e/ou da livre iniciativa, cujos critérios de constatação serão os critérios de apuração do abuso do direito no CDC, em virtude da carga normativa dos princípios mencionados.

Nesse sentido, assim como as demais hipóteses de abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor, a publicidade abusiva caracteriza-se por conter um desvio em sua finalidade, e é esse o critério predominante utilizado pelo legislador para sua caracterização: o desvio de finalidade social e econômica.

O CDC utilizou-se da expressão publicidade abusiva de forma exemplificativa, elencando algumas modalidades básicas. Foram elas: a discriminatória; a que incita à violência; a que explora o medo; a que explora a superstição; a que se aproveita da deficiência do julgamento e inexperiência da criança; a que desrespeita valores ambientais; a que seja capaz de induzir comportamento prejudicial à saúde; e a que seja capaz de induzir comportamento prejudicial à segurança.

Considerando a fluidez do conceito de abuso de direito, de fato não teve escolha o legislador, na missão de disciplinar a publicidade abusiva, senão de compor um rol *numerus apertus*. Isso porque, ao conjugar-se os princípios gerais do CDC atinentes à publicidade, com os específicos para a constatação do abuso do direito (proporcionalidade, finalidade social e econômica, das relações de consumo, boa-fé e equidade), poder-se-á verificar, casuisticamente, outras publicidades abusivas não previstas no diploma legal.

Nessa mesma toada, conceituação interessante é a que vem sido proposta pela doutrina, a exemplo de Antônio Herman V. Benjamin (2013, p. 269), de que, tendo em vista a específica definição da publicidade enganosa, de induzir o consumidor em erro, pode-se afirmar, residualmente, que publicidade abusiva é toda aquela que, embora verdadeira, contraria o sistema valorativo da Constituição e das leis.

Registre-se, por fim, que não se pode dispensar a utilização, subsidiária porém^[3], dos princípios gerais do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, para a identificação de uma eventual abusividade em um anúncio publicitário. Tem-se, por exemplo, como norma, a exigência de respeito da atividade publicitária à intimidade, ao

interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar (art. 19).

4.1 Responsabilidade pelo dano

Honestere vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere.

Data à época do Direito Romano, constituindo um princípio basilar do direito, o dever de não lesar a ninguém, devendo o direito impor as consequências jurídicas aos infratores de suas normas.

Reza o Código de Defesa do Consumidor, no caput do seu artigo 7º, que todos aqueles que concorreram para o dano ao consumidor responderão solidariamente pela sua reparação. Isto é, serão responsabilizados, pela publicidade abusiva, todos aqueles que influíram para a ocorrência do dano por ela ocasionado. No mesmo sentido, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que determina em seu artigo 3º que tanto o anunciante, quanto a agencia de publicidade, quanto o veículo de divulgação, responderão perante os abusos ao consumidor[4].

Cabe neste momento uma análise caso das particularidades da responsabilidade de cada um, notadamente no que tange a necessidade de aferição do animus, ou seja, da existência de dolo ou culpa.

4.1.1 Fornecedor principal ou anunciante

O anunciante é o contratante da mensagem publicitária, é o primeiro interessado na sua divulgação, aquele que mais diretamente será beneficiado pela influência que a publicidade exercerá sobre o consciente dos consumidores.

O anunciante, além de se responsabilizar pelo fiel cumprimento do contrato[5], responde pelos possíveis danos decorridos da mensagem publicitária.

Sobre a natureza dessa responsabilidade, a doutrina e jurisprudência são unânimes em qualificá-la como objetiva, considerando a principiologia consumerista, e, notadamente, os artigos 7º e 12º do CDC.

Ainda que não houvesse disposição legal a respeito, o anunciante deveria ser responsabilizado objetivamente, uma vez que é o único que detém o conhecimento completo sobre o produto/serviço anunciado e, por óbvio, a posse dos melhores meios de prova.

Dessa forma, provada a existência do dano (ou a potencialidade efetiva de que o mesmo ocorra) e o nexo causal entre a publicidade e o mesmo, restam-se satisfeitas as condições para a reparação civil por parte do anunciante, cabendo ao mesmo apenas a possibilidade de desconstituir o nexo causal, provando que, ou não foi ele o causador do prejuízo, ou que o dano efetivamente não ocorreu (ou que não houve potencialidade lesiva).

No mesmo sentido, doutrina Rizzato Nunes (2005, p. 480):

Seguindo a regra geral da Lei 8.078/90, para a averiguação da abusividade do anúncio não há necessidade de exame do dolo ou da culpa do anunciante. Para que fique caracterizada a infração, basta que o anúncio em si comporte abusividade ou que na sua relação real com o produto ou serviço anunciado possa causar dano. Não há que fazer a pergunta a respeito de dolo ou culpa, porque, mesmo que esses elementos não se verifiquem, ainda assim o anúncio será tido como abusivo. A

responsabilidade do anunciante, de sua agência e do veículo é objetiva, e como tal será considerada.

A agência de publicidade é a que elabora diretamente a mensagem publicitária, recebendo as diretrizes diretamente do anunciante, ou seja, é a responsável mais diretamente ligada ao mesmo.

4.1.2 Agência de publicidade

A agência de publicidade é a que elabora diretamente a mensagem publicitária, recebendo as diretrizes diretamente do anunciante, ou seja, é a responsável mais diretamente ligada ao mesmo.

Existem basicamente duas teorias acerca do tipo de responsabilidade da agência publicitária. Uma, capitaneada por Rizzato Nunes, que alega ser a responsabilidade da agência, da mesma forma que a do anunciante, objetiva, e a segunda, mas não menos importante, que aduz ser a citada responsabilidade subjetiva, isto é, dependente da comprovação da culpa lato sensu.

Fundamentando a primeira teoria, a qual nós aderimos, tem-se o Código de Autorregulamentação Publicitária, que em seu artigo 45 aduz expressamente ser solidária a responsabilidade entre o anunciante e a agência, ressalvando apenas o veículo de comunicação, o qual estabelece algumas condições.

Artigo 45 - A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as

circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo:

a. o Anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade;

b. a Agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o Cliente Anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste Código; [...]

Dessa forma, tem-se que a agência, por ser a elaboradora da peça publicitária, deve ter o maior zelo ético no seu labor, sob pena de ser responsabilizada em conjunto com o anunciante. Essa situação está consonante com a principiologia protetiva do código consumerista, vez que o ente vulnerável não possui, em regra, meios para aferir a abusividade da publicidade.

Em caso de condenação da agência, poderá ser conferido o direito de regresso interno, caso provada a ausência de dolo/culpa da empresa publicitária, tudo em conformidade com o contrato entre o anunciante e a agência, que, no tocante à responsabilidade, somente tem valor inter partes, como, em regra, se infere da força vinculante dos contratos.

Nessa toada, Rizzato Nunes (2009, p. 254) pontua que “a agência, como produtora do anúncio, responde solidariamente com o anunciante, independentemente do tipo de contrato que com ele tenha estabelecido, da mesma maneira como na publicidade enganosa”.

A segunda teoria, por sua vez, defende a solidariedade da responsabilidade, no entanto, limitada. Assim, considera subjetiva a

responsabilidade da agência, pois somente será responsabilizada em caso de comprovação de dolo ou culpa, isto é, quando comprovada sua prévia ciência da abusividade do anúncio.

Em defesa dessa teoria, tem-se a processualista Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 367):

 Não se exclui, porém, considerando-se a regra geral da solidariedade adotada pelo CDC, a responsabilidade da agência e do próprio veículo. Para esses agentes do fenômeno publicitário, adotamos, como veremos em seguida, a tese da responsabilidade solidária limitada. [...] Já a agência e o veículo só são coresponsáveis quando agirem dolosa ou culposamente, mesmo em sede civil. [...]

Data vênia, em que pese o peso da ilustrada doutrinadora, preferimos optar pela tese da responsabilidade objetiva da agência publicitária, em função da necessidade da tutela do hipossuficiente, fim máximo do microsistema do consumidor.

4.1.3 Veículo de comunicação

Segundo o texto legal, são veículos de divulgação “(...) quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe (...)”. Logo, podem incluir-se exemplificativamente jornais, revistas, estações de rádio, TVs, entre outros.

Desse modo, a regra é que cada um responda por seus próprios atos, em responsabilidade direta, sendo necessário, para que se responda indiretamente por fatos de outrem, um vínculo jurídico entre o causador direto do dano e aquele que não concorreu diretamente para o mesmo, mas se verá alcançado pelo nexos de imputação.

Assim, no tocante à responsabilidade, não há maiores controvérsias, tendo em vista entendimento pacífico de ser subjetiva, dependendo da comprovação do conhecimento quanto à abusividade, ou da negligência quanto a alguma conduta imposta ao veículo.

Em que pese a própria racionalidade, no que se refere à impossibilidade de se responsabilizar objetivamente um ente pelos danos causados pela peça publicitária, de cuja produção sequer participou, o já referido Código de Autorregulamentação Publicitária dispõe expressamente a respeito:

Artigo 45 - A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, **bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo:** c. este Código recomenda aos Veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios. Poderá o veículo: c.1) recusar o anúncio, (...) e. **a responsabilidade do Veículo será equiparada à do Anunciante** sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de

recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR. (grifo nosso)

Dessa forma, apesar da existência de posicionamentos doutrinários em contrário, a menos que ocorra a causa ressalvada no referido Código, de ter sido recomendado oficialmente pelo CONAR a não exibição do anúncio, hipótese em que a responsabilidade será objetiva, a responsabilização pelos danos ocasionados pela peça publicitária, no que se refere ao veículo de comunicação, deverá ser sempre dependente da comprovação de dolo ou culpa.

4.1.4 Celebridade

Celebridade é toda pessoa de grande notoriedade, amplamente conhecida por seus feitos, sejam eles artísticos, ou de qualquer outra natureza.

Embora a discussão a seu respeito ainda seja tímida na doutrina e na jurisprudência, defende-se que, em determinados e excepcionais casos, é possível a responsabilização da celebridade que empresta sua imagem à publicidade, tudo em conformidade com o ambiente protecionista do CDC.

Dessa forma, somente constatando-se o efetivo conhecimento da abusividade (dolo), ou que a mesma deveria saber (culpa), cabe-se a responsabilização da notória preposta.

Ora, não se poderia tratar de outra maneira, tendo em vista a irrazoabilidade de se exigir que uma pessoa natural, com todas as limitações técnicas comuns, deva ser responsabilizada objetivamente por um dano que um ser humano médio não poderia ter auferido previamente.

Considerando a celebridade como um agente integrante da relação de consumo, segue trecho doutrinário:

“A celebridade deve ser vista pelo Direito como sendo mais uma integrante da cadeia de consumo, figurando ao lado de todos os outros agentes, inclusive o consumidor, devendo, portanto, serem a ela aplicadas todas as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, principalmente no tocante a responsabilidade em caso de danos aos consumidores.” (GUIMARÃES, apud, OLIVEIRA, 2010)

Dessa forma, salienta-se o caráter consumerista da relação Celebridade-Consumidor, tendo em vista, tanto o aspecto mais fraco do polo hipossuficiente, quanto a potencialidade de influência que, não se pode negar, tem uma pessoa pública, podendo claramente causar severos danos ao consumidor comum.

4.2 Sanções Administrativas

Sem prejuízo das sanções penais e civis que incidem, em regra, sobre todo aquele que, cometendo um ato ilícito, viole direito de outrem, ou lesione um bem jurídico protegido pelo ordenamento, o Estatuto Consumerista colaciona diversas sanções administrativas que poderão incidir diretamente no fornecedor que proporcionar a veiculação da publicidade abusiva.

4.2.1 Multa

A sanção da multa^[6] consiste em uma obrigação de pagamento de valor em pecúnia devido a prática do ilícito. Em caso de ocorrência de uma

publicidade abusiva, o órgão administrativo (ou o próprio Poder Judiciário, se chamado a atuar através de, por exemplo, uma ação civil pública) imporá multa pelo dano ou potencial lesivo da peça publicitária. Como se nota, a referida sanção tem caráter essencialmente punitivo.

4.2.2 Advertência

A pena de advertência consiste na sanção mais branda estabelecida no código, tendo em vista seu caráter mais aconselhativo que sancionador. Consiste em uma notificação, normalmente previa a outra sanção mais grave, na qual se apela para o bom senso do patrocinador da peça publicitária abusiva.

4.2.3 Remoção ou sustação da publicidade

A remoção ou sustação da publicidade é a pena que tem condão de obstar a veiculação da publicidade ilícita. É a sanção que mais se coaduna com o microsistema consumerista, tendo em vista que de nada adiantaria multar, por maior que fosse a multa, se não fosse cessado a causa do dano. Vale ressaltar que essa sanção em nada se relaciona com a censura prévia, tão rechaçada pela ambiência constitucional pós-88. Assim, somente a publicidade que já produziu dano, ou que tem real potencialidade de produzi-lo, é alvo da referida sanção, jamais a publicidade que ainda não produzida.

4.2.4 Contrapropaganda

Por todo o exposto no trabalho, e considerando a ótica da relação de consumo sobre a qual se insere a noção de publicidade, melhor que conceituada como “contrapublicidade”. Embora com o erro técnico do legislador, o CDC dispõe ser a obrigação imposta ao fomentador da

publicidade ilícita de veicular outra publicidade, com fito a dirimir o dano causado pela primeira na consciência dos consumidores.

Conforme conceitua Antônio Herman V. Benjamim (2005, p. 357):

A contrapropaganda nada mais é do que uma publicidade obrigatória e adequada que se segue a uma publicidade voluntária, enganosa ou abusiva. Seu objetivo é ‘lavar’ a informação inadequada da percepção do consumidor, restaurando, dessa forma, a realidade dos fatos.

De acordo com o texto legal, para ser efetiva, a contrapublicidade deve ser levada a cabo da mesma forma que a publicidade ilícita a qual visa reparar. Isto é, deverá ser veiculada no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva, sempre à custa do anunciante.

A doutrina costuma ressaltar o caráter educativo que a referida sanção possui, tendo em vista que visa, principalmente quando a publicidade infratora afronta ou deturpa valores éticos, sociais ou morais, a reeducar a população quanto ao tema dantes deturpado. Nesse sentido, Jacobina (2002, p. 101):

[...] preferimos ressaltar o aspecto cautelar e educativo da contrapropaganda, ao invés do seu caráter punitivo, [...] e a definiríamos como a sanção cautelar, imponível administrativamente, mediante procedimento adequado,

independentemente das sanções judiciais porventura cabíveis, que visa a desfazer ou impedir os efeitos danosos da publicidade enganosa ou abusiva, pela veiculação de mensagem educativa aos consumidores, às expensas do fornecedor, e de preferência no mesmo veículo, local, espaço ou horário anteriormente utilizados, de forma a desfazer o malefício da publicidade ilícita.

Aqui, cabe a lembrança do caso já discutido, relativo ao anúncio publicitário veiculado pela instituição de ensino Centro de Educação Integrada – CEI Mirassol, onde ocorreu, embora espontaneamente, a veiculação de uma verdadeira contrapublicidade, nos moldes do art. 60, § 1º do CDC.

Dessa forma, a sociedade potiguar foi reeducada quanto a um tema tão sensível, qual seja, a discriminação social recorrente, que determina ser o indivíduo exercente de determinada profissão “superior” a outrem que labuta em uma área não tão valorizada, algo que deve ser combatido na formação educacional das crianças e jovens, e não incentivado mediante veiculação televisiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, sem a mínima pretensão de ter-se exaurido o tema, vê-se que o tema da publicidade abusiva deve ser cada vez mais tratado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, haja vista a necessidade, por imperativo constitucional, de se tutelar o consumidor, de se garantir que a publicidade vista pela sociedade seja um anúncio não só verdadeiro, mas

também ético, moral, edificador, e que não promova a discriminação e o preconceito, por exemplo.

Assim, espera-se que seja efetivada a solidariedade, os bons costumes, a fraternidade, mesmo em um ambiente onde, em tese, seria o lucro a bússola mor, tendo em conta esses outros valores ainda mais caros à construção da sociedade que tanto almejamos.

REFERÊNCIAS

BENJAMIM, Antônio Herman V.. Oferta e publicidade. In: BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**: Rev., atual. e ampl. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 235-274.

_____ et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

FERNANDES NETO, Guilherme. **O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor**: Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p 148.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Campo de Aplicação do CDC**. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 110 e 111.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005..

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Josinaldo Leal de. **A função social da celebridade**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12404>>. Acesso em: 25 de julho de 2015.

NOTAS:

[1] Aprovado no III Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em São Paulo em 1978, o Código resultou de um demorado e extenuante trabalho de um grupo de publicitários que, por mais de um ano, estudou e pesquisou a ética da Propaganda no Brasil e no Exterior. Seu objetivo era o de encontrar uma alternativa entre dois extremos: por um lado, a ausência total de regulamentação, que permite práticas desordenadas em prejuízo da sadia competição entre anunciantes e agredindo os justos direitos do consumidor, e por outro, o de se delegar totalmente a função regulamentar aos governantes, cujas estruturas executivas e legais nem sempre demonstram entender a função, o valor e as sutilezas da publicidade comercial. Assim, tem-se uma atividade voluntária da indústria da propaganda, a partir de uma conscientização para a necessidade da autodisciplina que abrange quatro pontos básicos: a. estabelecer as regras éticas para a indústria publicitária; b. permitir uma ação efetiva para antecipar a controvérsia; c. estabelecer um esquema de solução de queixas

e disputas fora do apelo ao Poder Público; d. garantir a solução pronta, veloz e objetiva das queixas, das reclamações e das disputas."

[2] CDC, Art. 6º São direitos básicos do consumidor: IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

[3] CBAP, Artigo 16 - Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

[4] Vale lembrar que o ônus da prova, no que se refere a publicidade, cabe sempre a quem a patrocina. É caso do que a doutrina chama de inversão do ônus da prova *ope legis*, incontinenter, não dependendo da ocorrência de nenhuma condição. "Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina."

[5] O CDC confere à oferta natureza jurídica contratual, por meio do efeito vinculativo consolidado no momento em que o consumidor toma conhecimento do ofertado, firmando-se o contrato na ocasião da manifestação do interesse de adquirir o produto.

[6] CDC, art. 57 - A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo,

revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

BREVES NOÇÕES DA TEORIA GERAL DOS TÍTULOS DE CRÉDITO PARA ANÁLISE DA LETRA DE CÂMBIO

LUIS FELIPE HATJE: Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG É Vice-Presidente do Conselho da Comunidade da Vara de Execuções Criminais da Comarca do Rio Grande/RS. Realizou intercâmbio na Faculdade de Direito, da Universidade de Coimbra (UC), em Portugal. Experiência em projetos de extensão e pesquisa com ênfase no Cooperativismo, Economia Popular Solidária, Execução Penal, Direitos Humanos, Gênero, Questões Decoloniais e Sistema Penitenciário.

Resumo: O presente artigo discorre acerca dos títulos de crédito, importante mecanismo do Direito Cambiário, que possibilitou estabilidade nas relações econômicas a partir da regulamentação das relações relativas a valores e mercadorias. A noção de crédito e o desenvolvimento de garantias para o futuro recebimento numerário efetivaram a facilidade para que pudessem ser efetivadas transações comerciais. A pesquisa compactada no artigo discorre sobre a evolução histórica, a conceituação e um pequeno esboço da teoria dos títulos de crédito. Para que, por derradeiro, possamos analisar um dos títulos, a letra de câmbio, demonstrando a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo fará a utilização de importantes civilistas da contemporaneidade, do Código Civil e da minuciosa análise da legislação especial que regulamenta o Título de Crédito escolhido.

Palavras-Chave: Direito Cambiário; Títulos de Crédito; letra de câmbio.

INTRODUÇÃO

Título de crédito, consoante a definição do ilustre Cesare Vivante, “é o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado”. Este conceito é aceito pela unanimidade da doutrina de Direito Comercial (COELHO, 2011), pois abarca os elementos principais da matéria cambial. Além disso, coincide com o conceito adotado no art. 887 do Código Civil: "o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei." Nestes conceitos estão circunscritos referências aos princípios básicos da disciplina do documento, quais sejam: cartularidade, literalidade e autonomia, de forma que se possa apresentar a teoria geral do direito cambiário.

Existem diversas espécies de títulos de crédito no Brasil, todos eles regulados por legislação específica. As modalidades mais importantes que garantem a grande maioria das operações de crédito no mercado brasileiro são: letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicata. A matéria será desenvolvida com enfoque na Letra de Câmbio, o mais antigo e importante título de crédito.

1. CARACTERÍSTICAS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

As “Disposições Gerais” do Código Civil reproduzem a definição clássica de Vivante, dispondo o art. 887 que o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

No art. 903, como que reforçando a afirmação contida no artigo supracitado, o Código estabelece que os títulos de crédito regem-se pelo disposto neste Código, salvo disposição diversa em lei especial. Desta forma, o título de crédito só produzirá efeitos se preenchidos os requisitos contidos em lei especial e, não dispondo a lei especial sobre determinada questão, aplicar-se-á o Código Civil. Portanto, uma coisa exclui a outra. Prevalece na hipótese a disposição da lei especial. Só quando esta nada dispôr sobre a questão é que prevalece a disposição do Código Civil.

Trabalhando ainda aspectos conceituais, torna-se imprescindível abordar os elementos do crédito, destacando a confiança e o tempo. O crédito irá se fundar de uma relação de confiança entre dois sujeitos, um credor e um devedor, assegurando uma promessa de pagamento. Assim como a temporalidade, tendo em vista que o sentido do crédito será o pagamento futuro combinado.

Todos eles absorvem o elemento crédito que equivalem tanto à confiança quanto ao tempo. O credor acredita, confia, no devedor e lhe dá tempo para liquidar a obrigação decorrente. Não havendo esses dois requisitos, confiança e tempo, não haverá crédito. Sem crédito não há que se falar em título de crédito. Como veremos a seguir:

Os dois elementos (*confiança e tempo*) não existem separados no *crédito*. Se não confio no devedor, esse não tem crédito. De outra forma, se confio no devedor, mas não lhe dou tempo para liquidar a obrigação, também não há crédito. Logo, os dois elementos devem estar juntos para que exista crédito (COSTA, Willie Duarte; p. 25)

O título sendo um documento irá reportar a um fato, sendo assim será a prova de uma relação jurídica, especificamente de uma relação de crédito. O documento é a prova de que uma ou mais pessoas são credoras de um ou mais devedores, a partir de obrigações creditícias.

Por mais que os títulos de crédito não sejam os únicos documentos representativos de direito e obrigações, como apólices de seguros, livros mercantis ou sentenças judiciais, estes se distinguem dos demais documentos disciplinados pelo direito por três aspectos. Os títulos de crédito dizem respeito **unicamente a relações creditícias**, eles não documentam nenhuma outra obrigação. Além disso, **facilmente pode haver a cobrança de crédito em juízo**, a lei processual o define como título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, I), a executividade possibilita que o credor possa promover a execução judicial do seu direito sem a necessidade de ação de conhecimento, que normalmente é morosa. E por fim, **ostenta o atributo de negociabilidade**, a partir de sua disciplina jurídica é possível que haja uma mais fácil circulação de crédito, a negociação do direito nele mencionado. Nesse sentido a fundamental

diferença entre o regime cambiário e os outros documentos do regime civil está relacionada a facilidade do credor encontrar terceiros interessados em antecipar-lhe o valor da obrigação em troca da titularidade do crédito.

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Do conceito de título de crédito de Viviente, podem ser depreendidos três princípios que informam o regime jurídico-cambial, que são fatores essenciais de caracterização do mesmo: cartularidade, literalidade e autonomia.

A **cartularidade** representa a materialização do título de crédito em forma de cédula, que será o documento em que se lançaram os atos cambiários constitutivos de crédito. Como foi exposto o título de crédito é o instrumento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele existente, assim somente quem exhibe a cédula original pode pretender a satisfação de uma pretensão de uma prestação relativamente ao título ao direito documentado pelo título. O princípio da cartularidade garante que o sujeito que postula a satisfação do direito é mesmo seu titular. O princípio é excepcionado, em parte, em relação às duplicatas

Conforme o princípio da **literalidade** a existência do título de crédito é regulada pelo seu conteúdo, assim somente produzirão efeitos jurídico-cambiais os atos lançados no próprio título de crédito, qualquer

outra obrigação documentada em instrumentos apartados, mesmo que válidos e eficazes entre os sujeitos diretamente envolvidos, não produzirão efeitos perante o portador do título.

Segundo Oliveira, o princípio da literalidade pode ser resumido a partir de um duplo ponto de vista:

Em primeiro lugar, segundo esses princípios, o título, para valer como tal, deve se adequar à *forma legal*, isto é, deve conter todos os requisitos exigidos por lei. Em segundo lugar, significa que vale o que está no título, mas só aquilo, isto é, a determinação da existência, conteúdo, e limites do direito que está exclusivamente no conteúdo do título (OLIVEIRA, Jorge Alcibiades Perrone de; p. 24).

A partir da literalidade, é garantido ao devedor que até a data do vencimento não lhe será exigido obrigação cambiária em valor superior ao que está literalmente expresso documentalmente. Doutro modo, o credor tem a garantia de que o devedor, na data aprazada, lhe pagará a efetiva quantia expressa no título de crédito, sob pena de incorrer em juros, multa, honorários advocatícios, etc.

Assim como no princípio da cartularidade, a literalidade não se aplica inteiramente a disciplina da duplicata.

O princípio da **autonomia** das obrigações documentadas no título de crédito é o mais importante princípio do direito cambial. Conforme esse princípio, quando um título documenta mais de uma obrigação, a eventual invalidade de qualquer delas não prejudica as demais. Assim caso haja vícios que comprometam a validade de uma relação jurídica, documentada em título de crédito, estes não se estenderão às demais relações abrangidas no mesmo documento.

Para Fabio Ulhoa o princípio da autonomia das obrigações cambiais compreende dois subprincípios: abstração e inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé. Conforme o subprincípio da abstração, o título de crédito ao ser posto em circulação passa a estar desvinculado da relação fundamental que lhe originou. Nota-se que a abstração somente se verifica quando o título circula, ou seja, só quando ele é transferido para terceiros de boa-fé há o desligamento entre o documento cambial e a relação em que teve origem. Dessa forma, há a impossibilidade de o devedor exonerar-se de suas obrigações cambiárias, perante terceiros de boa-fé, em razão de irregularidades, vícios ou nulidades de qualquer ordem que contaminem a relação fundamental.

E o subprincípio das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé garante que o executado em virtude de um título de crédito não pode alegar, em seus embargos, matérias de defesa estranha à sua relação direta com o exequente, somente se comprovar a má-fé dele. Ou seja, são inoponíveis aos terceiros de boa-fé. O conhecimento, pelo terceiro, da existência de fato

oponível ao credor anterior do título já é suficiente para caracterizar a má-fé.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Os títulos de crédito podem ser classificados segundo quatro critérios: quanto ao modelo, quanto à estrutura, quanto à estrutura, quanto às hipóteses de emissão, quanto à circulação.

Com relação ao modelo, os títulos de crédito podem ser vinculados ou livres. Vinculados são aqueles títulos que só produzem efeitos cambiais quando atendem ao padrão exigido por lei, como por exemplo, os cheques e as duplicatas. E os livres são os títulos que não possuem padrão de utilização obrigatória, desde atendidos os requisitos legais, pertencem a essa categoria a letra de câmbio e a nota promissória.

Quanto à estrutura, os títulos de crédito podem ser ordem de pagamento ou promessa de pagamento. A ordem de pagamento compreende os títulos que, quando de sua emissão, envolvem três situações jurídicas distintas, a do sacador, a do sacado e a do beneficiário. O sacador ordena que o sacado pague ao beneficiário determinada importância em determinada data. Atentemo-nos para o fato de que não é o sacador (que emite o título) que entrega o valor ao beneficiário, mas sim o sacado. Cheque, duplicata e nota de crédito são exemplos. Por promessa de pagamento entendem-se os títulos que, quando de sua emissão, envolvem

duas situações jurídicas: o promitente e o beneficiário. O promitente promete entregar ao beneficiário, em certa data, determinada importância. Veja que, nessa classe de títulos de crédito, quem entrega a importância ao beneficiário é o próprio promitente (que emitiu o título).

Quanto à sua natureza, os títulos de crédito podem ser: causais e não causais ou abstratos. Os causais estão vinculados à sua origem, só nascem a partir de situações específicas, e como tais são considerados imperfeitos ou impróprios. São considerados títulos de crédito uma vez que podem circular mediante endosso. São exemplos a cédulas de crédito, duplicata mercantil, warrant. Os não causais ou abstratos são considerados os mais perfeitos dos títulos de crédito, uma vez que não se indaga a sua origem. São dessa categoria o cheque e a nota promissória.

Quanto à circulação, os títulos de crédito podem ser: ao portador, nominativos à ordem ou ainda nominativos não à ordem. A diferença entre elas reside no ato que opera a circulação do crédito. Nos títulos ao portador não se revela o nome do credor. A circulação se opera pela tradição manual do título, ou seja, basta a entrega da cártula, para que se transfira a titularidade do antigo para o novo credor. Já o nominativo à ordem são os emitidos em favor de pessoa determinada, transferindo-se por endosso. Nos nominativos não a ordem também há identificação do credor, mas circula por cessão civil de crédito.

4. TÍTULO DE CRÉDITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No Código Civil de 2002, dos artigos 887 ao 926, estão as normas sobre os títulos de crédito, todavia estas só serão aplicadas quando forem compatíveis com as disposições constantes de lei especial ou estas forem inexistentes, conforme o artigo 903 do Código Civil. As normas presentes no código civil não afastam, tampouco revogam a incidência da Lei Uniforme de Genebra, da Lei do Cheque, da Lei das Duplicatas, do Decreto Lei número 1.103/1902 3 e dos demais diplomas legislativos que disciplinam algum título particular. A princípio somente quando a lei criar um novo título de crédito e não o disciplina completamente terá aplicação as previsões do Código Civil.

No artigo 887 do Código Civil está expresso o conceito de título de crédito como “documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido”, bem como é imposto o formalismo para a eficácia do título no regime cambial, impondo-se o princípio da legalidade, conforme parte final do mesmo artigo: “somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”.

Já no artigo 888/CC a lei direciona a norma inerente ao formalismo típico do regime cambial, impondo que “a omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem”. É importante salientar que referido artigo nos faz refletir sobre a autonomia do título de crédito em relação ao negócio jurídico fundamental, que lhe deu origem.

O artigo seguinte, 889/CC, traz os requisitos essenciais dos títulos de crédito, quais sejam: data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere e a assinatura do emitente. Também são importantes as regras inseridas por tal artigo no que diz respeito à data e ao vencimento do título, pois quando no título não houver indicação da data de vencimento, tem-se que o título é “à vista”, e se não indicado no título o lugar de emissão e de pagamento, irá se considerar como lugar de emissão o domicílio do emitente.

Outro artigo importante é o 891/CC, pois possibilita a existência de título não completamente preenchido ao tempo da emissão, sendo que, ocorrendo tal hipótese, o mesmo deve ser preenchido de acordo com o que foi ajustado entre as partes, sendo que eventual descumprimento, quando do preenchimento do título incompleto, do ajustado entre as partes originais não constitui motivo de oposição ao 3º portador do título, salvo se esse adquiriu o título agindo de má-fé.

5. LETRA DE CÂMBIO

Examinaremos a seguir a letra de câmbio, fazendo referência apenas aos seus aspectos específicos. Deste modo, o estudo desse título faz-se de modo simultâneo com o dos preceitos gerais atinentes à composição do crédito cambiário. Considerando as especificidades de cada título, esses preceitos gerais destinam-se à nota promissória, ao cheque, às duplicadas e a outros títulos de créditos.

A letra de câmbio é disciplinada pelo Decreto nº 2.044 de 1908, nas partes não derogadas; no Decreto nº 57.663 de 1966, que introduziu no Direito brasileiro a Lei Uniforme da Convenção de Genebra de 07 de junho de 1930, constante do Anexo I, excetuados alguns artigos do Anexo II. Tanto a lei brasileira nº 2.044, como a Lei Uniforme tratam da Letra de Câmbio e da Nota promissória, chamados de títulos cambiários ou cambiais, que embora sejam títulos distintos, possuem muitos princípios em comum.

Assim como o cheque e a duplicata mercantil, a letra de câmbio é uma ordem de pagamento. Uma pessoa dá a ordem de pagamento, determinando que certa quantia seja paga para outra pessoa. Podem ser identificados os “intervenientes” ou participantes da Letra. Em primeiro lugar, tem-se a o sacador, que é aquele que dá a ordem de pagamento, que determina que certa quantia seja paga por uma pessoa a outra, é quem cria a letra. Em segundo lugar, observamos a pessoa a quem a ordem é dirigida, o sacado, que deverá, dentro de condições estabelecidas, realizar o pagamento ordenado. Por fim, temos a situação jurídica do tomador ou beneficiário da ordem de pagamento, é a pessoa a quem a letra, originalmente, deve ser paga. Simplificando: há o sacador que emite a letra de câmbio, entregando-a ao tomador (credor), para que este receba do sacado (devedor). Essas três situações jurídicas surgem com a prática de um ato cambial denominado “saque”.

Podemos conceituar a letra de câmbio como sendo o saque de uma pessoa contra outra, em favor de terceiro. É uma ordem de pagamento, à

vista ou à prazo, que o sacador dirige ao sacado, seu devedor, para que, em certa época, este pague certa quantia em dinheiro, devida a uma terceira, que se denomina tomador. Quando à prazo, o sacado deve aceitá-la, firmando nela sua assinatura de reconhecimento: é o “*aceite*”. Nessa ocasião, o sacado se vincula na relação jurídico-material, obrigando-se ao pagamento.

Como dito anteriormente, a relação se estabelece entre três pessoas: o sacador, o sacado e o tomador. No entanto, a lei faculta que uma mesma pessoa ocupe mais de uma dessas situações. Nada impede que a letra de câmbio possa ser sacada em benefício do próprio sacador ou o sacador seja a mesma pessoa do sacado, conforme estabelece o artigo 3º da Lei Uniforme.

A letra de câmbio, devido ao seu caráter formal, requer determinados requisitos essenciais, indispensáveis à produção, pelo instrumento, dos efeitos cambiais previstos por lei. Na falta de algum desses requisitos não se pode aplicar a disciplina do regime jurídico-cambial, ou seja, a letra de câmbio deixará de ser uma letra de câmbio. Assim, ela deve trazer: I. denominação “letra de câmbio” no seu contexto; II. a quantia que deve ser paga, por extenso; III. o nome da pessoa que deve pagá-la, o sacado; IV. O nome da pessoa que deve ser paga (tomador); e V. assinatura do emitente ou do mandatário especial, o sacador.

Dispõe o art. 2º, segunda alínea, da Lei Uniforme, que a época do vencimento deve, também, constar da letra, mas, à sua falta, não se

descaracterizará o instrumento como título de crédito porque a lei dispõe que, neste caso, a letra será à vista.

Cabe ressaltar que o sacado de uma letra de câmbio não tem nenhuma obrigação cambial pelo simples fato de o sacador ter-lhe endereçado a ordem de pagamento. Haverá vinculação ao pagamento do título somente se anuir em receber à ordem que lhe é dirigida. Nada o obriga a aceitar a letra de câmbio, nem sequer a prévia existência de obrigação perante o sacador ou o tomador. O sacado somente assumirá obrigação cambial, pelo aceite, se o desejar. O ato praticado pelo sacado quando concorda em acolher a ordem incorporada pela letra se denomina " aceite ". É o aceite ato de sua livre vontade (COELHO, Fabio Ulhoa; p. 247).

Procede-se o aceite através de simples assinatura do sacado lançada no anverso do título, podendo ser firmado também no verso, se estiver identificado o ato praticado pela expressão " aceite " ou outra expressão esclarecedora.

Vale dizer que a falta de aceite não resulta na extinção da letra de câmbio. O sacador permanece o responsável e o sacado nenhuma obrigação assumiu em relação ao título, mesmo que haja a menção de seu nome na letra. No caso de o sacado ao receber a letra de câmbio para o aceite não a devolve, retendo-a indevidamente, está sujeito à prisão administrativa, bastando para isso o requerimento do juiz.

Trata-se de medida coercitiva, de natureza civil, destinada a forçar a restituição da letra ao seu portador legitimado. Não é sanção penal e, por isso, deve a prisão ser imediatamente revogada na hipótese de devolução ou pagamento do título ou, ainda, se não for proferido julgamento em 90 dias a contar da execução do mandado de prisão (COELHO, Fabio Ulhoa; p. 219).

Importante, ainda, referir que, sendo a letra de câmbio um título de crédito, perfeitamente admissível é o endosso. Segundo COELHO, a letra de câmbio é título sacado, em regra, com a cláusula "à ordem". Isto significa que o seu credor pode negociar o crédito por ela representado mediante um ato jurídico trasladador da titularidade do crédito, de efeitos cambiais, chamado endosso. Conceitua-se, então, endosso como o ato cambiado que opera a transferência do crédito representado por título "à ordem". É claro, a alienação do crédito fica, ainda, condicionada à tradição do título, em decorrência do princípio da cartularidade. (COELHO, Fabio Ulhoa; p. 250).

O primeiro endossante será sempre o tomador; o segundo endossante é o endossatário do tomador e assim sucessivamente. Não há qualquer limite para o número de endossos, podendo ele ser endossado diversas vezes, como pode, naturalmente, não ser endossado.

Pode-se falar em duas espécies de endosso, quais sejam "em branco" e "em preto". O primeiro não identifica o endossatário e o segundo o identifica. O endosso deriva tão somente da assinatura do credor do título lançado no seu verso, podendo ser feita sob a expressão "pague-se a João Carlos", referindo-se ao endosso em preto, ou simplesmente "pague-se" ou outra expressão equivalente, nesse caso, endosso em branco.

É importante advertir que poderá, também, o endosso ser feito no anverso do título, não obstante, neste caso, é imperiosa a identificação do ato cambiário praticado, isto é, não poderá o endossante se limitar a assinar a letra.

Para COELHO, em regra, são dois os efeitos produzidos pelo endosso: transferência da titularidade do crédito representado na letra, do endossante para o endossatário; e vinculação do endossante ao pagamento do título, na qualidade de coobrigado, conforme profere o artigo 15 da Lei Uniforme. Vale lembrar que há endossos que não produzem um ou outro dos efeitos mencionados (COELHO, Fabio Ulhoa; p. 250).

Sendo título de crédito, pode a letra de câmbio receber aval. O avalista é responsável da mesma forma que o seu avalizado, como expressa o art. 32 da Lei Uniforme. Isto quer dizer que o avalista responde pelo pagamento do título perante o credor do avalizado e, realizado o pagamento, poderá voltar-se contra o devedor. O pagamento de uma letra de câmbio pode ser feito de forma total ou parcial, garantido por aval. Através desse ato cambial de garantia o avalista garante o pagamento do

título em favor do devedor principal ou de um coobrigado. O devedor em favor de quem foi garantido o pagamento do título é chamado de avalizado.

Pelo pagamento, extinguem-se uma, alguma ou todas as obrigações representadas por um título de crédito. Se o pagamento é feito por um coobrigado ou pelo avalista do aceitante, são extintas a própria obrigação de quem pagou e mais as dos coobrigados posteriores; se o pagamento é feito pelo aceitante da letra de câmbio, extinguem-se todas as obrigações cambiais. (COELHO, Fabio Ulhoa; p. 262).

Lembramos, por fim, que o endosso não pode ser parcial, é integral, e que o aceite e o aval podem ser parciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, podemos inferir que os títulos de crédito, como produtos da prática mercantil e da doutrina jurídica, constituem o instrumento de maior relevância e eficácia no âmbito comercial, de maneira a promover e facilitar a circulação de créditos e dos respectivos valores a estes inerentes, e, conseqüentemente, propiciando a garantia de maior segurança das atividades econômicas empresariais.

De tal modo, torna-se inquestionável sua fundamental importância para a evolução do direito comercial moderno, tendo em vista a celeridade com que os títulos de crédito oferecem aos negócios, que, ao certo, sem a

sua ajuda especial, não poderiam ser realizados na quantidade em que se realizam. Aí, pois, indubitavelmente, a importância dos títulos de crédito, mesmo nos dias atuais.

Cumpra, portanto, recordar o conceito do mestre Cesare Vivante: “*título de crédito é um documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado*”.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de Janeiro de 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa; **Curso de Direito Comercial** – v. 1: direito de empresa. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Willie Duare. **Títulos de Crédito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 5ª tiragem.

MARTINS, Fran. **Títulos de Crédito**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

OLIVEIRA, Jorge Alcibiades Perrone de; **Títulos de Crédito**. 2. ed.
Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, v 1.

PAIF: IMPACTOS, CONTRAPONOS E BENEFÍCIOS DAS PESSOAS EM ACOMPANHAMENTO NO CRAS

ISMAEL DE CÓRDOVA: Bacharel em Direito - Unesc/2010. Pós graduando em gestão empresarial e gestão de Pessoas Fucap/2012. Conselheiro de Direitos da Criança e Adolescente de Criciúma/SC - 2012. Coordenador de Projetos - Prefeitura Municipal de Criciúma/SC - 2012. Coordenador do Diagnóstico da realidade da criança e adolescente do município de Criciúma/SC - 2012.

RESUMO: Este artigo produzido esclarece, sem dar um fim definitivo de conceito, as relações do papel do PAIF – (Serviço de Proteção e Atendimento Integral a Família) e seu impacto na vida das pessoas em acompanhamento no CRAS e suas analogias integradoras para com as outras políticas em atuação. Nos papéis dos técnicos, e das afinidades que se estabelecem de maneira multidisciplinar, entre famílias, sociedade, técnicos e especialistas envolvidos.

Palavras chaves: PAIF. CRAS. Famílias. Assistência Social.

Abstract: This article produced accounts without giving a definitive end concept, the relationship of the role of PAIF - (Protection Service and Customer Integral Family) and its impact on people's lives followed at CRAS and its integrative analogies to with other policies in acting. The roles of technicians, and the affinities that are established in a multidisciplinary way , between families , society and technical experts involved .

Key words : PAIF . CRAS . Families. Social assistance.

INTRODUÇÃO

Sem esgotar todas as possibilidades de investigação sobre o determinado assunto, vem-se através deste artigo, identificar o papel do PAIF – (Serviço de Proteção e Atendimento Integral a Família) e seu impacto na vida das pessoas em acompanhamento no CRAS e suas relações integradoras para com as outras políticas em atuação.

Destarte[1], devido as mais diversas possibilidades de instrumentalização e prática discutida por grandes autores, é de extrema importância relatar a sensibilidade ao se tratar sobre este objeto de estudo e práxis[2], devido sua enorme expansão por não mais vincular-se às abordagens de eixos independentes.

Mas sim contextualizando a família dentro de um processo, onde a etapa de sua construção não poderá ser somente isolado enquanto um único membro familiar, mas sim integral, com foco no acompanhamento, considerando assim a visita domiciliar como estratégia de intervenção que vem para assegurar a essas famílias medidas cabíveis a proteção e prevenção dentro de uma política pública de direitos.

Isto faz com que se reiterem todas as formas de percepções sociais por meio dos técnicos da política da assistência social buscando considerar o sujeito não somente em um conceito objetivo resolutivo, mas também subjetivo com suas múltiplas vulnerabilidades enquanto olhar social.

Por conseguinte[3], sem soluções definidas, e com mais perguntas que propriamente respostas, discorre-se este trabalho em fins de levantar perspectivas de aperfeiçoamento aos profissionais que atuam nesta área e que precisam no decorrer de uma política em construção entender o

processo técnico dentro de um olhar interdisciplinar e multidisciplinar para com as gestões setoriais de outras políticas públicas, compreendendo e cooperando por uma luta extraordinária de uma política de assistência social que engloba todas as outras políticas com limitações e pontos controversos frente a um sistema capitalista.

Pois segundo orientações técnicas do MDS as ações dos profissionais dos CRAS devem estar pautadas da seguinte forma: (...) provocar impactos na dimensão da subjetividade da política dos usuários tendo como diretriz central a construção do protagonismo e da autonomia, na garantia dos direitos com superação das condições de vulnerabilidade social e potencialidades de riscos (BRASIL, 2006, p.13).

Com base nessa introdução, segue-se dissertando o tema, objetivando encontrar meios e caminhos onde a política da assistência social passe a ser efetivamente uma política de direito, possibilitando aos usuários um pertencimento maior sobre seus direitos enquanto cidadão.

1 - UMA BREVE HISTÓRIA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL.

Seria deveras vaga tal explanação, sem em um primeiro momento neste artigo, fazer um breve resumo da história da Assistência Social no Brasil e sua finalidade legitimada em leis a sua funcionalidade, sem limitar suas infindáveis possibilidades de ação. De tal modo,

A assistência social, política pública não contributiva, é dever do Estado e direito de todo

cidadão que dela necessitar. Entre os principais pilares da assistência social no Brasil estão a Constituição Federal de 1988, que dá as diretrizes para a gestão das políticas públicas, e a Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), de 1993, que estabelece os objetivos, princípios e diretrizes das ações... O SUAS organiza a oferta da assistência social em todo o Brasil, promovendo bem-estar e proteção social a famílias, crianças, adolescentes e jovens, pessoas com deficiência, idosos enfim, a todos que dela necessitarem. As ações são baseadas nas orientações da nova Política Nacional de Assistência Social (PNAS), aprovada pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) em 2004... A transparência e a universalização dos acessos aos programas, serviços e benefícios socioassistenciais, promovidas por esse modelo de gestão descentralizada e participativa, vem consolidar, definitivamente, a responsabilidade do Estado brasileiro no enfrentamento da pobreza e da desigualdade, com a participação complementar da sociedade civil organizada, através de movimentos sociais e entidades de assistência social (MDS – gov.).

Prontamente, a Assistência Social não é por etimologia[4] assistencialismo não vinculativo ou funcional[5], mas dever do Estado, assegurando a todos o direito de ser cidadão em seus direitos e deveres irrevogáveis.

Assim, de tal maneira, partindo dessas proposições, fez-se a utilização desta contextualização histórica para apoiar o trabalho que se segue, assegurado nas leis e história da assistência social frente a um caráter que expresse uma política digna, porém pautada nos direitos do cidadão.

Em decorrência disso o usuário não mais precisa ser ajudado, mas sim sensibilizados de seus direitos buscando acessar suas vulnerabilidades com maior segurança, por meio das informações que irão viabilizar ao usuário acessar todos os caminhos que o levem a lutar por uma política de direito a ser efetiva em sua vida, onde em consequência de uma estrutura capitalista os leva diante de tais fragilidades desacreditarem nos meios e caminhos apresentados, mas considerando as clarezas das informações o mesmo se apropriara, concebendo para si a busca constante dos seus direitos.

Apresento então para você leitor dentro de toda esta conjuntura o serviço PAIF que veio para possibilitar a essas famílias um acompanhamento mais assíduo e coerente a sua realidade apresentada por meio da escuta qualificada e sociabilizando todas as formas de informações a serem colocadas a este usuário sobre responsabilidades dos técnicos que farão prover a este sujeito uma amplitude de pertencimento social e de todas as formas de garantia de direito.

Além dos limites que se apresentam no contexto deste serviço, acreditasse e lutasse por decorrência de tudo que foi explanado que se possa atuar de maneira efetiva na vida das famílias, não enquanto construção fechada sobre a realidade da família, mas dentro de uma estreita relação, em suas mais diversas características sejam elas sociais, econômicas ou políticas.

A socialização das informações está pautada no compromisso da garantia do direito à informação, como direito fundamental da cidadania. (Miotto; p. 05)

2 - PAIF: IMPACTOS E CONTRAPONOTOS

Como se tratar de básica, média e alta complexidade assistida, sem pensar nos mecanismos de base que fomentam o expoente[6] crescimento de problemas sociais, econômicos, políticos e culturais? Como pensar em assistir famílias em suas mais diversas complexidades culturais e mesmo de faixa etárias distintas, sem pensar a composição familiar holística?[7]

Por que – essencialmente - achar soluções teóricas ainda é mais importante que deixar a estrutura de assistência em estado de perfeitas condições de uso? Por que levantar teorias contundentes[8] e, todavia, partir na atuação insatisfatória de ajuda sem os devidos aparelhamentos de amparo e condições favoráveis de assessorar?

Desta forma, envolvimento de tais questões, permeia-se este trabalho, levando em conta algumas das divergências ao se apropriar de questões perigosamente fechadas.

Pois, se em detrimento[9] aos casos de leis fechadas e cadernos condutivos, o profissional do PAIF deve necessariamente perpassar programas estipulados e inoxidáveis[10] por estar trabalhando além de teorias; entrando e desbravando a cada dia pessoas, e não máquinas de programas predeterminados pelo sistema capitalista. Desta forma referencio Fernandes que apresenta como fala:

As transformações societárias vêm influenciando também, significativamente, as organizações públicas ou privadas que prestam serviços para atender a demanda produzida neste cenário marcado pela desigualdade social (Fernandesco, 2009, p. 209).

Fica-se aqui registrado que não é uma elucidação[11] que rejeita o mérito da construção teórica, pois, convêm deixar claro que tais perspectivas partiram da ação prática exercida no dia-a-dia. O que convêm esclarecer é o fato de que casos humanos se divergem por não haver cartilhas programadas da individualização. O Olhar tem por obrigação transcorrer os contornos da família, e então, partir do micro para o macro. Assim, para este profissional, este,

É um processo dinâmico, consciente e ativo, de reconhecimento das diferenças e de articulações de objetos e instrumentos de conhecimento distintos, que contribui para a superação do isolamento dos saberes (BRASIL, 2009, p.63).

Conseqüentemente, não poderiam psicólogos e profissionais da política de assistência social, desvincular-se do conhecimento e da individualização de cada assistido sem levar em conta seus anseios pessoais, perspectivas e visão subjetiva de mundo. Tal trabalho perpassa as barreiras concretas e deterministas, para abrir-se a possibilidade de real interação intrapessoal.[\[12\]](#)

Porém, características práticas não podem ser desvalidas, para ao menos, em um trilho que pode mudar ao longo do caminho, ter ao menos itinerário de partida deixa você mais crítico e consciente de seu papel técnico para com a política em construção, levando – o a estimular – se na busca do querer sempre mais, lutar por uma política pública e que seja de efetivação de direito.

Fica-se emaranhada a tal pressuposto de assistência e partida, a estrutura física que em contrapartida vem para viabilizar o serviço, dispondo de auxílio aos trabalhadores e especialistas do SUAS. Do mesmo modo,

A inserção profissional de psicólogos e assistentes sociais no Sistema Único de Assistência Social deve estar calcada numa visão crítica e numa revisão das concepções e pressupostos que orientam a Política da Assistência Social. Para fazer avançar a qualidade dessa atuação, é imprescindível, antes de tudo, o compromisso com as urgências da sociedade brasileira, conduzindo a discussão sobre melhores técnicas e estratégias de

atuação, paralelamente, por meio da política da assistência social, precisam ficar atentos aos processos de sofrimento instalados nas comunidades, nos territórios onde as famílias estabelecem seus laços mais significativos (Parâmetros, 2007, p.21).

Deste modo, o psicólogo intervindo compreende-se também, parafraseando[13] Paulo Freire, que, é impossível alguém libertar alguém, se não todos se libertarem em comunhão. E assim, sem ter posse demagógica do conhecimento e das práticas necessárias, o serviço PAIF deve partir sempre em paralelas que se convergem[14] em soluções holísticas[15].

Conseqüentemente, não há trabalho de psicólogos e especialistas individualizados, mas há, de forma convergente, os trabalhos mútuos onde especialistas e famílias trabalham em profunda reciprocidade, sem evidencialmente, deixar de lado, o que é de extrema importância e base para o serviço: O bem estar e manutenção cabal da integridade física de cada um, independente das condições adversas que nos fazem Ser Humano.

2.1 EM CONTRAPOSIÇÃO: OS BENEFÍCIOS.

Nada obstante, vale destacar que,

O principal objeto de ação da política de assistência social – as vulnerabilidades e riscos sociais – não são fatores homogêneos e simples, mas complexos e multifacetados, que exigem

respostas diversificadas alcançadas por meio de ações contextualizadas e para as quais concorrem contribuições construídas coletivamente e não apenas por intermédio do envolvimento individualizado de técnicos com diferentes formações (BRASIL, 2009, p.64).

Estabelecendo, desta forma, que o técnico, não é um ser individualizado no trabalho social, pois, as medidas aplicativas se difundem em um emaranhado de conhecimento e diversidade, tornando a ação entre os profissionais, um ato que se vincula entre si.

Psicólogos, assistentes sociais, técnicos em geral desta área não podem fazer um trabalho sem estar em sintonia um com o outro, e apenas pela permuta^[16] de informações é que se permite a solidificação abrangente da assistência. Não há conhecimento e ações sociais engavetadas. É apenas através da correspondência mutua trocas de forças e atuações que se efetiva a ação. Sendo assim:

A interdisciplinaridade é um processo de trabalho recíproco, que proporciona um enriquecimento mútuo de diferentes saberes, que elege uma plataforma de trabalho conjunta, por meio da escolha de princípios e conceitos comuns (BRASIL, 2009, p.63).

Logo, para o bem comum, faz-se necessário entender que os saberes se unificam em um entrelaçado conhecimento muito maior, estreitando as múltiplas relações técnicas com destaque na assistência

que é a família seja, acima de tudo satisfatória e eficaz, isto faz com que técnico entenda que o trabalho não pode ser fragmentado ao atender esse membro familiar, mas em camadas que se interrelacionam em um mesmo objetivo, viabilizando ao assistido através de uma acolhida no CRAS o estanque de sua vulnerabilidade ali apresentada, pois por necessidade, este:

É um processo dinâmico, consciente e ativo, de reconhecimento das diferenças e de articulações de objetos e instrumentos de conhecimento distintos, que contribui para a superação do isolamento dos saberes (BRASIL, 2009, p.63).

Fica assim, desta maneira não estática, o objetivo e objeto do PAIF – (Serviço de Proteção e Atendimento Integral a Família) em situação de relacionamento para o bem maior que é a família, estendido em suas atribuições na sociedade. Processo conjunto de ação onde o inter e o multidisciplinar perpassarão o bem estar dessa instituição a ser acompanhada.

É impossível uma ação sem vínculos. No entanto, é também, impossível, assistir e acompanhar sem ao menos o sistema perceber o seu papel considerando que tudo precisa estar interligado assistência social estrutura de saúde, educação, economia e cultural onde possa estar preparada para a execução de uma ação maior que irá favorecer as famílias e sociedade em geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo procurou – se na verdade como dito no início, não ter por pretensão extenuar^[17] todas as questões referentes ao serviço PAIF, nem bem como dar respostas definidas e fechadas como corretas e válidas, sem averbações de contrariedades.

Mas, a pretensão deste estudo é levantar possibilidades de reflexão a acerca de elementos históricos que demonstram as transformações culturais políticos e sociais, marcando uma construção onde se percebe que a existência do Ser Humano não é estar ser ou permanecer estático, nem como família e muito menos enquanto sociedade.

E assim o sendo, permite aos executores do serviço PAIF uma reavaliação pessoal, que se percebe sujeito a alterações na medida em que compreende a individualidade e suas devidas distinções entre um Ser e Outro, bem como a consciência de saber que para assistir é necessário um trabalho conjunto entre os conhecimentos, áreas de atuação e estrutura (como de saúde e educação, por exemplo) preparada para a realização e desempenho efetivo das ações de assistência familiar.

Seguindo, concomitantemente, parâmetros gerais, o especialista vai e vem entre Macro e micro ou micro e macro; entre o sujeito e a família, entre o sujeito e a sociedade, entre todos e ele mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

HISTÓRIA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. Retirado de <http://www.mds.gov.br/> assistência social em 04/04/2013.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** 18. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

Fernandes, Rosa Maria Castilhos. **O sistema Único da Assistência Social**, Porto Alegre, 2009 editora EDIPUCRS.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Resolução CNAS nº 109, de 11 de Novembro de 2009. Aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, DOU nº 225**, de 25 de novembro de 2009.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL/CFESS E CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA/CFP. Parâmetros para a Atuação de Assistentes Sociais e Psicólogos (as) na Política de Assistência Social. Brasília, 2007.

Mioto, Regina Célia Tamaso. **Orientações e Acompanhamento de Indivíduos**, grupos e famílias. Professora do departamento do Serviço Social da UFSC

NOTAS:

[1] Desta forma, assim, portanto.

[2] Prática efetiva, que perpassa a simples interpretação a atuação de prática social. (N.A)

[3] Dando continuidade ao assunto.

[4] Origem das palavras.

[5] Ou seja, a assistência social só pode ser desenvolvida de maneira multidisciplinar e de prática efetiva na sociedade. (N.A)

[6] Numero crescente de desenvolvimento a atuação. (N.A)

[7] Um olhar geral sobre família e sociedade. (N.A)

[8] De forma efetiva na prática. (N.A)

[9] Em oposição

[10] Neste caso, como não aberto a novas interpretações e atuações. (N.A)

[11] Neste caso, como esclarecimento. (N.A)

[12] Aqui, numa relação de troca mútua. (N.A)

[13] Utilizando das palavras de Paulo Freire, com a simplificação da frase pelo autor. (N.A)

[14] Direcionam-se ao mesmo ponto. (N.A)

[15] Visão geral, abrangente.

[16] Neste caso, como o máximo de informações possíveis. (N.A)

[17] Neste caso como, sem a pretensão de esgotar ou exaurir.

MARIANA FONTOURA DA ROSA: Estudante de Direito da Universidade de Brasília.

Resumo: O presente artigo analisa um emblemático caso da Suprema Corte Americana que ditaria o futuro da concessão de patentes nos Estados Unidos da América. O caso envolve a Associação para Patologia Molecular (AMP) e o laboratório Myriad envolvendo a discussão a respeito de patentes de genes que detectam as mutações características do câncer de mama e de útero, detidas pelo laboratório. A análise será feita com base nas argumentações de ambos os lados da relação jurídica, considerando os fatores econômicos abrangidos pelo caso e a ainda argumentação utilizada pela Suprema Corte para a decisão do caso no sentido da invalidação das referidas patentes.

Palavras-chaves: Myriad, patente, Suprema Corte, AMP, câncer, interesse econômico, saúde.

Introdução

De um lado, um grande laboratório americano que adquiriu a patente de dois genes importantes, BRCA1 e BRCA2, que detectam as mutações características do câncer de mama e de útero. De outro lado a Associação para Patologia Molecular (AMP), que foi apoiada por pacientes, médicos e pesquisadores, que reivindica a invalidação dessa patente, para assim obter maiores benefícios para as pesquisas com esses genes e maior disponibilidade de exames desses genes com preços acessíveis à toda a população. A quem deveria ser dada a razão?

A AMP entrou com uma ação contra a Myriad para invalidar a patente desta empresa. A ação chegou até a Suprema Corte Americana e seu julgamento aconteceu na metade do ano de 2013. Foi considerado um julgamento muito relevante e que ditaria o futuro das patentes naquele país, por envolver interesses diversos e por indicar o futuro da concessão de patentes nos Estados Unidos da América, assim chamou atenção de grande parte da sociedade. Essas patentes ficaram mais evidentes e na mídia quando a atriz Angelina Jolie realizou um teste com esses genes para identificar suas probabilidade de câncer, e devido ao resultado, passou por uma cirurgia de mastectomia a atriz se posicionou contra essas patentes e os preços absurdos cobrados para a realização desse exame. E, após as suas declarações, o julgamento adquiriu proporções ainda maiores.

Para a análise desse caso, será feito um relatório sobre o caso, para identificar as suas circunstâncias e como ele ocorreu e assim situar melhor a análise. Após é importante explicar as vantagens que a concessão de patentes traz para o laboratório que as adquiriu e as consequências para o mercado. Por fim, será feita uma breve análise dos dois polos da relação jurídica aqui referida para assim, haver uma análise da situação como um todo, pontuando as consequências do julgamento para ambos os lados.

Do caso

No dia 13 de junho de 2013, a Suprema Corte Americana decidiu que não ser permitido o monopólio do laboratório de diagnóstico genético Myriad, que detinha, até agora, a patente do exame que detecta as mutações nos genes BRCA1 e BRCA2. Esses genes indicam o risco

hereditário de a mulher contrair câncer de mama ou de ovário, o laboratório Myriad desenvolveu um teste no qual ele conseguiu isolar esses genes e assim descobrir a presença dos genes mutantes no organismo da mulher, antes que o organismo apresente qualquer sintoma de câncer.

Em 2009, Associação para Patologia Molecular juntamente com diversos cientistas e pacientes de câncer entraram na justiça norte-americana com uma ação contra a Myriad para anular essa patente da empresa. Após o Tribunal de Apelação dos Estados Unidos decidir a favor da Myriad, a AMP pediu à Suprema Corte uma revisão do caso, esta enviou o caso novamente ao Tribunal para uma segunda análise. Na nova análise, o Tribunal decidiu novamente a favor da Myriad, assim, a AMP, em setembro de 2012, entrou com uma apelação da decisão junto à Suprema Corte Americana.

Cientistas e médicos afirmaram que a patente desses genes desestimula a pesquisa e a evolução da ciência, ao não permitir a realização de pesquisas sobre esses genes por outras instituições e ainda que essas patentes sobre genes humanas violariam a Primeira Emenda e a lei de patentes, por elas constituírem produtos da natureza, os quais não são passíveis de patente. Além disso, a patente desses genes prejudicaria os pacientes, na medida que estes não possuiriam nenhuma opção ao teste da Myriad, considerando ainda, o fato de o preço do teste, U\$ 3 mil a U\$ 4mil, ser inacessível para grande parte da sociedade americana. No dia do julgamento, ainda, ativistas de defesa da saúde e pacientes de

câncer afirmavam que a ganancia corporativa da Myriad estava prejudicando e matando seus amigos.

A Myriad argumentou no sentido de que os genes são sim uma construção humana e não um produto da natureza, pois eles só são achados assim depois de intervenções. O diretor da Myriad afirmou que a patente é de moléculas sintéticas baseadas em genes que foram criadas em laboratório e que o correto é uma empresa ser capaz de fazer suas descobertas e possuí-las, para assim conseguir retorno de seu investimento e obter lucro.

A Suprema Corte, após profunda análise, decidiu pela invalidade dessa patente da Myriad, o argumento utilizado para sustentar essa decisão foi que o laboratório não criou e nem modificou qualquer informação genética codificada nos genes, ele apenas os isolou; sendo assim esses genes são encontrados da mesma forma na natureza, antes que a Myriad os encontrasse, dessa forma eles constituem “produtos da natureza”, sobre os quais não cabe patente.

Análise das patentes

Ao patentear um produto, nesse caso genes humanos, a empresa dona da patente faz um investimento a longo prazo. Ela, adquirindo a patente, garante que nenhum outro concorrente seu possa trabalhar e pesquisar aquele produto patentado. Quais seriam as vantagens para uma empresa patentear um produto? A vantagem garantida pela empresa é a da possibilidade de lucrar sobre aquele produto patentado e garantir que seus investimentos locados nele resultem em um lucro futuro maior. A empresa está assegurando que

pode investir naquele produto, com a certeza de lucro futuro decorrente de suas descobertas, garantindo que ela não vai ter que competir e dividir seus lucros com nenhuma empresa concorrente. Muitas empresas argumentam que sem patente cairia o incentivo a pesquisa, pois como que uma empresa investiria capital tão alto na pesquisa se não tivesse a garantia que seus investimentos seriam compensados?

O patenteamento de genes representa uma vantagem ao laboratório que as possui, visto que este vai empregar diversos recursos e capital para investir na pesquisa daqueles genes visando descobertas e ganhos futuros. A patente vale a pena economicamente para o laboratório detentor porque apesar de ele ter que investir altos custos na sua pesquisa, essa é a forma de ele garantir um lucro que será obtido futuramente com os resultados do trabalho empreendido sobre o seu produto patentado, como as suas descobertas, pesquisa e desenvolvimento de testes.

É simples de compreender ao se imaginar um cenário no qual determinado laboratório obtivesse um resultado de sucesso em uma pesquisa com genes e desenvolvesse um teste inédito, mas ao não possuir patente, os outros laboratórios poderiam desenvolver o mesmo teste a preços mais baratos, fornecendo uma opção ao consumidor, como o consumidor possui a tendência de buscar preços mais vantajosos, ele iria para o laboratório que possui o menor custo, diminuindo assim a clientela, e por consequência, os lucros do laboratório que desenvolveu o teste.

Fica evidente então que quanto maior o mercado que compete diretamente com o laboratório, menor a chance de o laboratório compensar os seus investimentos realizados. É dessa forma que as patentes significariam mais lucros ao laboratório, na medida que elas diminuem o mercado concorrente daquele determinado produto a zero e garantem resposta financeira ao seu investimento. Fica claro inferir que o patenteamento é um procedimento muito vantajoso economicamente para os laboratórios em questão, por que dessa forma eles podem investir com segurança, da forma que melhor convém, garantindo lucros, eliminando o ser mercado concorrente e podendo estabelecer o preço dos testes e produtos relacionados àquela patente.

Da Myriad

Como uma complementação do tópico anterior, vale ressaltar ser possível pontuar diversos interesses econômicos da Myriad envolvidos no caso. O laboratório possuía a patente dos genes BRCA1 e BRCA2, dessa forma eliminou a sua concorrência no que diz respeito às pesquisas referentes à esses genes, além disso trabalhou muito em cima deles e investiu capital em suas pesquisas; visando um lucro futuro. Ao perder a patente desses genes ela perde um mercado que era apenas pertencente à ela, no qual ela não possuía nenhuma concorrência e podia impor os preços pelo fato de os pacientes não possuírem opções no mercado àquele produto oferecido por ela. A própria Myriad alegou que ao retirar a patente, retira-se juntamente o incentivo aos laboratórios em pesquisar o gene, visto que eles não haveriam retorno financeiro suficiente aos elevados custos que investiriam nas pesquisas, ou seja, os seus

investimentos não seriam compensados financeiramente. Conforme o diretor-executivo da empresa, Pete Meldrum, afirmou "Nós acreditamos que é correto que uma empresa seja capaz de possuir suas descobertas, conseguir retorno de seu investimento e obter um lucro razoável".

Importante ressaltar que a Myriad visando a obtenção de lucros e retorno ao seus investimentos, impôs um preço considerado muito elevado para os padrões do Mercado, restringindo o exame àqueles que se encontram em uma melhor situação financeira, além de privatizar o exame e, assim, conseqüentemente, elitizando-o e impedindo que todos os pacientes tenham acesso à ele. Como resultado do patenteamento, nenhum outro laboratório pode desenvolver o teste, e os pacientes não tem a possibilidade de recorrer a nenhum outro teste para confirmar o resultado obtido nos exames da Myriad. A obtenção da patente, parece ser, para esses laboratórios um incentivo e uma oportunidade de maximização dos lucros, muito mais do que uma oportunidade de desenvolver a ciência e a saúde.

Da AMP

A AMP entrou com a ação contra a Myriad objetivando o cancelamento das patentes de genes humanos, ela foi acompanhado por diversos cientistas, médicos, pacientes de câncer e ativistas. A AMP argumentou que a Myriad não teria inventado nada para ter o direito a patente, ela teria apenas isolado os genes em questão. A AMP se posicionou de maneira a afirmar que a concessão das patentes seria um desestímulo à pesquisa e ao desenvolvimento da ciência, além de diminuir o acesso para testes na área de genética, visto que apenas um restrito

numero de pessoas estaria permitido a trabalhar dessa forma com o objeto patenteado.

O patenteamento representa um claro prejuízo a sociedade como um todo. Analisando no âmbito científico, a patente restringe a pesquisa daquele objeto à um grupo específico, delimitando imensamente as pesquisas a serem feitas, na medida que só vão ser realizadas as pesquisas que aquele grupo se interessar a fazer, diminuindo a velocidade de desenvolvimento científico naquela tipo de pesquisa pois a área contará com menos profissionais atuando. No âmbito social, a patente representa uma grande perda para o consumidor e a sociedade, de modo que as opções de escolha que o consumidor deveria possuir em um mercado capitalista serão eliminadas, sendo o consumidor obrigado a adquirir aquele bem da empresa que possui a patente, nas condições que essa empresa determinar; condições que na maioria das vezes não são nada vantajosas para a sociedade consumidora, visto que os preços que a empresa impõe à esses produtos patenteados, na maioria das vezes são exorbitantes.

Assim, analisando o caso específico, fica evidente que para a sociedade como um todo não é interessante a concessão dessas patentes de genes humanos à uma empresa determinada, pois reduz significativamente o poder de ação da sociedade nessa área, como também restringe o exame apenas às pessoas que tem poder aquisitivo para realizá-lo; não trazendo nenhum benefício direito a quem não está ligado diretamente à Myriad.

Myriad X AMP

Esse caso envolve muitos aspectos tanto econômicos quanto de saúde; é um caso interessante por abranger duas perspectivas diferentes nos dois polos da relação jurídica, cada uma objetivando atingir os seus interesses individuais. A questão econômica é muito evidente no processo por se tratar de um mercado e indústria que movimenta muito capital, sendo estimulada e engrenada por ele, além de atingir diretamente grande parte da população

Nesse caso, podemos detectar dois polos com interesses bem divergentes e contrapostos. Por um lado, há a Myriad desejando a manutenção da sua patente dos genes BRCA1 e BRCA2, que garante que apenas o seu laboratório possa realizar testes com esses trechos do DNA. Por outro lado, há cientistas, médicos e paciente que desejam invalidar a patente para poderem trabalhar em função desses genes e serem permitidos a oferecer esse teste por um preço mais acessível à população.

Analisando os interesses dos dois polos da relação, é importante ressaltar que nos dois lados percebem-se interesses econômicos envolvidos. A Myriad objetiva com a concessão das patentes, ganhos e retornos financeiros, outros interesses também podem estar presentes, como o pela pesquisa e desenvolvimento, mas claramente, nesse caso, o interesse econômico é aquele que norteia a Myriad. Fica a dúvida, então, de quais seriam as verdadeiras prioridades dos laboratórios, a saúde ou a maximização de seus lucros Já a AMP, objetiva com a invalidação das patentes, a concretização de alguns interesses econômicos também, no sentido de pesquisadores e laboratórios poderem ter acesso aos genes, mais laboratórios poderem disponibilizar os testes e pacientes terem

acesso à ele por um menor custo; mas o que difere da Myriad é que eles objetivam prioritariamente a possibilidade de se ter um maior número de pesquisas e desenvolvimento da área da saúde e além disso, maiores vantagens para os pacientes, com exames em um valor mais acessível.

A Suprema Corte decidiu a favor da invalidação da patente da Myriad, foi uma decisão correta, visando ser evidente que a Myriad não produziu nada de novo para possuir direito à patente e ainda, visando o melhor para a sociedade como um todo. Analisando o caso por completo, observamos a existência de dois interesses convergentes, de um lado um interesse geral puramente financeiro da Myriad, e de outro um interesse que apesar de também possuir um lado financeiro, também possui um âmbito mais focado no social e na saúde.

Ao se contrapor dois interesses econômicos, nem sempre é fácil definir qual deve prevalecer, pois é difícil classificar um interesse econômico como sendo totalmente superior ao outro, já que analisando cada lado individualmente encontram-se justificativas para àquele interesse. No presente caso, o interesse da Myriad é totalmente compreensível no âmbito econômico, pois o aspecto essencial de qualquer empresa é a obtenção de lucros. Por outro lado, a posição sustentada pela AMP também é perfeitamente razoável, por ela estar defendendo interesses de quem está fora da patente, quem está sendo prejudicado por ela.

Observa-se então, que o patenteamento de algum produto é um procedimento que inegavelmente vai trazer vantagens e desvantagens tanto para a sociedade quanto para a empresa dona da patente, resta

então analisar qual interesse deve prevalecer. Os dois interesses são completamente válidos e compreensíveis, mas para se posicionar a respeito vale analisar qual interesse vai trazer mais benefícios para a sociedade; olhando por esse âmbito, fica difícil dizer que o interesse da Myriad deve prevalecer, pois apesar de ela pode realizar pesquisas que beneficiem a sociedade, ela também pode fazer isso não possuindo a patente, e as desvantagens para a população da permanência dessa patente são evidentes, no sentido que a existência dessa patente restringe muito às pesquisas e às opções do consumidor.

Conclusão

A decisão da Suprema Corte, protegeu o lado jurídico que mais necessitava de proteção, que são os pacientes. Os interesses econômicos de ambas as partes estão evidentemente presentes, assim como na maioria dos conflitos jurídicos, mas para se decidir um caso como esse, tem que se decidir qual dos interesses vai trazer maiores benefícios para a sociedade como um todo.

A concessão de patentes para um laboratório prejudica em grande escala a sociedade, prejudica pacientes, médicos e pesquisadores de formas distintas. Obviamente, as patentes são um ganho excelente para quem as possui, ganho tanto financeiro quanto científico, mas por outro lado restringe a atuação científica nesses objetos patenteados e prejudica os pacientes que ficam a mercê daquele laboratório determinado. Portanto, são duas posições que dificilmente entrarão em um acordo.

Cabe esclarecer, que a decisão da Suprema Corte Americana foi baseada mais nas origens e modificações daquele gene, e enquadrando o

fato concreto da lei das patentes. A decisão não foi baseada majoritariamente nos interesses econômicos de qualquer um dos lados, mas sim, na legislação em si.

Apesar de a decisão representar uma perda econômica para a Myriad, ela representa um ganho econômico para o restante da sociedade. A Myriad ao patentear esses genes fechou o mercado relativo à eles, de forma que nenhum outro laboratório estaria permitido a pesquisar ou realizar exames com esses genes. Isso representa um dano ao mercado competitivo, a partir do momento que se configura em um monopólio de um tipo de mercado, eliminando toda a sua possível concorrência. É igualmente, um dano à sociedade consumidora, visto que, a população que necessita desse exame não possui alternativa de escolha.

Independente dos interesses financeiros escondidos no posicionamento da AMP, a escolha pela invalidação das patentes se torna essencial quando se visa uma maior vantagem para a sociedade como um todo e, principalmente, para os pacientes. Permitir uma patente como essa é restringir à poucos um exame de importância fundamental para muitos. A Myriad, com essa decisão, pode perder muito capital que foi investido nessas pesquisas, mas a decisão vai gerar um bem socialmente maior para todos os pacientes, que é o lado mais fraco e que merece maior proteção nessa relação jurídica.

Bibliografia

EUA impedem patente de produtos da natureza. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/suprema-corte-eua-impede-patente-produtos-natureza>

Rejeitadas duas patentes de genes pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Disponível em [http://www2.uol.com.br/sciam/noticias/rejeitadas duas patentes de genes pela suprema corte dos estados unidos.html](http://www2.uol.com.br/sciam/noticias/rejeitadas_duas_patentes_de_genes_pela_suprema_corte_dos_estados_unidos.html)

Suprema Corte dos EUA proíbe patente de genes humanos naturais. Disponível em <http://www.inovacao.unicamp.br/destaques/suprema-corte-dos-eua-proibe-patente-de-genes-humanos-naturais>

Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc. (2013). Disponível em < <http://www.patentdocs.org/2013/06/association-for-molecular-pathology-v-myriad-genetics-inc-2013.html>>

COMENTÁRIOS AO DECRETO Nº 3.637/2000: BREVES APONTAMENTOS À REDE NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: 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 (UFF). 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.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos

de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Rede Nacional. Fortalecimento Jurídico.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Comentários ao Decreto nº 3.637/2000: Breves Apontamentos à Rede Nacional de Direitos Humanos.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de

arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos 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, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão 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”*^[1]. Deste modo, 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 fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que 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, primacialmente 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”*^[2]. Como bem pontuado, 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.

Ainda nesta senda de exame, 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

Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, 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.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais

permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes^[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça,

habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”* [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”* [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e

pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”[\[10\]](#), tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[\[11\]](#). A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[\[12\]](#), devido processo legal[\[13\]](#), acesso à Justiça[\[14\]](#), liberdade de locomoção[\[15\]](#) e livre entrada e saída do país[\[16\]](#).

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções

arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário,

foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes” [25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto,

acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal,

da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”* [35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias

extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”*[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão

de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados

ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”* [45] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

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. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 1.856/RJ, em especial quando destaca:

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 inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”* [47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”* [48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos

fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 Comentários ao Decreto nº 3.637/2000: Breves Apontamentos à Rede Nacional de Direitos Humanos

Em um primeiro comentário, cuida explicitar que o Decreto nº. 3.637/2000 é responsável por instituir a Rede Nacional de Direitos Humanos - RNDH, como instrumento para a implementação do Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, destinada a sistematizar e difundir experiências voltadas para a proteção e promoção dos direitos humanos, desenvolvidas por iniciativa do Poder Público ou de organizações da sociedade, e monitorar, em âmbito nacional, a ocorrência de violações desses direitos. Compete à Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça a administração e coordenação da RNDH. A RNDH tem como objetivos: (i) possibilitar a universalização de informações relativas à proteção e promoção dos direitos humanos; (ii) servir de instrumento para a implementação do PNDH, assim como dos acordos de cooperação firmados pela Secretaria de Estado dos Direitos Humanos; (iii) sistematizar e divulgar informações relativas à ocorrência de violações de direitos humanos no País, mediante a obtenção e consolidação de dados, estatísticas e diagnósticos, assim como pela formulação de indicadores de desempenho; (iv) contribuir para o encaminhamento de denúncias de violações de direitos humanos aos órgãos competentes; (v) articular esforços visando ao desenvolvimento de estratégias locais e regionais de proteção e promoção dos direitos humanos; (vi) incentivar, promover e divulgar ações voltadas para a educação em direitos humanos; (vii)

possibilitar assistência e orientação a grupos sociais vulneráveis no que se refere aos mecanismos de acesso à justiça e defesa de direitos; (viii) contribuir para o combate à disseminação de informações e práticas contrárias aos direitos humanos veiculadas pela rede internacional de computadores (internet); (ix) subsidiar a implementação, no âmbito estadual, do Distrito Federal e municipal, de programas e conselhos de promoção e proteção dos direitos humanos; (x) promover ações de combate à violência, especialmente a violência intrafamiliar e a violência no ambiente escolar; (xi) possibilitar a universalização de informações relativas aos projetos apresentados e apoiados pela Secretaria de Estado dos Direitos Humanos; e (xii) estimular o voluntariado para a participação em ações voltadas para a proteção e promoção dos direitos humanos.

A RNDH será integrada por órgãos, organizações, instituições e pessoas físicas ou jurídicas que desenvolvam ações voltadas para a proteção e promoção dos direitos humanos. A RNDH terá como subsistemas: I - Sistema de Informações para a Infância e Adolescência - SIPIA; II - Rede Nacional de Informações para Prevenção e Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes - RECRIA; III - Sistema Nacional de Informações sobre Deficiência; e IV - Sistema Nacional de Informação para a Gestão Integrada em Direitos Humanos. Outros sistemas desenvolvidos pelo Poder Público e por organizações da sociedade civil poderão integrar a RNDH, desde que autorizados pelo órgão ou entidade por eles responsáveis. A Secretaria de Estado dos Direitos Humanos poderá prestar assistência técnica às instituições que integrarem a RNDH, visando a sua autos sustentabilidade e à

complementaridade e integração das ações, objetivando: I - fortalecimento institucional mediante incremento da capacidade gerencial, operacional e tecnológica das entidades; II - melhoria da qualidade e da oferta dos serviços prestados, com redução de custos e implementação de sistemas de informação; e III - capacitação em elaboração, implementação e monitoramento de projetos. Às empresas que apoiarem a RNDH será concedido, por intermédio de portaria do Secretário de Estado dos Direitos Humanos, o selo "Direitos Humanos, Direitos de Todos".

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

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: . Acesso em 26 jul. 2015.

_____. **Lei N.º 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: . Acesso em 26 jul. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral número 12: O Direito humano à alimentação (art. 11)**. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8, n. 157, 10 dez. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[2] 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 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 26 jul. 2015.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles

aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses

direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 26 jul. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] 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: . Acesso em 26 jul. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

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.

INTRODUÇÃO:

Consagrado vem constitucionalmente o dever de alimentar, consoante o artigo 229 da Carta Magna, *in verbis*:

"Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

Referido preceptivo orienta a legislação infraconstitucional pertinente, a exemplo dos artigos 1.694 e 1.696 do Código Civil, respectivamente, todos consagrando e revestindo de imperatividade o dever de alimentar:

"De acordo com o prescrito neste Capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir".

"O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a

obrigação nos mais próximos, uns em falta dos outros".

DESENVOLVIMENTO:

Quando se fala em alimentos, determina-se o direito de exigí-los e a obrigação de prestá-los, demonstrando, assim, o caráter assistencial do instituto. Na sua finalidade, os alimentos visam a assegurar tudo àquilo que é necessário para propiciar a subsistência de quem não tem meios de obtê-los ou se encontra impossibilitado de produzi-los.

O dever de sustento é vinculado ao pátrio poder e só cessa com a maioridade, ainda que, pela sua idade, o filho já estivesse apto para o trabalho, portanto é dever incontroverso dos pais prestarem aos filhos menores tudo o que é necessário para torná-los um ser em condições de viver e de se desenvolverem.

A obrigação de sustento não se altera diante da precariedade da condição econômica de um dos genitores. A impossibilidade material não pode constituir motivo de isenção do dever do pai ou da mãe, de contribuir para a manutenção de seu filho.

Nesse sentido, A 3ª turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu no julgamento do Recurso Especial 241.832-MG, que:

“O dever de prestar alimentos aos filhos menores impúberes independe da demonstração da necessidade para que se estabeleça a relação obrigacional entre o alimentante e o alimentando, basta que

haja a comprovação do vínculo jurídico a unir as partes”.

Da mesma forma, caso um dos genitores se abstenha de participar da manutenção necessária de seu filho, comete o crime de abandono material previsto no artigo 244 do Código Penal.

"Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou do filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valentudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente, gravemente enfermo."

O pai ou a mãe, ao negligenciar na subsistência de seus filhos não lhes patrocinando quaisquer assistências materiais, incorrem em abandono material, crime constante do artigo 244 do Código Penal, eis que não se pode suportar a inércia de nenhum dos alimentantes por tão longo período, sob pena de se configurar o crime de abandono material, como dispõe o artigo 244 do Código Penal.

De tal sorte, com base no dispositivo penal acima mencionado, faz-se mister se pleitear via judicial, a interrupção da inércia daquele que esteja imotivada e injustificadamente se abstendo de

cumprir sua obrigação, a fim de que o magistrado fixe alimentos provisórios até o julgamento final da demanda.

É de se ressaltar, ainda, que :

"Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais", conforme preceitua o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.609/90).

Dessa forma, o dever de sustento está perfeitamente caracterizado e disciplinado em nosso ordenamento jurídico pátrio, encontrando respaldo na exegese da Lei nº. 5478/68, em seu artigo 2º, para o embasamento do pleito a ser direcionado ao juízo do feito, senão vejamos:

"O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-à ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto

ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe."

Com base no artigo 400 do Código Civil Brasileiro, a obrigação de alimentar estabelece parâmetro nas necessidades do menor, podendo o pleito de alimentos provisórios serem requeridos em sede de tutela antecipada, desde que presentes os seus requisitos, vejamos:

"Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do Reclamante e dos recursos da pessoa obrigada."

"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu."

Encontrando-se presentes na Ação de Alimentos intentada, os requisitos a justificar a concessão da antecipação da tutela, de acordo com o artigo 273, do Código de Processo Civil, o magistrado poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os

efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação (...), portanto revelando-se plenamente possível antecipação de tutela, para evitar danos ainda maiores e para que o menor afetado possa levar sua vida de maneira normal.

Levando-se em consideração, o valor do bem jurídico envolvido, qual seja a vida de um menor, é muito provável que a concessão da medida não cause prejuízo ao Requerido, inexistindo risco, vez não comprometer de forma alguma a decisão da causa.

A doutrina mais conceituada indica ser o melhor caminho o de o Juízo interferir prontamente no processo quando as condições vividas entre as partes importam em eminente prejuízo a qualquer uma delas, e assim, referenda Humberto Theodoro Júnior in Código de Processo Civil Anotado, “*verbis*”:

“Novidade em nosso direito, a antecipação da tutela introduziu, no CPC, os princípios da verossimilhança, da prova inequívoca e do perigo de irreversibilidade. (a nova redação do art. 273 decorre da Lei nº 8.952, de 13.12.94).

Os incisos I e II cuidam das condições de concessão da medida, que não se confunde nem prejudica as tutelas cautelares, previstas nos arts. 796 a 889 do CPC, verossimilhança, em esforço

propedêutico, que se quadre com o espírito do legislador, é a aparência de verdade, o razoável, alcançando, em interpretação lato sensu, o próprio “fumus boni iuris” e, principalmente, o “periculum in mora”.

Prova inequívoca é aquela clara, evidente, que apresenta grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável, equivalendo, em última análise, à verossimilhança da alegação, mormente no tocante ao direito subjetivo que a parte queira preservar” (obra citada, p. 124, Ed. Forense, RJ, 1996, 2ª ed.).

Em contrapartida, carecendo o pleito formulado pelo requerente de respaldo fático-jurídico quanto à concessão de tutela antecipada, já que ausentes os requisitos legais indispensáveis ao seu acolhimento, nos moldes do artigo 273 do CPC, esta poderá ser indeferida pela magistrado, vez não haver falar-se em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tampouco em abuso do direito de defesa.

Em atendimento ao comando do art. 1694 do CC, temos que os alimentos deverão ser fixados na proporção das necessidades do

reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, dois requisitos legalmente indicados no aludido artigo.