

Estado de Direito

PORTO ALEGRE, DEZEMBRO DE 2007 / JANEIRO DE 2008 • ANO II • Nº 12

Dois anos trabalhando pela cultura jurídica!

Com empenho e persistência, o *Jornal Estado de Direito* firma-se como um importante meio de oportunizar de forma simples e clara, uma ampla reflexão sobre a importância da Cultura Jurídica. Através de diversos projetos, entre palestras, conferências e debates com renomados juristas do Brasil e do exterior, o *Jornal Estado de Direito*, nesses dois anos, contribuiu de forma significativa para a expansão da cultura jurídica.

Nesta edição comemoramos o segundo aniversário. Iniciamos em 2005, com uma

tiragem de oito mil exemplares e chegamos a 12ª edição com 30 mil exemplares, confirmando a necessidade de continuar e de ampliar a publicação, que é bimestral, distribuído gratuitamente, financiado por instituições de ensino e Empresas privadas.

Confira, nesta edição especial de aniversário, parte da palestra *Abuso do Poder Acusatório e Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal* proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Dr. Gilmar Ferreira Mendes, no I

Congresso Internacional – Crime Justiça e Violência, promovido pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e pelo Instituto Pan-Americano de Política Criminal, realizado em setembro de 2007, no Maksoud Plaza Hotel, em São Paulo. Na ocasião, o Ministro comentou para o *Jornal Estado de Direito* a questão da Amplitude Garantista do Direito Penal e o Estado de Direito. E, mais, o leitor poderá inteirar-se sobre diversos assuntos redigidos, pelos autores especialmente para o *Estado de Direito*.

O Sentido da Justiça

Manoel Augusto Santos traz à tona a discussão sobre o conceito da palavra justiça, no âmbito social e político, como um comportamento ético presente em todas as culturas, mas cuja extensão e concretas aplicações variam e adquirem tonalidades e conteúdos distintos ao ritmo das sensibilidades de época.

Página 3

Pirataria

Baudelio Hernández questiona os atuais modelos de produção e negócios e mostra como os governos, os empresários e a sociedade deveriam se comportar diante do mercado ilegal e analisa aspectos para solucionar o problema.

Página 4

Holodomor na Ucrânia

Yuliy Tatárchenko comenta os 90 anos da Revolução Russa e 75 anos da grande fome na Ucrânia, conhecida no mundo como Holodomor, que significa “matar pela fome” e questiona a resistência de alguns países em reconhecer esse fato como genocídio do povo ucraniano.

Página 6



Ministro Gilmar Ferreira Mendes

Guarda Compartilhada

O jurista Silvio de Salvo Venosa analisa em seu artigo a delicada questão da guarda compartilhada e o que ela representa como meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento e formação de crianças e adolescentes.

Página 12

Memória Política no Brasil

José Carlos Moreira da Silva Filho ressalta a importância da preservação dos principais momentos políticos do Brasil e analisa a memória histórica e política do brasileiro e a lei da Anistia. Salienta que a memória política é importante para que o País perceba que a melhor maneira de buscar suas garantias e direitos no futuro é se reconciliar com o passado e não simplesmente esquecê-lo.

Página 14

Edição especial de aniversário!

O JORNAL ESTADO DE DIREITO COMPLETA DOIS ANOS E QUEM GANHA É VOCÊ!

DIA 15 DE JANEIRO DE 2008 SERÃO SORTEADAS QUATRO BOLSAS DE ESPECIALIZAÇÃO. VEJA NA PÁGINA 12



Estado de Direito

Estado de Direito Comunicação Social Ltda.
CNPJ 08.583.884/0001-66
Porto Alegre - RS - Brasil
Rua Conselheiro Xavier da Costa, 3004
CEP: 91760-030 - fone: (51) 3246.0242 e 3246.3477
e-mail: contato@estadodedireito.com.br
internet: www.estadodedireito.com.br

Diretora Presidente

Carmela Grüne
carmela@estadodedireito.com.br | carmelagrune@via-rs.net

Diretor Financeiro

Renato de Oliveira Grüne CRC/RS 45.039

Diretor das Relações Institucionais - Região Nordeste

José Júlio Gomes da Silva
Coronel Exército Português (res)
celjjgsilva@msn.com

Jornalista Responsável

Patrícia Araujo - MTb 11686

Colaboraram nesta Edição

Bayard Fos, Carlos Bailon, Diego Moreira Alves e
Francisco José Borsatto Pinheiro

Redação

redacao@estadodedireito.com.br

Anúncios

teleanuncios (51) 3246.0242
comercial@estadodedireito.com.br

Diagramação

www.gazineu.com.br
Luciano Gazineu | (51) 9952.3177

Tiragem: 30.000 exemplares

Pontos de distribuição

PORTO ALEGRE
Livraria Saraiva Shopping Praia de Belas
1001 Produtos e Serviços de Informática:
Matriz - Rua São Luís, 316 - Santana - 3219.1001
Menino Deus - Shopping Praia de Belas - Térreo - 3026.7585
Centro - Andradadas, 1273, lj. 003 - Galeria Edith - 3224.4119

Nossa Livraria Pernambuco e Alagoas

Recife: Rua do Riachuelo, 267
Maceió: Av. Moreira e Silva, 430 - Farol
Recife: Av. Cais do Apolo, 739 - TRT
Recife: Av. Dantas Barreto, 191 lojas 22 a 24 - TJ
Recife: Rua da Aurora, 325 loja 01
Maceió: Rua Íris Alagoense, 438-A - Farol
Maceió: Rua Durval de Guimarães, 1217 - lojas 03 e 08 Ponta Verde

Santa Catarina

Nas salas da OAB/SC, com apoio da
Caixa de Assistência aos Advogados

Editora Revista dos Tribunais

São Paulo: Rua Conde do Pinhal, 80 - Liberdade
Curitiba: Rua Voluntários da Pátria, 547 - Loja - Centro
Rio de Janeiro: Rua da Assembléia, 83 - Centro
Porto Alegre: Rua São Nicolau, 955
Belo Horizonte: Rua Paracatu, 304 - Loja 02 - Barro Preto
Brasília Asa Sul: SHC Sul - CL quadra 402 bloco A loja 21 - Asa Sul
Goiania Central: Avenida Goiás, 60 - Qd2 Lt8E - Loja 03 - Setor Central
Goiania Setor Sul: Rua 101 n.º 123 Qd F17 Lt11E - Sala 01 - Setor Sul
Rio Verde: Rua Edmundo de Carvalho, 905 - sala 01
Setor Central, Rio Verde - GO
Anápolis: Avenida Sen. José Lourenço Dias, 1362 - Sala 03
Setor Central, Anápolis - GO
Recife: Rua Barão de São Borja, 62 lojas 1, 2 e 3

PAÍSES

Através de nossos colaboradores, consulados e escritores
o Jornal Estado de Direito chega a Portugal, Itália, México,
Venezuela, Alemanha, Argentina, Ucrânia e Uruguai

*Os artigos publicados nesse Jornal
são responsabilidade dos autores e não refletem
necessariamente a opinião do Jornal

De 8 para 30 mil

Iniciamos em 2005, com uma tiragem de oito mil exemplares e chegamos a 12ª edição com 30 mil exemplares! Nessa jornada, realizamos diversos Eventos viajamos pelo Brasil para divulgar nosso trabalho e estamos sempre atentos e receptivos para novas oportunidades.

Em nome do Jornal Estado de Direito quero agradecer a todos os juristas, filósofos, cientistas políticos, educadores, sociólogos, músicos e empresários que acreditam na importância desse projeto e colaboram para o crescimento e expansão da Cultura Jurídica.

Vivemos num mundo globalizado e precisamos compartilhar experiências para melhorar a vida em comunicada.

A Função da inteligência e o valor do conhecimento:

“Os conhecimentos têm valor puramente instrumental, isto é, nada mais representam do que instrumentos ou meios para a consecução de certos fins práticos. Assim, não cabe à inteligência dizer o que são as cousas, mas apenas mostrar em que elas nos são úteis e como nos podem servir”. Desse modo, todos os valores passam a ser aferidos pela ação.”

THEOBALDO MIRANDA SANTOS

Estamos em tempo de reflexão, desejamos colocar nossas perspectivas sobre como podemos contribuir para um 2008 melhor, lembrando dos nossos valores, ideais de justiça, paz, fraternidade e desenvolvimento social.

VEJA AS ATIVIDADES DO JORNAL PARA 2008

- 12 Encontros na Livraria Saraiva
- Aumento da Tiragem
- Cinco Eventos em Shoppings Centers
- II Encontro Internacional Direitos Intelectuais
- II Encontro Nacional Estado de Direito
- II Homenagem Dia do Advogado
- Projeto Rádio
- Projeto Televisão

O Jornal cresce graças ao apoio de todos nossos leitores e colaboradores. E muito mais está por vir!

Carmela Grüne

Eu desejo para 2008

Depoimentos

“Em 2008 seremos juristas melhores, seremos juristas atentos à precisão de nosso argumento, seremos juristas preocupados com as conseqüências de nossos argumentos, seremos juristas fiéis à defesa da tese, seremos juristas leais no debate, seremos juristas humildes para reconhecer a falha de nosso argumento.”

Marcelo De Nardi
Juiz Federal, Porto Alegre/RS

“Um novo ano sempre é um momento para conferir sonhos: os que viraram realidade deixam lugar a outros, pois não tem jeito, somos todos sonhadores delirantes na busca de um melhor amanhã. A perspectiva de um ano leva a que eu continue buscando a realização de um único sonho: Arrancar a venda dos olhos da justiça! Só assim se conseguirá uma sociedade mais justa, uma justiça mais efetiva, um judiciário mais atento à realidade da vida.

O sonho de todos nós!”

Maria Berenice Dias
Desembargadora do TJRS

“Esperamos que o Judiciário gaúcho consiga encontrar entendimentos uniformizados para ações idênticas que tramitam hoje na Justiça com resultados antagônicos consumindo energia e tempo dos juízes e recursos da sociedade. Isso promoverá um melhor ambiente de negócios.”

Luciano Timm
Da Universidade de Berkeley, EUA

Apoio Institucional



Consulado de Portugal/Recife

Afinal, o que é a justiça?

Prof. Dr. Manoel Augusto Santos*

Dentre as palavras mais invocadas na vida social e política, mais pronunciadas em sentido reivindicatório encontramos a “justiça”. Com grande capacidade convocatória, “justiça” converteu-se em palavra-chave de declarações de sistemas políticos e econômicos, programas sociais e movimentos culturais. É particularmente importante no contexto atual, no qual os valores da pessoa humana, de sua dignidade e de seus direitos se vêem muito ameaçados e vilipendiados em várias partes do orbe.

A justiça é um sentimento primário, uma noção natural e espontânea que acompanha o homem na sua relação com os demais, é o conceito de um comportamento ético que se encontra presente em todas as culturas, mas cuja extensão e cujas concretas aplicações variam e adquirem tonalidades e conteúdos distintos ao ritmo das sensibilidades de época. Exprime um comportamento pessoal ou social, nas micro e macroestruturas. Trata-se de uma realidade imprescindível para a convivência. Significa um equilíbrio entre pretensão e prestação. Quando se diz que a justiça exige algo, refere-se a direitos aos quais se deve corresponder, e, por conseguinte, à obrigação de respeitá-los. “Justiça” e “exigências da justiça” continuam a andar na boca de todos, mas não existe paridade entre a exigência de justiça e a prática da mesma; quer dizer, se professa o amor à justiça, mas ela não é praticada.

Segundo sua formulação tradicional, “justiça” consiste na constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu. Desde o ponto de vista subjetivo, a justiça se traduz

na atitude determinada pela vontade em reconhecer o outro como pessoa, enquanto que desde o ponto de vista objetivo, constitui o critério determinante da moralidade no âmbito intersubjetivo e social.

Para Platão, quem pratica a justiça está eticamente “são”; pelo contrário, quem a fere “está doente”. O indivíduo e a coletividade social estão doentes, quando não se professa e não se pratica a justiça. Porém, a semântica do conceito de justiça é polivalente, possui diversos significados em diversos âmbitos: teológico, filosófico, jurídico, político etc. Com efeito, ao longo da história, os conceitos de “justiça” e de comportamento “justo” foram enriquecidos, mas também ofuscados, por elementos provenientes de diversas teorias e ideologias. Apresenta hoje um dos conceitos mais complexos e mais difíceis de explicar. Ao mesmo tempo, é um conceito que figura entre os mais comprometidos, na medida em que cada regime e cada sistema criam a “sua” própria justiça, segundo as quais procede, não somente na teoria, mas também na práxis e na legislação.

Cada interpretação conduz a um resultado distinto, o que se deve basicamente na hora de fixar os limites: Em se tratando de defender o que pertence “a cada um”, se pretende guardar um estado jurídico de propriedade. Mas, também se pode recorrer a esse princípio em defesa de propriedades injustamente adquiridas. Tomando-se como critério a “justiça de rendimento” ou “de excelência”, como prêmio ao fazer bem as coisas e um estímulo à produtividade,

introduzirá alguns critérios injustos, tais como a competitividade excessiva na vida social, onde só os mais bem-dotados saem à frente em prejuízo de uma maioria que dispõe de qualidades normais ou baixas. A “justiça de oportunidades” está baseada no conceito jurídico da igualdade de todos ante a lei, mas não basta a igualdade jurídica, dado que podem existir situações sociais que devam ser favorecidas: existem grupos que não podem usufruir desses direitos, a não ser amparados pela exceção da lei (p. ex., as pessoas com deficiência). Quando a situação justa é medida pela “justiça de necessidades”, a ninguém se lhe ocultará a diversidade de situações que cabe expressar por “necessidade”.

Essas interpretações podem oferecer critérios válidos, mas não são suficientes e devem receber correções para a implantação de uma sociedade justa. A difundida tendência utilitarista reduz o seu significado mais pleno e autêntico, porque a justiça não é uma simples convenção humana, porque o que é “justo” não está determinado originariamente pela lei, mas pela identidade profunda do ser humano. Todo sujeito há de ser reconhecido e tratado por toda outra pessoa como princípio absoluto de seus próprios atos, outorgando-lhe valor de fim e não de simples meio ou instrumento. A plena verdade sobre o homem é a que permite superar a visão contratual da justiça, abrindo-a ao horizonte da solidariedade e do amor, enquanto vias privilegiadas da paz.

*Faculdade de Teologia – PUCRS

O Excesso de Elaboração Legislativa

Ives Gandra Da Silva Martins*

Há, no Brasil, exagerada produção legislativa. Já-mais a inflação legislativa foi tão grande.

O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário divulgou levantamento das normas publicadas nos últimos 19 anos (desde a promulgação da Constituição Brasileira), tendo chegado ao dramático quadro de que foram editadas nada menos do que 3 milhões e 600 mil, das quais 235.900 têm natureza tributária. Apenas no âmbito federal são 148.577, ou seja, uma norma a cada 2 horas, nos últimos 19 anos.

E, no que concerne à Federação Brasileira, é uma disposição legal a cada 3 minutos.

Há um princípio, que vem do direito romano, de que a ninguém é permitido desconhecer a lei, que se presume de pleno conhecimento de cada cidadão (“ignorantia legis neminem excusat”). Como nenhum dos 183 milhões 680 mil brasileiros conhece as 3 milhões e 600 mil normas editadas, nos últimos 19 anos, à evidência, o princípio em que se alicerça o direito é de fantástica hipocrisia.

E, no campo tributário, com muita maior razão, visto que por sua monumental complexidade, nem mesmo as autoridades tributárias e judiciais as dominam plenamente.

À evidência, quanto mais complexo é um sistema, tanto mais fácil a sonegação dos impostos, a insegurança jurídica para os bons cumpridores da norma e a corrupção e concussão, com que muitas vezes, agentes menos escrupulosos se aproveitam para extorquir vantagens de contribuintes, muito embora eu reconheça uma sensível melhora no patamar ético dos agentes fiscais da Administração Pública, nos últimos anos.

A mentira conveniente de que se presume a lei conhecida de todos, em face desta “desidratação legislativa”, à nitidez, é a grande geradora da litigiosidade judicial, lembrando-se manifestação recente do Min. José Celso de Mello, de que o poder público é o principal cliente da Justiça (aproximadamente 70% dos casos que chegam ao Pretório Excelso).

Clama aos céus, portanto, a necessidade de uma reforma simplificadora, que todos os governos prometem desde 1990, mas nunca realizam, desde o momento que a União criou tributos indiretos e não os repassou (Cofins, PIS, CIDEs, CPMF etc.), detém 60% da arrecadação global, deixando para Estados (26), DF e Municípios (5500), os restantes 40%.

Por esta razão, a reforma que as entidades federativas desejam é para aumento de receita mais do que para simplificação do sistema, visto que a União não quer perder receitas e Estados e municípios querem arrecadar mais. Só os contribuintes é que desejam a redução de uma carga tributária que é 70% maior do que a média daquela dos países emergentes.

Afonso Celso escreveu livro intitulado “Porque me ufano de meu país”. Em matéria tributária, não há razão para o ufanismo de Afonso Celso existir, até porque, depois dos tristes escândalos e episódios do mensalão e da histórica decisão do STF a respeito deles, os nossos tributos mais financiam tais espécies de “acertos” do que a prestação de serviços públicos que continua baixa. Creio que o presidente da Academia Paulista de Letras, que me antecedeu, e que foi deputado federal (Israel Dias Novaes), tinha razão ao dizer, em sessão daquela sodalício, quando da comemoração do centenário da Obra, que a nova edição, se publicada em Brasília, teria como título “Porque afano o meu país”.

*Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIFMU, UNIFIEO, UNIP e das Escolas de Comando e Estado Maior do Exército-ECEME e Superior de Guerra-ESG, Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

Dia Internacional contra a Corrupção

José Paulo Baltazar Jr.*

Nove de dezembro é o dia Internacional contra a Corrupção, em referência à data da assinatura, na cidade de Mérida, da Convenção da ONU contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário. A corrupção de agentes públicos propriamente dita consiste na promessa, entrega ou solicitação de vantagem ao funcionário público, em razão de suas funções.

Em sentido amplo, porém, há outras práticas ligadas à corrupção, como a concussão, que é uma modalidade de extorsão na qual o funcionário exige vantagem do particular valendo-se do cargo público, ou o peculato, que consiste no desvio, apropriação ou subtração de valores ou bens por parte do funcionário público no exercício das funções. Todas essas práticas de corrupção, em sentido amplo, afetam o bom andamento dos serviços públicos, trazem prejuízo material para o cidadão de quem é solicitada ou exigida a vantagem econômica, para aquele que se vê preterido por não ter entregado a vantagem, e, mais grave, para o conjunto da sociedade, que vê desviados para proveito privado valores arrecadados mediante o pagamento de tributos e que deixam, portanto, de ser aplicados em sua finalidade legítima.

As práticas de corrupção minam ainda a confiança da população nos agentes públicos, em especial quando praticada nas altas esferas e, mais ainda, quando permanecem impunes.

As práticas de corrupção contam, porém, com uma altíssima cifra negra ou criminalidade oculta, ou seja, com um grande número de fatos que não são sequer noticiados às autoridades policiais ou administrativas, nem chegam ao conhecimento do Poder Judiciário. Muitos cidadãos temem denunciar o servidor corrupto, porque podem precisar novamente do serviço ou porque não acreditam na possibilidade de punição. Mas mesmo para os fatos que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário, é alto o índice de absolvições por falta de provas suficientes para condenação.

Esse estado de coisas poderia ser mitigado com a inclusão no Código

Penal do crime de Enriquecimento Ilícito de Funcionários Públicos, conforme sugestão que será apresentada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE à Comissão de Legislação Participativa do Congresso Nacional, o que dá cumprimento a compromisso assumido pelo Brasil ao aderir à Convenção da ONU contra a corrupção. Essencial, ainda, a inversão do ônus da prova, cabendo ao servidor comprovar a origem do seu patrimônio, caso seja esse incompatível com os vencimentos do seu cargo, em uma aplicação no processo penal da teoria da distribuição dinâmica da carga probatória. Com efeito, o servidor que tenha origem lícita para o patrimônio amealhado, como herança ou o exercício de outra atividade legal, não terá maiores dificuldades em comprová-lo. Com isso não se ofende aos dogmas do processo penal, mas se adapta a dogmática a novas realidades.

Outra medida importante seria a possibilidade de cassação da aposentadoria do servidor condenado por corrupção ou outro crime contra a administração pública, pois não são raros os casos em que o servidor público é punido criminalmente, mas segue recebendo proventos oriundos dos cofres públicos, pela ausência de previsão legal de cassação da aposentadoria na legislação penal, que menciona apenas a perda do cargo ocupado pelo servidor em atividade.

A passagem do Dia Internacional contra a Corrupção é momento adequado para lembrar tais medidas, com as quais o Brasil daria um passo adiante no sentido da efetividade da punição de agentes públicos corruptos, em especial nas altas esferas, e não se tenha que conviver e aceitar, passivamente, que governantes, parlamentares e outros agentes públicos possam usufruir tranqüila e impunemente de fortunas mal havidas, em prejuízo da população que paga impostos e sofre com a falta de serviços públicos adequados, também em função dos desvios e da corrupção.

*Juiz Federal, Mestre e Doutorando em Direito (UFRGS)

A Alimentação e a Comunicação como Direitos Sociais

Regis de Oliveira*

É indiscutível a importância da alimentação para o desenvolvimento físico e mental de um indivíduo. Mais do que isso, a alimentação garante a existência do bem maior que é a vida.

A principal norma internacional sobre o Direito à Alimentação está contida no artigo 11 da Convenção Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Comentário Geral nº 12, adotado em maio de 1999 por esta mesma Convenção. De acordo com essa norma, a fome deve ser eliminada e os povos devem ter acesso permanente à alimentação adequada, de forma qualitativa e quantitativa, garantindo a saúde física e mental dos indivíduos e das comunidades, além de uma vida digna. A fome é definida como insuficiência ou ausência de calorias no organismo.

A consequência do direito à alimentação é a segurança alimentar. Esta é a definição dada no primeiro parágrafo do Plano de Ação da Cúpula de Alimentação Mundial: "Segurança alimentar existe quando todas as pessoas, em qualquer momento, têm acesso físico e econômico à alimentação suficiente, segura e nutritiva, que vá de encontro a sua necessidade e preferências alimentares para uma vida saudável e ativa".

Em comunicação, esta é, sem dúvida nenhuma, uma das vias mais eficientes de inserção social, ajudando no resgate da cidadania e contribuindo para o fortalecimento da democracia. As novas tecnologias de informação devem ser utilizadas com esta finalidade.

A Constituição Federal, quando trata da ordem social, dedica um capítulo especialmente à comunicação social permitindo que o texto vá além das tradicionais normas sobre direitos individuais no processo comunicativo, como o direito à informação, à liberdade de expressão e às garantias da atividade jornalística, tradicionalmente consagradas nas nossas Constituições.

O compromisso constitucional com o pluralismo, expresso no art. 1º, V, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, já antecipa a necessidade de que a pluralidade se manifeste e seja conhecida. No art. 5º, IX, estabeleceu a Constituição que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

Nesse sentido, o art. 220 dispõe que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado disposto nesta Constituição".

O texto constitucional deixa claro a importância da alimentação e da comunicação na construção do indivíduo e na sua inserção na sociedade.

Assim, nada impede que a alimentação e a comunicação sejam inseridas no rol dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, uma vez que, ambas, são decorrências lógicas dos direitos à vida e à liberdade de expressão, iminentes a existência digna do ser humano.

* Deputado Federal (PSC/SP), Desembargador e professor-titular de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da USP.

Los Piratas de Latinoamérica

Baudelio Hernández*

En América Latina incluyendo el Caribe y Brasil la piratería de mercancías, especialmente vestuario, calzado, y electrónica son una constante que no se puede soslayar de los problemas del día a día.

Adicionalmente, la piratería de Películas y CD's de música es otro elemento que se suma a la cultura de la piratería.

Hoy en día se sabe, hay grupos perfectamente organizados que coludidos con la policía, los políticos, los burócratas y los chinos, han tendido redes que son difícilmente detectables por las políticas económicas y de seguridad que se llevan a cabo y siendo así, de momento resulta imposible de controlar este mal.

Pero el problema de la piratería no se va a resolver con mas cárceles o con multas estratosféricas impagables, situación que nos debe invitar a reflexionar sobre el problema grave y de SEGURIDAD NACIONAL para nuestros países que esto representa y que, en el mediano plazo, deberá tener una salida dentro de las economías nacionales y una solución práctica en la que todos los involucrados tendrán que aportar la parte de la solución que les corresponde.

Los gobiernos:

Los Gobiernos tendrán que hacer un esfuerzo por hacer que la riqueza que obtienen vía impuestos sea repartida de forma mas equilibrada y sobre todo llevando infraestructura y educación dentro de la cual, la piratería se vea por el estudiante y por el ciudadano común como una verdadera enfermedad que a futuro dañará a la familia y a la sociedad en general creando un mayor desempleo y un riesgo muy alto en la fabricación de medicamentos y alimentos con marcas pirata que puedan dañar la salud al grado de ocasionar la muerte.

Los gobiernos deberán implementar un sistema para capturar a los verdaderos delincuentes, o sea a los traficantes de las mercancías ilegales que producen las mercancías o productos o trafican a gran escala, los cuales (se sabe) están bien detectados pero los gobiernos se niegan a actuar por razones diversas ya que algunos empleados o miembros de los propios gobiernos hacen parte de la organización criminal y con influencias y corrupción, esta situación se complica y los gobiernos tendrán que atacar como parte de la piratería a la corrupción

teniendo que volverse mas honestos y mas responsables al efecto que se pueda volver a tener fe en los políticos, la cual se ha venido perdiendo por su propia culpa.

Los gobiernos deberán hacer reuniones para que en grupo se solicite a China que entienda que esto que esta creando con una mano de obra esclava y produciendo piratería, mas temprano que tarde desembocará en revoluciones económicas pequeñas que pueden hacer una gran guerra económica con la agravante de que puede crecer y ser un verdadero problema mundial como ya lo es en este momento en escalas que pueden considerarse bajo control.

Los gobiernos tienen la obligación de velar por los intereses de los pueblos y no los de sus bolsillos, este es el problema más grande que yo veo, un amor muy limitado de los políticos por sus pueblos y por sus territorios, lo que hace que la corrupción siga creciendo.

Finalmente implementar las políticas de amor a la patria y amor a los conciudadanos como una forma obligada de subsistencia con tolerancia ayudaría en mucho a limitar la piratería en América Latina y el caribe, pero esto estoy cierto, aplica para todo el mundo.

El empresario:

Por lo que hace al empresario, este debe pensar que no todos los mercados son iguales y que el poder adquisitivo de cada pueblo es diferente y por lo tanto los precios de sus artículos deben tener variantes para que la mayoría pueda tener acceso a la mercancía legal y se olvide de la mercancía pirata.

El empresario tiene que entender que si manda ha confeccionar una bolsa a China por el precio de US \$ 5.00 dólares, no se justifica que la venda en \$500.00 dólares; si eso no esta en su cabeza no debería quejarse de la piratería.

Lo mismo acontece con el que produce videos o películas y el que produce CD's de música, mientras no entienda que hay que poner los precios que el mercado demanda y no los que le llenen mas rápido el bolsillo su problema no va a terminar.

Igualmente sucede con los programas de cómputo; ya que mientras que los precios en USA para estos productos son ridículamente baratos, en los países

pobres son altamente caros.

Por tanto el análisis de los mercados y del poder adquisitivo de los ciudadanos en cada país se debe estudiar para seguir en los mercados de forma legal y así compartir el esfuerzo de contrarrestar la piratería.

Claro que ahí hay otros factores de control político y económico y de colonialismo que ejercen las grande potencia sobre las otras mas pobres y mas pequeñas y que es un fenómeno que hace parte del problema de la piratería, mismo que a la larga generará mayores problemas y que junto con la sobrepoblación, ya son parte del entorno pirata.

La Sociedad:

La sociedad, tiene un rol muy importante para contrarrestar la piratería; la sociedad debe ser educada para que aprenda a defenderse de los precios caros y de los piratas.

La sociedad debe pugnar por tener representantes sociales y no solo políticos y a través de estos tener la posibilidad de hacer demandas grupales para defenderse de los gobiernos y de los empresarios:

A.- De los gobiernos cuando estos no cumplen sus promesas

B.-De los empresarios cuando encarecen sin ninguna justificación los productos o los servicios

Lo anterior, como ya se hace en las sociedades de mayor desarrollo, ya que sin estas herramientas, la sociedad seguirá aislada y quejándose de su suerte sin hacer nada, aquí es donde su voto debe contar para exigir que sus derechos a una vida digna se cumplan.

La sociedad no debe ser apática a su entorno y a los problemas que tiene, de seguir así y no hacer nada... entonces no deberemos quejarnos.

Yo odio la piratería pero trato de entenderla como lo que es, un fenómeno peligroso al que hay que enfrentar con inteligencia, con valor, con honestidad, con respeto y con mucho cariño por un futuro mejor.

*Advogado atuante na área de propriedade intelectual. Ele realizou seus estudos na Universidad Nacional Autónoma do México e nos EUA. Escreveu diversos artigos sobre propriedade intelectual. Membro de diversas associações como: Colegio Nacional de Abogados Foro de México, Barra Mexicana de Abogados, Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Industrial (AMPI), entre outras.

A Obrigação de Fazer ou Não Fazer contra a Fazenda Pública

Cezar Santos *

O parlamento francês aprovou em suas duas casas as leis nº 473 e nº 474 que autorizam a ratificação respectivamente da Convenção sobre Concessão de Patentes Européias, tal como revista em novembro de 2000, e do Acordo de Londres, concluído em outubro de 2000.

Tais acordos visam o aprimoramento do sistema europeu de patentes instaurado nos anos 70 pela Convenção de Munique sobre a Patente Européia. A adoção de uma patente européia teve por objetivo facilitar e reforçar a proteção de invenções através de um processo único de obtenção da patente, a qual confere ao seu titular, uma vez concedida e para o país contratante designado, o mesmo direito que lhe conferiria uma patente nacional do país designado.

A Revisão da Convenção sobre Concessão de

Patentes Européias de novembro de 2000 estabelece uma proteção ainda mais eficaz, levando em conta a adaptação necessária frente à evolução técnica e jurídica na área de patentes, bem como a evolução internacional do sistema de patentes. Entre outras adaptações trazidas pela Revisão, destacam-se a implementação do método de reunião da pesquisa e exame do pedido de patente, bem como uma clarificação acerca da segunda utilização medicinal de uma substância já conhecida.

O Acordo de Londres busca promover o acesso à Patente Européia às pequenas e médias empresas e indústrias através de uma redução dos custos do processo de obtenção. Para este fim, o Acordo reduz a obrigatoriedade de tradução da patente para as diversas línguas dos países contratantes, estabelecendo apenas a obrigatoriedade

de tradução das reivindicações em língua alemã, francesa e inglesa e da integralidade da patente em uma destas línguas. Em caso de litígio, o Acordo estabelece a obrigação do titular da patente em fornecer a tradução integral da patente ao juiz e ao presumido contrafator.

A conseqüente ratificação destes dois diplomas internacionais se mostra como um passo de extrema importância no processo de reforma do sistema europeu de patentes, uma vez que reflete um interesse em transpor os obstáculos presentes nos trabalhos de implementação de uma jurisdição comum em matéria de patentes assim como um sistema de patentes comunitário.

*Professor Universitário da Ufba e da Ucsal, Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia

Parlamento Francês Aprova Mudanças no Sistema Europeu de Patentes

Karlo Fonseca Tinoco*

O parlamento francês aprovou em suas duas casas as leis nº 473 e nº 474 que autorizam a ratificação respectivamente da Convenção sobre Concessão de Patentes Europeias, tal como revista em novembro de 2000, e do Acordo de Londres, concluído em outubro de 2000.

Tais acordos visam o aprimoramento do sistema europeu de patentes instaurado nos anos 70 pela Convenção de Munique sobre a Patente Européia. A adoção de uma patente européia teve por objetivo facilitar e reforçar a proteção de invenções através de um processo único de obtenção da patente, a qual confere ao seu titular, uma vez concedida e para o país contratante designado, o mesmo direito que lhe conferiria uma patente nacional do país designado.

A Revisão da Convenção sobre Concessão de Patentes Europeias de

novembro de 2000 estabelece uma proteção ainda mais eficaz, levando em conta a adaptação necessária frente à evolução técnica e jurídica na área de patentes, bem como a evolução internacional do sistema de patentes. Entre outras adaptações trazidas pela Revisão, destacam-se a implementação do método de reunião da pesquisa e exame do pedido de patente, bem como uma clarificação acerca da segunda utilização medicinal de uma substância já conhecida.

O Acordo de Londres busca promover o acesso à Patente Européia às pequenas e médias empresas e indústrias através de uma redução dos custos do processo de obtenção. Para este fim, o Acordo reduz a obrigatoriedade de tradução da patente para as diversas línguas dos países contratantes, estabelecendo apenas a obrigatoriedade de tradução das reivindicações em língua alemã,

francesa e inglesa e da integralidade da patente em uma destas línguas. Em caso de litígio, o Acordo estabelece a obrigação do titular da patente em fornecer a tradução integral da patente ao juiz e ao presumido contrafator.

A conseqüente ratificação destes dois diplomas internacionais se mostra como um passo de extrema importância no processo de reforma do sistema europeu de patentes, uma vez que reflete um interesse em transpor os obstáculos presentes nos trabalhos de implementação de uma jurisdição comum em matéria de patentes assim como um sistema de patentes comunitário.

*Advogado, Mestre em Direito da Propriedade Intelectual e Doutorando pelo CEIPI - Université Robert Schuman - Strasbourg III, França.

O Direito Ambiental e os Princípios Aparentemente Antípodos da Precaução e do Desenvolvimento Sustentável

Desembargador Wellington Pacheco Barros*

O estudo do direito ambiental no Brasil é recente, bem mais do que o estudo perpetrado na Europa sobre esse mesmo direito, de onde, inclusive, é originário. De um lado, isso retrata o fenômeno da globalização ou da internacionalização da ciência jurídica muito em voga nos últimos anos, porém, do outro lado, isso pode contribuir para refrear o aspecto desenvolvimentista tópico existente em todo direito. Importar regras jurídicas e aplicá-las em outro país só porque foram boas na origem é atentar contra a aculturação predisposta no direito como ciência social de um povo. Numa visão própria do direito ambiental, é agredir o meio ambiente cultural de um país.

No entanto, não se pode impedir o progresso, mesmo porque ele é um fator essencial na vida do homem e da sociedade e, por conseguinte, base de sustentação do direito como ciência social (Aliás, sobre a inevitabilidade do progresso é possível evocar-se com a devida ressalva a frase jocosa e disparatada porque proferida por uma autoridade pública, da Ministra do Turismo Marta Suplicy, que, no entanto, tem uma alta dose de realidade, quando, perguntada por um repórter sobre o que deveriam fazer os usuários sobre o caos nos aeroportos, respondeu que deveriam relaxar e gozar). Portanto, importar princípios jurídicos é relevante, desde que tais princípios sejam adaptados à realidade nacional. No campo do direito ambiental isso é salutar porque o meio ambiente brasileiro, seja ele natural, artificial, cultural ou do trabalho, possui pressupostos específicos. Assim, apreender o direito estrangeiro e adaptá-lo à realidade ambiental brasileira é atitude racional do jurista pátrio.

O direito ambiental brasileiro adotou dois princípios clássicos e gerais aparentemente antípodos: o princípio da precaução e o princípio do desenvolvimento sustentável.

O princípio da precaução ganhou foro de regra geral de direito ambiental na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, com o seguinte enunciado:

Princípio 15 - De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

A Constituição Federal, no seu art. 225, inciso IV, de forma expressa já o havia adotado nos seguintes termos:

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Porém, foi a Lei nº 6.938/81, no seu art. 10, que o incluiu como regra positiva no direito ambiental brasileiro:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de

estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

À quisa de explicação didática, tem-se que o princípio da precaução não é exação discricionária do Poder Público. Trata-se de regra a ser definida por lei específica. Assim, é possível afirmar-se que o princípio da precaução se exterioriza pelo princípio da legalidade. A lei, e somente ela, é que definirá qual a instalação ou a atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente. O Anexo VIII, da Lei nº 6.938/81, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.165/2.000, define as atividades potencialmente poluidoras.

Por sua vez, o princípio do desenvolvimento sustentável também ganhou foro de regra geral de direito ambiental na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1.992 e pode ser resumido no seguinte silogismo:

a) Os seres humanos de cada País estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável porque eles têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza;

b) Mas, desde que isso seja resguardado, tem o País o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e desenvolvimento desde que assumam a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

O art. 170, inciso VI, da Constituição Federal, com a redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, de forma expressa, consagrou o princípio ao dizer que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Mas, o que se observa na vida jurídica ambiental brasileira é a interpretação de prevalência do princípio da precaução sobre o princípio do desenvolvimento sustentável, em flagrante atentado à teoria dos princípios que sustenta a equiplôncia entre princípios

jurídicos. Assim, é possível observar-se um certo maniqueísmo na defesa de um meio ambiente utópico ou ideal e que por isso mesmo de nenhum modo pode ser modificado. Trata-se de um ufano aleatório e midiático do politicamente correto muitas vezes propalado sem o devido lastro científico. Como ação política educativa implementada pelo Poder Público ou mesmo por entidades da sociedade como forma de difusão da essencialidade do meio ambiente é até admissível. O preocupante é que essa defesa intransigente possa contaminar os estudiosos desse novo direito levando de roldão princípios jurídicos fundamentais e instituidores do próprio País que, no campo do meio ambiente, optou pela conjugação do princípio da precaução com o do desenvolvimento sustentável.

Ou seja, o meio ambiente deve ser preservado (princípio da precaução), mas, deve permitir-se o seu uso de forma adequada à necessidade de desenvolvimento do País (princípio do desenvolvimento sustentável).

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Especialista e Mestre em Direito.

OAB-RS 2.940

W WELLINGTON BARROS

advogados associados

Áreas de atuação:
Direito ADMINISTRATIVO
Direito AGRÁRIO
Direito AMBIENTAL

Rua Antenor Lemos, 57 - cjs. 403/410 - Menino Deus
CEP 90850-100 - Porto Alegre - RS
Fone/Fax: 51 3231.9489
contato@wellingtonbarros.adv.br
www.wellingtonbarros.adv.br

Decretos Soviéticos no Período do Holodomor na Ucrânia 1932-1933

Yuliy Tatárchenko*

Em novembro de 2007, fez 90 anos da Revolução Russa e 75 anos da grande fome na Ucrânia, conhecida no mundo como Holodomor, que significa “matar pela fome”. Há materiais daquela revolução, que transformou a “Prisão dos povos” - assim se chamava a Rússia Tzarista, no “Império de mão” soviético, cuja prática totalitária só para o povo ucraniano “custou” pelo menos 40 milhões de vidas, perda de independência, a guerra civil e três fomes artificiais (1921-1922, 1932-1933 e 1946-1947) com milhões de vítimas.

O Holodomor foi mais horrível e inumana forma de quebrar a resistência dos camponeses, que como coluna vertebral da Nação ucraniana, opunha-se a criminosas práticas de coletivização forçada e também a impedir a Ucrânia, com suas terras férteis no centro da Europa, com tradições sólidas estadistas, grande potencial econômico e humano de abandonar a União Soviética. Fracassando na companhia de coletivização, já em abril de 1930, Moscou escolheu uma tática de erradicar a “nação rebelde” por meio de uma carga tributária elevada e punição.

No outono de 1932, na Ucrânia e na região de Cuban (hoje território da Rússia com etnia ucraniana) foram expropriados todos os produtos de famílias que segundo o poder “não cumpriram o plano de arrecadação”, ou seja, da maioria de

produtores rurais. Nos documentos oficiais tratava-se das multas naturais só com a carne, o bacon e a batata. Mas na realidade foi confiscada toda a produção, incluindo cebola, abóbora e beterraba. Como resultado a fome passou a Holodomor. No resto do território da URSS esse tipo de terror com a arrecadação total de produtos, ou seja, terror de fome artificial, não se registrou.

O Kremlin, baseando-se nos “decretos”, isolou os camponeses ucranianos que passavam fome das regiões que não sofreram da fome, com uma meta evidente: obrigá-los a morrer em casa. Em outono de 1932 – inverno de 1933 nas fronteiras com a Ucrânia atuava “cercas” de bloqueio dos alimentos, organizadas pelas forças interiores e milícia soviética. Foram instituídas “tábuas pretas” - registros com nomes de povoados que “sabotaram” a contribuição dos alimentos ao poder soviético, que foram praticamente destruídos.

Ao comparar a situação dos camponeses na Ucrânia com outras regiões, se vê que no território da Rússia, por exemplo, os camponeses ficavam com produtos avícolas, gado doméstico e também com os produtos de longo tempo de preservação, não houve cercas de bloqueio dos alimentos, não se praticava a proibição de deixar o lugar de moradia. A fome na Rússia nessas regiões em maioria foi causada pela liquidação

“ A definição da Convenção da Assembléia Geral da ONU de 9 de dezembro de 1948 determina o genocídio como um “ato perpetrado com a intenção de aniquilar totalmente ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso, especialmente com a criação, para membros do grupo, de condições de vida que sejam capazes de provocar seu aniquilamento físico total ou parcial”.. ”

do sistema estatal do apoio de famílias. Nas duas regiões de Volga de 435 mil km², segundo os dados do historiador russo V. Kondraschin, nos anos 1932-1933 da fome morreram 366 mil pessoas. Na Ucrânia a maior parte dos mortos era no campo. O ponto alto da tragédia de Holodomor foi na primavera de 1933, naquele período na Ucrânia a cada minuto morria 17, a cada hora 1000 e a cada dia 25 mil pessoas.

Hoje, apesar de uma evidência da natureza criminosa de ações do governo de Stalin na organização do Holodomor, existe uma resistência ao reconhecimento desse fato como genocídio do povo ucraniano. A definição da Convenção da Assembléia Geral da ONU de 9 de dezembro de 1948 determina o genocídio como um “ato perpetrado com a intenção de aniquilar total-

mente ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso, especialmente com a criação, para membros do grupo, de condições de vida que sejam capazes de provocar seu aniquilamento físico total ou parcial”. Nesse contexto surge uma pergunta: será que 8-10 milhões de ucranianos, que perderam suas vidas de mesmo modo, período e território, não são suficientes para reconhecê-los pelo mundo civilizado como vítimas do genocídio, como já o fizeram EUA, Brasil, Argentina, Espanha, Polônia, Hungria, Estônia, Lituânia, Peru e Equador?

*Mestre em Letras e Filosofia social. Nos anos 80 cumpria “missões internacionais” em Cuba e Angola. Desde 1996 trabalha no Brasil. Agora Secretário da Embaixada da Ucrânia.

Infiel- a história de uma mulher que desafiou o Islã

César Augusto Baldi*

Em artigo recente, publicado na Folha de São Paulo (25.10.2007), Contardo Calligaris analisou o livro “Infiel”, biografia da somali Ayaan Hirsi Ali, narrando sua história de “desafio ao Islã” e sua trajetória, desde o horror da guerra civil e as “lutas entre clãs” até sua fuga ao Ocidente, onde se tornou cidadã holandesa. Destaco os seguintes pontos de sua argumentação: a) o fundamentalismo e o terrorismo islâmicos não se fundam numa distorção do Islã, mas se encontram inscritos no Alcorão; b) o embate frontal entre o Ocidente e o Islã somente será evitado se este último passar por “uma revolução interna comparável com a que sacudiu o cristianismo no começo da modernidade!”; c) a estratégia de uma convivência possível, em lugares como a Europa, não passa pela “simples tolerância, mas pela exigência ativa de uma integração dos imigrantes na cultura para onde se mudaram ou fugiram”, o que inclui a “capacidade de recusar a diferença quando ela for inimiga de nossos valores”; d) não há espaço, no Ocidente, para “a submissão das mulheres, o ostracismo das minorias sexuais, o poder patriarcal indiscriminado e, sobretudo, não há espaço para a confusão entre religião e Estado de direito”.

Em se tratando de um psicanalista, as observações são reveladoras do tanto de eurocentrismo de que estamos imbuídos quando analisamos culturas distintas.

Primeiro, porque desconhece que a relação entre terrorismo e fundamentalismo impregna todas as religiões monoteístas, e que o próprio fundamentalismo é, originariamente, um fenômeno cristão e não islâmico.

Segundo, porque a discussão sobre o significado do Islã e do Corão está em permanente renegociação nas distintas comunidades de crentes. Antes que um Islã único, existe um Islã plural, no sentido geográfico (é distinta a situação no Sudeste Asiático ou na Europa), jurídico (não há uma escola jurídica islâmica, mas, no mínimo, seis, com distintas fontes do direito, tradições de interpretação e formas de raciocínio), ou cultural (diferem os contextos conforme o colonizador

foi britânico, holandês, inglês ou francês). Da mesma forma, muito do que se tem afirmado como islâmico- por exemplo, a circuncisão feminina- tem muito mais em comum com tradições culturais que religiosas.

Terceiro, porque inexistente concomitância entre posicionamento religioso e político: um racionalista ou liberal, do ponto de vista religioso, não necessariamente corresponde a um ponto de vista político democrático, da mesma forma que nem sempre conservadores religiosos dão suporte a regimes ditatoriais.

Quarto, a própria definição, amplamente divulgada, entre “moderados” e “extremistas” tem forte carga etnocêntrica, associada à discussão “secular” e “religioso”, ignorando a multiplicidade de leituras e posições políticas dentro do Islã. Assim, não há como reduzir a experiência turca de Recep Erdogan, ou a revolução islâmica do Irã, às mesmas posições políticas da Al-Qaeda ou dos talibãs.

Quinto, porque a “reforma islâmica” será ou não efetuada em termos completamente distintos daqueles em que ocorreu com o cristianismo. Contra a monocultura do tempo linear, que enxerga no Islã o passado do cristianismo, muitas outras possibilidades históricas estão abertas, incluindo outras modernidades islâmicas. Neste campo, o Irã e a Turquia são os dois grandes campos de experimentação de alternativas, e o Paquistão e a Argélia, os casos mais dramáticos de encruzilhada de caminhos a que se chegou após sucessivos apoios ocidentais a governos autoritários.

Sexto, porque a assimilação das comunidades islâmicas supõe uma diferença cultural que é, em realidade, uma diferença colonial e, portanto, inimaginável um processo inverso. Partindo, pois, da idéia de que o “progresso” está do lado de cá, à “barbárie” só lhe sobra a conversão à “civilização” e, por isto, a tolerância sempre encontra limites. A razão ocidental, portanto, pode aos outros nomear, sem a si mesma ser nomeada.

Sétimo, porque a tolerância, sendo ela, na origem, uma idéia religiosa, vem a ser esgrimida, justamente para marcar a separação dos espaços público e privado, levando, pois, à manutenção do sexismo, do colonialismo, do racismo nas relações privadas. A proibição do véu mais reforça a dominação masculina, que a reduz.

Oitavo, porque tanto a submissão das mulheres quanto o ostracismo das minorias sexuais quanto o poder patriarcal não são infensos à tradição ocidental, e o número de casos de violência doméstica, morte e discriminação de homossexuais masculinos e femininos, bem como a resistência para alterar legislações patriarcais são apenas as faces mais evidentes.

Nono, porque a manutenção do estereótipo da mulher islâmica como submissa, a par de orientalista, ignora a capacidade de iniciativa das mulheres- que só podem ser “libertadas” pelo Ocidente ou por outras “mais iluminadas”. Com isto, faz tábua rasa às diversas formas de lutas nos países islâmicos, das quais as mais vibrantes têm vindo, justamente, daquilo que se convencionou chamar “feminismo islâmico”, que repensa a questão da igualdade, da diferença e do reconhecimento, sem abdicar, contudo, de um referencial islâmico. Tem sido delas o questionamento mais vigoroso de sucessivos monopólios: da tradição patriarcal de leitura, do etnocentrismo das análises e da matriz secular dos direitos humanos. Vem daí uma releitura das tradições que pode colapsar muitas de nossas mais presentes “monoculturas da mente”. Talvez, por isto, sejam tão invisibilizadas, e se dê tanta atenção às Ayaan Hirsi Ali de todos os cantos, que servem para construir o monólito cultural que Contardo Calligaris tão bem pode continuar reproduzindo. Talvez seja o futuro desta ilusão que esteja sendo posto em xeque.

*Mestre em Direito (ULBRA/RS), doutorando Universidad Pablo Olavide (Espanha), chefe de gabinete no TRF-4ª Região, é organizador do livro “Direitos humanos na sociedade cosmopolita” (Ed. Renovar, 2004).

Uma verdadeira solução prática do Direito

LANÇAMENTO

5 Primeiros Volumes



**Formato
115x155mm**

Coleção

PRÁTICA DO DIREITO

COORDENAÇÃO: Edilson Mougenot Bonfim

APENAS R\$ 18,90 CADA EXEMPLAR

**INVENTÁRIOS E PARTILHAS
DE ACORDO COM A LEI Nº 11.441,
DE 4 DE JANEIRO DE 2007**

Cristiano Pereira Moraes Garcia
1ª edição, 2008,
brochura, 192 págs.

UNIÃO ESTÁVEL

Ana Cláudia S. Scalquette
1ª edição, 2008,
brochura, 204 págs.

**A EMPRESA EM CRISE
FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO
JUDICIAL DE EMPRESAS**

Fernando F. Castellani
1ª edição, 2008,
brochura, 148 págs.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Antonio Cecílio M. Pires
1ª edição, 2008,
brochura, 128 págs.

HABEAS CORPUS

Vitore André Z. Maximiano
1ª edição, 2008,
brochura, 120 págs.

AGUARDE!

*Sempre
com você!*

**NOVIDADES
SARAIVA
2008**

**Vade Mecum
TOTALMENTE ATUALIZADO**

Códigos **CONJUGADOS**

Códigos **TRADICIONAIS**

Códigos **MÍNI**

**Coleção SARAIVA
de Legislação**

Em 2008 mais uma novidade:

CÓDIGOS SARAIVA

**ATUALIZAÇÃO SEMANAL NA INTERNET
Agora com aviso de atualização por SMS**

Preços válidos nas livrarias de todo o país, exceto Acre, Amazonas, Roraima e Rondônia. Consulte condições de comercialização nessas regiões diretamente nas livrarias. Preços sujeitos a alteração sem prévio aviso.

SAC

Grande São Paulo: (11) 3613-3210
Demais localidades: 0800 055 7688
saraivajur@editorasaraiva.com.br

www.saraivajur.com.br



**Editora
Saraiva**

Controles e Legitimação da Autonomia das Agências Reguladoras

Lucas de Souza Lehfeld*

O destino das agências reguladoras brasileiras é incerto. Desde o colapso do setor aéreo, agravado pelos recentes desastres, colocou-se em discussão o modelo regulatório implantado no país, especialmente quanto à autonomia dessas entidades e eficácia de sua atuação.

As agências reguladoras foram instituídas na década de 90, com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, momento em que se procurou um novo perfil estatal na economia, com a abertura à iniciativa privada de mercados, especialmente de serviços públicos, até então monopolizados pelo Estado. Para tanto, em face da experiência norte-americana e pressão dos investidores internacionais (global players), escolheu-se o modelo regulatório capitaneado por agências, as quais, no Brasil, ganharam o revestimento de autarquias de regime especial, caracterizado pela ampla autonomia no exercício de suas funções, e atribuição de mandatos fixos aos seus diretores.

A “importação” do modelo norte-americano, entretanto, desde o início apresentou certa dificuldade de adaptação na lógica da estrutura administrativa brasileira. De influência francesa, a Administração Pública no país apresenta forte controle hierárquico por parte da cúpula do Executivo quanto às suas entidades descentralizadas, cenário que já propiciou conflitos de interesse entre Ministérios e agências, o que traz incertezas sobre a autonomia decisória desses órgãos diante de ingerências político-partidárias.

Acresce a essa crise de identidade a restrição orçamentária e falta de profissionais qualificados para o exercício da regulação. Em 2006, por exemplo, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), primeira agência a ser criada (1996), teve autorizado em lei um orçamento de R\$ 279,7 milhões, mas apenas R\$ 112,9 milhões foram liberados, sendo o restante, ou seja, 59%, contingenciados.

Quanto aos seus quadros, a realidade também não é animadora. No ano de 2000, estabeleceu-se, pela Lei n. 9.986, art. 1º, o regime de emprego público para a composição das agências reguladoras. Notória incompatibilidade com a natureza das funções realizadas por esses órgãos, que evidentemente demandam de seus membros estabilidade e outras garantias inerentes ao cargo público. Embora declarada liminarmente, no mesmo ano, a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo STF, somente quatro anos depois foi estipulado o regime estatutário para os principais cargos das agências, pela Lei n. 10.871/04, demora que propiciou mais percalços a regularidade do modelo regulatório.

No que se refere a cargos de direção, a discussão é ainda maior, principalmente pela estabilidade dos diretores das agências reguladoras em razão dos mandatos fixos, não coincidentes com o mandato presidencial. A principal finalidade de se atribuir essa qualidade aos cargos de direção foi a de priorizar o embasamento técnico em detrimento de interesses políticos transi-

tórios no processo decisório desenvolvido por esses órgãos, que tanto podem afetar o poder público, quanto às empresas privadas e aos usuários dos serviços regulados. No entanto, não é isso o que se observa. Pelo fato da nomeação dos diretores ser de competência do Chefe do Poder Executivo, após aprovação do Senado, em determinados setores é possível constatar a presença de agências constituídas por pessoas que não apresentam formação e qualificação técnica relacionadas às atividades e ao mercado a serem regulados, como se constata na composição, por exemplo, da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

Entendemos, contudo, que essa deficiência não deva ser considerada como motivo para restrição da autonomia das agências, a partir de uma maior interferência política no seu processo de composição, em especial pelos Ministérios e Congresso Nacional. Tal condição, evidentemente, coloca a estrutura orgânica do modelo regulatório em uma espécie de varejo político, em que podem ocorrer negociações de cargos de direção para fins de barganhas político-partidárias.

A autonomia é fundamental para sobrevivência das agências. A legislação pertinente à regulação estatal estabelece meios para a destituição de diretores que sejam considerados incompetentes no exercício de suas funções, como a instauração de processo administrativo disciplinar, sentença judicial transitada em julgado, ou mesmo avaliação de desempenho. Autonomia, portanto, não significa soberania, ou mesmo privilégio, mas sim qualidade sine qua non quanto à blindagem das agências em relação aos interesses econômicos – fenômeno conhecido como captura do órgão regulador pelo regulado – ou políticos. Os diretores, nesse sentido, não são intocáveis, mas servidores públicos submetidos aos princípios que regem a Administração Pública, como o da moralidade e eficiência.

Por isso é que a autonomia desses órgãos somente se legitima a partir de controles institucionais, operacionalizados pelo Legislativo, Judiciário e Ministério Público, e sociais, por instrumentos de participação direta dos usuários dos serviços públicos regulados. Maior transparência, comunicação coordenada com outras entidades de fiscalização do mercado, e foco na participação cidadã são pressupostos fundamentais para a sobrevivência das agências reguladoras, no exercício regular e eficaz de suas atividades, sejam elas decisórias, normativas ou operacionais.

*Advogado. Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP; do Curso de Direito da Fundação Educacional de Barretos, SP – FEB. Coordenador do Núcleo de Pesquisa Jurídica das Faculdades Integradas de Bebedouro, SP – FAFIBE. Membro titular da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio.

Considerações sobre a concessão de Assistência Judiciária Gratuita às Pessoas Jurídicas

Ana Cláudia Redecker¹
Talitha Regina de Melo Fidelis²

A Assistência Judiciária Gratuita – AJG – como conhecemos, é amplamente utilizadas por pessoas físicas que, não podendo arcar com as custas processuais e honorários sucumbências sem prejuízo próprio ou familiar, se enquadram na situação descrita na Lei 1.060/50 (Art. 2º. e parágrafo único). Não é necessário, para tanto, que a pessoa seja miserável; é suficiente que a mesma demonstre que o pagamento das custas e honorários acarretará dificuldade na manutenção dos seus compromissos financeiros habituais.

Questiona-se, então, a possibilidade da fruição destes benefícios para a pessoa jurídica – PJ – (associações, fundações, sociedades simples e empresária) posto que a referida Lei trata expressamente de pessoa física. Num primeiro momento a tendência seria dizer que não porque a Lei é clara nesse sentido, contudo, noutra perspectiva, é sensato supor que sim, pois as despesas processuais podem acarretar gastos que, em muitos casos, a PJ não poderia suportar, em especial as associações, fundações e aquelas enquadradas como Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), estas últimas normalmente empresas familiares na qual figuram como sócios marido e esposa e a renda familiar e da empresa tem a mesma origem.

A jurisprudência acerca do tema vem assentada no sentido de se entender o benefício da AJG à pessoa jurídica, desde que comprovada a carência de recursos, que impossibilite o recolhimento das custas processuais e o pagamento das demais despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção ou que encontra-se em precária situação financeira. Nesse sentido, a AJG: “1. ‘Cabe à pessoa jurídica, que comprovar não ter condições de suportar os encargos do processo, não relevando se ela possui fins lucrativos ou beneficentes, o benefício da justiça gratuita’ (REsp n.º 321.997/MG, Corte Especial, Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 16.08.2004). 2. Precedentes da Corte Especial: REsp n.º 653.287/RS, Min. Ari Pargendler, DJ de 19.09.2005 e REsp n.º 409.077/RS, Min. Laurita Vaz, DJ de 25.09.2006. 3. Embargos de divergência a que se nega provimento. (REsp 839.625/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, julgado em 22.08.2007). Entretanto, algumas decisões do STJ excluem das pessoas jurídicas sem fins lucrativos a necessidade da prova, sendo o ônus de provar, em regra, maior para as pessoas jurídicas com fins lucrativos. Vejamos: ‘(...) Tratando-se de pessoa jurídica sem fins lucrativos, o benefício será concedido independentemente de prova. Se, de outro lado, tratar-se de pessoa jurídica com fins lucrativos, a gratuidade estará condicionada à comprovação da existência de dificuldade financeira. (...)’ (REsp 603.137/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 22.05.2007).

À parte contrária, que não concorda com a concessão do benefício ao Autor, resta impugná-la. A impugnação pode ou não ser acolhida. Se se tratar de PJ sem fins lucrativos o ônus da prova é do impugnante, caso contrário, é do impugnado. Nesse sentido: ‘(...) Em se tratando

de entidade filantrópica, de assistência social ou similares, basta o requerimento e a declaração do estado de pobreza, a qual goza de presunção juris tantum, incumbindo, portanto, à parte ex adversa a prova em contrário. De outro turno, tratando-se de pessoas jurídicas com fins lucrativos, cabe ao requerente comprovar a impossibilidade de pagamento dos encargos do processo, sem comprometer a sua existência. (...)’ (REsp 656.274/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.05.2007). No entanto, o TJ/RS tem entendido que o ônus da prova é sempre do impugnante, vejamos: ‘A declaração de falta de recursos econômicos da parte para suportar os encargos processuais, seja ela pessoa física ou jurídica, é bastante à concessão do benefício da assistência judiciária gratuita. Presunção juris tantum que somente pode ser afastada por prova cabal em contrário. Exegese do art. 7º da Lei nº 1.060/50. Agravo de instrumento provido, por decisão monocrática do Relator.’ (Agravo de Instrumento Nº 70015266141, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sejalmo Sebastião de Paula Nery, Julgado em 12/05/2006).

Face ao que antecede, podemos concluir que o concessão de AJG, apesar da Lei n. 1060/50, não fazer referência a pessoa jurídica, poderá ser deferida. O ponto em que há divergência na jurisprudência analisada é se cabe à própria pessoa jurídica comprovar a sua impossibilidade de arcar com as despesas processuais, justificando, assim, a concessão do benefício da AJG, ou se basta que a mesma anexe ao seu pedido o requerimento e a declaração de pobreza. Entendemos que o ideal, apesar do conteúdo das decisões analisadas, é colacionar no pedido de AJG os elementos suficientes no sentido de comprovar a ausência de recursos para suportar o custo processual da ação independente da PJ ter ou não fins lucrativos, podendo ser feita tal prova anexando a cópia da declaração de Imposto de Renda da PJ, ou, ainda, por outros documentos.

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito pela PUC/RS, professora de direito da PUC/RS, UniRitter e UFRGS e advogada responsável pela Área Societária do Escritório Campos Advocacia Empresarial. 2 Estudante de Direito da PUC/RS.

ESPECIALISTAS EM EXAME DE ORDEM

Ainda há tempo para se preparar para **1ª fase** do Exame: últimas vagas nos cursos **Super+** (início 17/12) e **Revisão Total** (início 07/01). Turmas manhã ou noite, porque pensou Exame de Ordem, pensou **Retorno Jurídico**.

 **RETORNO**
JURÍDICO

2ª fase > Civil, Penal ou Trabalho
Turmas manhã ou noite (início 29/01) ou apenas aos sábados (início 26/01): vagas limitadas!

(51) 3225-3373 www.retornojuridico.com.br



PÓS-GRADUAÇÃO EM

- DIREITO PENAL
- DIREITO PÚBLICO
- PROCESSO CIVIL
- GESTÃO PÚBLICA

PREPARATÓRIO PARA CONCURSOS

- TRE • ANALISTA E TÉCNICO } TURMAS MANHÃ ou NOITE
- POLÍCIA FEDERAL } DELEGADO - AGENTE - PERITO
- CEF • CAIXA ECONÔMICA FEDERAL } TURMAS MANHÃ, NOITE ou SÁBADOS
- INSS • TÉCNICO } TURMAS MANHÃ ou NOITE
- MP/RS • SECRETÁRIO DE DILIGÊNCIAS } TURMAS MANHÃ ou NOITE



FACULDADE **projecção**
Educação para toda a vida
Brasília-DF

www.cpcrs.com.br

(51) 3225-4075 / 3212-2425

AV. FARRAPOS - Nº 235

"TODAS AS COISAS CONCORREM PARA O BEM DAQUELES QUE AMAM A DEUS" - Romanos. 8-28

ESMAFE-RS
A Escola dos Juizes Federais

CURSOS

- Curso Regular de Preparação à Magistratura Federal (Porto Alegre e Passo Fundo)
- Intensivo de Preparação à Magistratura Federal
- Especialização em Direito Previdenciário
- Especialização em Direito Público (Porto Alegre, Caxias do Sul e Rio Grande)
- Cursos de Atualização
- Curso de Sentenças

Novidade: Curso de Especialização em Direito Público em RIO GRANDE
(51) 3286.0310 www.esmafe.org.br

Rua dos Andradas, 1001, conj. 1603 - Porto Alegre/RS - CEP 90020-007

AJUFERGS
Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul

ESMAFE-RS
A Escola dos Juizes Federais

1001

Produtos de Informática

- Computadores, Componentes, Periféricos, Software, Acessórios e Suprimentos

Serviços de Informática

- Recargas de cartuchos p/ impressoras - NBR ISO 9001
- Up grade
- Manutenção de Computadores e Impressoras

Telentrega: (51) 3219-1001
consultoria.informatica@1001.com.br

IB

Bruno Espiñeira Lemos

ADVOGADOS ASSOCIADOS



Atuação especializada
em
Tribunais Superiores



SHS QUADRA 6, CONJUNTO A, BLOCO C, SALAS 1603 A 1605
TEL/FAX: 55 61 - 3322-4071 - E-MAIL: BRUNO@BRUNOESPINEIRA.ADV.BR
ED. BRASIL XXI - BRASÍLIA - DF CEP - 70.322-915

Maceió - Alagoas - Brasil

Viver na Cidade do Sol "Paraíso das Águas"

Localizada na parte central da faixa litorânea do estado de Alagoas, inserida na mesorregião do leste alagoano e microrregião que leva seu nome, o município de Maceió estende-se entre os paralelos 09°21'31" e 09°42'49" de latitude sul e os meridianos 35°33'56" e 35°38'36" de longitude oeste.

Maceió tem, segundo pesquisas, a segunda melhor água potável do Brasil, possui clima tropical, a menor temperatura na capital foi 11,3°C, no dia 16 de junho de 1980, o sol aquece a cidade durante 270 dias do ano.

O conforto é de metrópole, as praias são de paraíso e as jangadas, de vila de pescador!

Objectivo é fornecer aos nossos Clientes a qualidade dos serviços, produtos e soluções personalizadas,

através do cumprimento de orçamentos, prazos e especificações estabelecidas nos contratos, com segurança jurídica exercida por profissionais competentes, com larga experiência Internacional.

O negócio é dirigido a todos que queiram investir e maximizar resultados baseados na prestação de serviços técnicos, fornecimento de produtos e soluções, fundamentados num amplo domínio, utilizando as metodologias mais adequadas para otimizar prazos, preços e custos.

Faça como eu, invista em Maceió!

José Júlio Gomes da Silva
Coronel Exército Português (res)



EDGAR HATYIA

Abuso do Poder Acusatório e Jurisprudencial do STF

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, autografa o livro Curso de Direito Constitucional em autoria conjunta com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, no I Congresso Internacional – Crime Justiça e Violência, promovido pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e pelo Instituto Pan-Americano de Política Criminal, realizado em setembro de 2007, no Maksoud Plaza Hotel, em São Paulo. Leia a transcrição feita pelo Jornal Estado de Direito de parte da palestra.

Carmela Grüne - Ministro Gilmar Mendes, para nós é uma honra ter acompanhado sua palestra, de grande valor, que será repassada ao público leitor do Jornal e gostaria que o senhor fizesse um breve relato sobre a questão da Amplitude Garantista do Direito Penal e o Estado de Direito.

Ministro Gilmar Ferreira Mendes - Na verdade, o direito penal e processual penal de certa forma é um pouco um sismógrafo - essa é uma expressão de Roxin - do estado de direito. Se de fato eles são aplicados com moderação, com o devido cuidado, com respeito ao devido processo legal, é porque o estado de direito está funcionando. Se nós temos essa ânsia de vingança, essa ânsia de punir e nos descuramos da aplicação dos elementos elementares, é porque o estado de direito está de alguma forma sob ameaça. Então é preciso ter essa referência básica. Eu tenho a impressão que a gente tem na verdade é um elemento de aferição do próprio funcionamento do estado de direito. Porque o Estado que tem o dever de punir, de encetar as ações penais, é o mesmo Estado que tem o dever de incorporar os direitos fundamentais nas suas regras básicas e assegurar o estado de direito. E esse papel é importante no Poder Judiciário.

Palestra do Ministro Gilmar Mendes-

Caro professor Luis Flávio, caro professor Ruiz, senhoras e senhores aqui presentes, professores, advogados, militantes do Direito em geral, foi com imenso prazer que já no ano passado atendi ao convite, aceitei o convite que me foi formulado pelo Dr. Luiz Flávio Gomes, para estarmos neste Congresso, desses sistemas extremamente relevantes do Direito Penal e do Processo Penal. Já temos estado juntos em outros momentos, creio que numa das aulas do Curso Luiz Flávio Gomes, discutindo aspectos ligados, por exemplo, a progressão do regime, aquela técnica de decisão, sensível, que o Tribunal teve que preferir fazendo a modulação dos efeitos, tendo em vista a inicial declaração de constitucionalidade da lei dos crimes hediondos e sua posterior declaração de inconstitucionalidade, que levava à necessidade de uma modulação, onde será objeto depois de alguma consideração nesta minha explanação.

Mas, o que gostaria de dizer é que o texto de 1988 impressiona ao catalogar, já no artigo 5º, claro depois no texto Constitucional, um número elevado de princípios, postulados, regras sobre o Direito que, vamos chamar assim, as garantias constitucionais do processo. A denominação é um tanto quanto imprecisa no Direito Alemão, cunhou-se uma expressão para referir-se a esse núcleo básico de direitos e garantias fundamentais, mas talvez eu não me debrucei sobre isso em termos gerais de direito comparado, mas é muito provável que nós tenhamos no Brasil, se considerarmos essa denominação genérica, talvez o mais largo, o mais amplo elenco de garantias fundamentais no processo de que se tem notícias, se formarmos com base, com referência inicial já no artigo 5º, inciso 35 e tudo aquilo que depois avança em torno do assunto, até mesmo agora a recente criação do direito em um prazo razoável para o processo. Então, esse é um dado importante que nós devemos destacar, chamar a atenção, é claro, muitos dirão, muitas dessas disposições que foram pensadas como novas respostas para as crises, significaram num modelo anterior, muitas dessas normas, são normas de especificação de determinados direitos, tanto é que nós ainda não acertamos bem, nem sei se vamos fazê-lo no futuro, no Supremo Tribunal Federal, o âmbito de proteção de muitos desses direitos.

Vou dar exemplo para que fique muito claro o que estou a falar. Por exemplo, quando nós falamos do contraditório e da ampla defesa, muitas

vezes nos referimos às disposições específicas que tratam do contraditório e da ampla defesa, muitas vezes nos referimos de forma direta ao pedir o processo legal. O mesmo se dá quando falamos, por exemplo, da vedação da prova ilícita, também, mencionando ainda as disposições específicas do texto constitucional, conseguimos apenas referência à cláusula do devido processo legal. Tanto é que escrevendo sobre isso, discutindo especialmente a doutrina desenvolvida a partir do código do ministro Celso de Mello, eu tenho dito que essa cláusula do devido processo legal, entre nós, funciona como um tipo de garantia subsidiária, estabelecendo até uma certa concorrência, vamos dizer assim, para usar uma expressão da teoria dos direitos fundamentais, uma concorrência com os demais direitos ou com as garantias específicas. É um dado, portanto, que precisa ser devidamente discutido, internalizado e de fato elogiado na Constituição de 1988. Uma Constituição que não consagra aquela diferença muito comum que em vários textos europeus entre os chamados direitos fundamentais do cidadão e os direitos fundamentais, assim chamados, os direitos humanos. Do artigo 5º, o texto constitucional na verdade faz com que todos eles sejam tratados como direitos fundamentais humanos, direitos de todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros que estejam no território nacional e essa me parece uma vitória, uma decisão que honra a tradição liberal do direito brasileiro.

Mas, então, esse é um ponto que precisa ser discutido e que depois deu ensejo, talvez a uma das maiores conquistas ainda não devidamente anotadas, ao meu ver, diante das nossas angústias, dessas múltiplas demandas que oneram juristas, advogados, procuradores e juízes em geral, mas é preciso contar que essa conquista, essa opção metodológica da Constituição de 1988, refletiu-se na jurisprudência, especialmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com a construção riquíssima não só no campo do direito penal, mas também em outros campos, em torno, por exemplo, da cláusula do contraditório e da ampla defesa. Lembro aos senhores que, sobre a Constituição anterior limitávamos-nos a falar do contraditório e da ampla defesa num processo administrativo disciplinar. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal fazendo uma leitura generosa do texto constitucional avançou para dizer que essa garantia, seja sob a forma do contraditório e da ampla defesa ou do devido processo legal, abrange

qualquer procedimento administrativo, passou então a reconhecer que a anulação, por exemplo, de um ato administrativo, a eventual revogação de um ato administrativo está submetida ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Havia até uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, creio que inicialmente, sustentada pelos votos do ministro Carlos Veloso, que dizia, “ainda que aplicável à idéia do contraditório e da ampla defesa no processo ou no procedimento administrativo, nesses casos mais amplos, é que seria aplicável quando houvesse controvérsia fática, quando a matéria fosse controvertida do ponto de vista fático.” O que significava dizer, que quando se tratasse de controvérsia puramente jurídica, o tema não daria ensejo à invocação do contraditório e da ampla defesa. Num caso hoje conhecido na jurisprudência do Tribunal, um mandado de segurança, em que alguém reclamava porque o TCU decretara a revisão de uma pensão concedida sem que houvesse sido assegurado contraditório e ampla defesa, o Supremo Tribunal Federal apresentou de uma vez por todas o seu repúdio a essa jurisprudência, dizendo, aplicá-se sim o contraditório e a ampla defesa aos procedimentos administrativos, independentemente de se tratar de questão de fato ou de direito. Portanto, foi mais um passo nesse avanço que vem paulatinamente sendo construído, a partir dessa pauta metodológica estabelecida pela Constituição de 1988.

Os senhores sabem que essa amplitude garantística do direito constitucional, que gerou perplexidades, em muitos casos, para falar apenas na cláusula já aqui deferida no devido processo legal, alguns autores e havia essa disputa, o Luiz Flávio há de se lembrar, sobre como inserir determinadas garantias no atual devido ao processo legal no modelo anterior, alguns autores depois, a trabalharem agora o direito processual constitucional passaram a ter algumas angústias e perplexidades, perguntaram-se se não havia tautologias. Rogério L. Tucci chegou a indagar sobre isso, especialmente em relação ao processo legal, por quê? Porque o texto agora fala no princípio do juízo natural, no contraditório e na ampla defesa, na proibição da prova ilícita, na duração razoável do processo e fala do devido processo legal. Seria isso tautológico ou seria uma cláusula subsidiária? Se nós olharmos o que se passa, por exemplo, no direito comparado, especialmente no direito europeu, nós vamos ver que há um fenômeno que Gosfied, aponta no Direito alemão, dizendo

Exame de Ordem 1ª fase

Parabéns aos **483** alunos do IDC aprovados no último Exame.

Janeiro:
início dia 03

Fevereiro:
início dia 01

Março:
início dia 03

Turnos:
manhã, tarde e noite

www.idc.org.br • 51 3028 4888

IDC

CARREIRAS JURÍDICAS

que muitos dos direitos hoje praticados como direitos fundamentais vem da Convenção Européia dos Direitos Humanos e cita com o alargamento do modelo alemão, a proibição de tortura, o direito à liberdade e à segurança, especialmente o direito do preso, o direito imediato de informação sob a forma em relação da acusação, o direito à assistência gratuita, de tradutor ou intérprete, o direito à assistência jurídica o direito de inquirir ou de fazer inquirir testemunhas, mostrando que esses direitos foram incorporados a partir, ou pelo menos especificados, a partir da Convenção Européia.

Ele faz uma nota interessante, dizendo que a convenção européia contém sete direitos de caráter judicial, no artigo 6º, inciso dois e no artigo C, dois consagra a presunção de não culpabilidade e outros oito direitos no artigo 6º, de inciso seis. Chegando a dizer Gosfield, que na verdade hoje, tendo em vista a práxis dominante na Alemanha, essa orientação de aplicação da Convenção Européia quase que, se não que de fato concebe, supremacia fática à Convenção Européia, em face do Direito alemão. Então, aquela tendência que nós verificamos no Brasil, a partir do próprio texto constitucional se faz presente em outros ordenamentos jurídicos, a partir inclusive desse encontro das convenções de direitos humanos. Portanto, essa abordagem, eu gostaria de mencionar ainda alguns outros aspectos que assaltam aquele conservador da pena judiciária do Supremo Tribunal Federal. Os senhores certamente se deparam com notícias rápidas ou mais detalhadas nos jornais sobre o excesso de processos no Supremo Tribunal Federal e eu, que sou um observador atento das cenas judiciárias do Supremo Tribunal Federal há alguns anos, ficava perplexo especialmente com a largueza da utilização do Hábeas Corpus no Supremo Tribunal Federal.

Eu tinha a seguinte idéia básica, militante do direito constitucional, especialmente do tema de controle da constitucionalidade, eu imaginava que o Hábeas Corpus com essa generosidade acabava funcionando no Supremo Tribunal Federal como um elemento de caráter simbólico. O Tribunal recebia, tendo em vista a tradição republicana, o Hábeas Corpus, de fato houve tentativas e restrições, por exemplo, se propôs que o Tribunal só conhecesse do Hábeas Corpus, quando a lesão fosse originariamente interpretada pelo STJ (Supremo Tribunal da Justiça), mas não se encontrou meios de dar uma orientação a isso, mas a verdade mais do que isso seria metodologicamente difícil, a maioria do Tribunal não via com simpatia a idéia de restringir o manejo do Hábeas Corpus. Mas eu tinha a referência de que o Hábeas Corpus, pelo menos o Hábeas Corpus nas turmas, tinha um efeito quase que simbólico, por quê? Porque em geral discutiam-se decisões tomadas em primeiro grau pelo juiz, impugnadas pelos Superiores Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais e possivelmente a matéria passava pelo STJ, logo, múltiplos filtros deveriam levar quase que a inidoneidade, a indefetividade do Hábeas Corpus no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Qual não é a minha surpresa, quando comecei a me debruçar na vida concreta sobre um sistema do Supremo Tribunal Federal e passei a verificar uma vertiginosa utilização prática do Hábeas Corpus no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a ponto de ter já verificado em uma seção da segunda turma a qual eu integro a concessão de percentual elevadíssimo, em torno de 60 ou 70% de Hábeas Corpus. Numa só seção, o que fala muito, não vamos explicitar todos os significados dessa decisão, desse início no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É pior do que aqueles casos de não cabimento do Hábeas Corpus etc., mas é porque de fato é julgado, muitas vezes a concessão de 60 ou 70%, varia, temos que construir talvez depois de uma metodologia de aferição.

A primeira conclusão a que os senhores poderiam chegar certamente é que um grupo nas duas turmas ficaria conceder Hábeas Corpus graciosamente a quem o pede. Pode ser uma conclusão. Mas se isso não fosse seriamente sustentável, alguma coisa de errado nesse nosso sistema que dificilmente o vai levar a qualquer possibilidade de restrição do Hábeas Corpus no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A não ser a restrição natural, por não ter posição obviamente. Mas vejamos os senhores, que esse é um dado preocupante. E o que

se discute, para que nós iluminemos um pouco esse quadro em termos de vida prática. Do que nós estamos a falar? Nós estamos a falar é do decreto de prisão preventiva. Vamos a isso. O decreto de prisão preventiva, totalmente desfundamentado, que significa invocar tão somente os fundamentos legais, sem nenhum daqueles elementos empíricos que a jurisprudência do Supremo exige para fundamentar a prisão preventiva. Sabem os senhores, que o modelo constitucional de âmbito da Constituição de 1988, não é decisão preventiva, há exceção, não basta invocar aqueles fundamentos, especialmente aqueles de índole extremamente genérica, por exemplo, da ordem pública, que não tem uma jurisprudência densamente construída em torno disso para dizer, não basta invocar a ordem pública para justificar a prisão, ou, sobretudo o chamado clamor público. Então o Tribunal tem sido extremamente severo na construção dessa jurisprudência.

Mas esse já é um caso até com alguma singularidade, o que nós temos mesmo é um debate sobre os fundamentos da prisão preventiva. Em alguns casos, prisões, portanto pedidas, requeridas pelo Ministério Público, que foram chanceladas pelos juízes e que foram preservadas pelas instâncias intermediárias do Superior, no caso, Tribunais Regionais, os Tribunais de Justiça e o Superior Tribunal da Justiça, Tribunal Regional Federal. Trazendo para o Tribunal um ônus adicional significativo do ponto de vista político, por que claro, o cidadão e nós não poderíamos exigir dele, nada mais do que acaba por ocorrer na vida rotineira, o cidadão afere essa decisão apenas como um elemento de liberalidade excessiva do Tribunal, ou ainda como mais elemento característico do quadro de impunidade que graça pelo País.

Há um outro argumento que é sempre mencionado quando se diz, a esse tipo de causa, essa jurisprudência só vai ser positivada no Supremo Tribunal Federal, porque determinados réus conseguem dispor de recursos econômicos, ter bons advogados que viabilizam esses pleitos. Se os senhores, depois se debruçarem sobre os casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, em muitos casos haverá até concessão de Hábeas Corpus de ofício, os senhores verão que surpreendentemente, claro haverá os casos que são trabalhados com toda a técnica da boa advocacia criminal, que é talvez uma das melhores advocacias que nós temos, sofisticada, elaborada. Mas os senhores verão, que ao pedir pelo próprio réu e, diga-se de passagem, o trabalho intenso que hoje realizam algumas Defensorias Públicas, levando esses pleitos ao Supremo Tribunal Federal. Faça-se justiça, por exemplo, a brilhante atuação no Supremo Tribunal Federal à Defensoria Pública de São Paulo, antes Procuradoria, agora Defensoria Pública, levando temas importantíssimos ao Tribunal, inclusive essa questão que temos acompanhado, não tem definição ainda completa, o Tribunal, na realidade, decidiu apenas que a falta de lei não se poderia submeter esse modelo, da chamada videoteleconferência, para o interrogatório, na verdade não havia considerações adicionais sobre outros aspectos, o Tribunal não se pronunciou sobre a impossibilidade da videoconferência, mas tão somente que era necessário que houvesse lei definindo, balizando e conformando essa faculdade. Isso foi suscitado na Defensoria Pública de São Paulo.

Então, vejamos os senhores que uma rápida passada sobre temas tão relevantes, nós conseguimos perceber que muitos desses temas têm sido tratados de forma ligeira na mídia, tratados de uma maneira até reducionista. É preciso, portanto, que nós, especialmente queremos saber ciência, não caiamos nessa tentação da simplificação, é muito delicado quando nós discutimos, por exemplo, temas como a restrição do Hábeas Corpus, num País como o Brasil, diante das experiências totalitárias e autoritárias que a nossa história registra. É muito delicado, quando nós queremos brindar decisões com base em tecnicidades. É preciso que nós estejamos atentos a isso. Em geral, isso eu repito um escritor inglês que dizia que para cada tema complexo no qual nós nos debruçamos há sempre uma resposta com uma solução extremamente simples e normalmente errada. Nesse campo, nós devemos ter cuidado. Quando nós saímos desse espaço, em geral da livre emissão de opiniões sobre futebol, o ataque do Santos e avançamos para questões

outras, especialmente no âmbito do Direito, nós devemos ter alguma cautela. É preciso então que foquemos esse tema com o devido cuidado. E assim os senhores já vêm então que a análise de que muitas vezes, às vezes até técnico da área do Direito, vem fazendo, especialmente sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal nesta complexa questão do direito penal, processual penal tem às vezes a consistência de nossos comentários e polêmicas. É preciso ter cuidado. É preciso ter cuidado, porque o tema é extremamente complexo.

Vamos tomar um tema que dividiu o Tribunal, objeto da minha fala inicial, que até hoje provoca muitas discussões, acompanhado por todos, o tema dos crimes hediondos. Os senhores sabem, que se há um campo que se tem prestado para a ênfase no chamado direito penal, no direito chamado simbólico, é o campo do direito penal. O nosso colega e amigo Marcelo Neves escreveu belíssima obra sobre direito simbólico, se inspirou nos estudos de Kindermann que analisava na Alemanha o chamado direito penal simbólico, não é privilégio, obviamente brasileiro, a Alemanha focava a sua análise a partir da legislação penal ambiental, mostrando que diante da inefetividade das ações contra os abusos na área do meio ambiente anunciavam-se o recrudescimento do caráter criminal em matéria ambiental. O navio na Sibéria que derramava óleo no mar do norte passava um tratamento penal rigoroso, tinha caráter fortemente simbólico. No que diz respeito à criminalidade, os senhores vocês sabem que uma parte do meio político e a boa parte da opinião pública apostava em suas justas expectativas no combate à criminalidade, na lei dos crimes hediondos.

E o legislador, então, dando resposta a esses anseios legítimos, citou todas as cautelas em torno desses crimes e mais, passou até mesmo a consagrar que as penas seriam cumpridas em regime integralmente fechadas. Desde o início esse debate essa decisão deu ensejo a uma discussão no Supremo Tribunal Federal. E o Tribunal fixou uma orientação no sentido da constitucionalidade da lei a respeito do texto constitucional consagrar a idéia da individualização da pena. Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence acordavam uma incongruência no modelo mostrando que havia algo de errado com aquela modelagem institucional, mas essa orientação foi consagrada corretamente pelo Supremo Tribunal Federal e essa orientação foi, portanto implementada. Houve sucessivas resistências no plano político, os senhores se lembram também, que diante de todos os eventos possíveis nessa área, havia no rol daqueles chamados crimes hediondos, direito penal simbólico. Já que não se consegue combater a criminalidade por outro meio, criar uma situação alibi vamos pacificar consciências com essas respostas. Chegamos um momento que eu me lembro, nosso primeiro governo tivemos casos em que a discussão sobre a falsificação de medicamentos e daqui a pouco a falsificação de cosméticos já estava na seara dos crimes hediondos.

Vejamos os senhores, portanto, que isso é preciso tratar e refletir tecnicamente e até, eu já disse isso, de vez em quando é bom a gente meditar, na área do direito. Por fim, rezar sempre, pedir aos deuses ou aos seus inspiradores, para que não lhe falte, para que não seja abandonado pelo senso de justiça. Mas pode ser que ocorra, que Deus não ouça, que as coisas não corram como o esperado. Aí a gente tem que rezar para não perder o senso. Portanto, uma sociedade democrática e pluralista tem que ser crítica dessas medidas e dizer que isso é inefetivo, é preciso que nós não possamos imaginar que temos capacidade de tratar câncer como placebo. É preciso dizer isso, condenar essas tentativas de mascarar realidades que são duras. Então, o Tribunal às vezes tem essa grande responsabilidade, como ocorreu então nesta questão dos crimes hediondos. Recentemente, há dois anos, o Tribunal se debruçou sobre esse tema e anotou todas as críticas e vicissitudes e toda a carga de impopularidade, para dizer que a lei do crime hediondo era inconstitucional. Poderá o legislador, até adotar critérios outros para a progressão de regime, a própria suposta hediondez do crime será um elemento fundamental para justificar o descrime. Portanto, não há essa equiparação inicial entre o chamado crime comum ordinário e os chamados crimes hediondos, mas negar a possibilidade de progressão de forma absoluta, é comprometer o núcleo essencial de um direito fundamental.

Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Ferreira Mendes, possui graduação e mestrado em Direito pela Universidade de Brasília e mestrado e doutorado em Direito pela Universität Munster (Westfälische - Wilhelms) Alemanha, é professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Público e membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Guarda Compartilhada



O lançamento da 1ª edição ocorreu no dia 15 de novembro de 2005, na 51ª Feira do Livro, de Porto Alegre, com a tiragem de 8 mil exemplares.

O Professor Silvío de Salvo Venosa marca a história do Jornal *Estado de Direito*, sendo o destaque da edição, como o primeiro jurista a contribuir com o artigo "Justiça, Direito e Moralidade".

Estão presentes nessa edição artigos de Alexandra Biezu Kunze, Fernanda Trajano de Cristo, João Marcos Adede y Castro, Luciano B. Timm, Lúcio Santoro de Constantino, Magda Azário Kanaan, Marcelo De Nardi, Márcio Louzada Carpena, Maria Edith de Azevedo Marques da Rocha e Silva, Paulo Antônio Caliendo e Vitor Hugo Honesko.

Silvío de Salvo Venosa*

Razões de bom-senso devem sempre nortear o juiz ao decidir sobre a pessoa dos filhos menores do casal que se separa, quanto à sua respectiva guarda, regulamentação de visitas, períodos de férias escolares etc. Assim, por exemplo, é lógico que crianças de tenra idade devem preferentemente ficar com a mãe, salvo motivos muito graves que determinem o contrário. Não há necessidade que o legislador desça a minúcias nessa matéria. Por isso se afirma que o mais importante nessa área é a ampla margem de decisão relegada aos conciliadores e ao juiz e que o legislador não deve contemplar parâmetros de forma estrita. O caso concreto deve sempre determinar a solução.

O atual art. 1.584 do Código Civil dispõe que quando não houver acordo entre as partes quanto à guarda dos filhos, esta será atribuída "a quem revelar melhores condições para exercê-la". O texto não significa que se trate de melhores condições financeiras de um dos cônjuges ou conviventes. O carinho, o afeto, o amor, o meio social, o local da residência, a educação, a escola e, evidentemente, também as condições econômicas serão levadas em consideração. Sempre haverá situações de difícil deslinde, como a residência do menor em local distante ou no Exterior, bem como a separação de irmãos.

Por vezes, o melhor interesse dos menores leva os tribunais a propor e atribuir a guarda compartilhada ou conjunta. O instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução. Há os que defendem ser plenamente possível essa divisão de atribuição ao pai e à mãe concomitantemente. Essa modalidade de guarda não

se torna possível quando os pais se apresentam em estado de beligerância, ou quando residem muito distantes um do outro. Essa solução dependerá da perspicácia do magistrado e em especial do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do exame do grau de fricção que reina entre eles após a separação. A ideia é fazer com que pais separados compartilhem da educação e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões.

Não há necessidade de texto expresso de lei para que essa guarda compartilhada seja atribuída pelo Judiciário. Tudo dependerá da oportunidade e conveniência avaliada pelos pelo juiz e pelos próprios cônjuges, quando estes acordam sobre essa modalidade de guarda. A figura do conciliador torna-se ainda mais fundamental nessa área. A modalidade de guarda pode ser alterada a qualquer momento, sempre no interesse do menor. Isto significa que a princípio, quando no fervor do rompimento da convivência conjugal, pode não ser o melhor momento para a guarda compartilhada. Após algum tempo, serenados os ânimos entre os interessados, a guarda compartilhada pode surgir como uma solução natural.

Não resta dúvida que a guarda compartilhada representa um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento e formação de crianças e adolescentes. Essa forma de guarda traduz também outra faceta do direito de visita, que poderá ficar dispensado quando

acordada a guarda conjunta.

Há Projeto de Lei da Câmara dos Deputados em tramitação no Congresso que pretende alterar os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, para regular a guarda compartilhada, em contrapartida à tradicional guarda unilateral. Não vemos necessidade nessa regulamentação. Existe um conhecido abuso legislativo em nosso meio, sem que essa pletoira de leis resolva nossos problemas. Na verdade, a educação do povo faz prescindir de muitas leis. Dispõe o Projeto que a guarda unilateral ou compartilhada pode decorrer de consenso, de requerimento do pai ou da mãe; em ação autônoma, de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. Também dispõe que pode ser decretada pelo juiz. Em princípio, todas as disposições desse Projeto já vêm sendo defendidas pelos doutrinadores, aplicadas pelos magistrados das varas de família e nada existe no nosso ordenamento que as obste. O fato é que nunca poderá ser imposta a guarda compartilhada se não houver boa vontade e compreensão de ambos os pais. E para isso, não precisamos de leis, mas de pais educados e conscientes e de juízes atentos com sua realidade social.

*Diretor da Unifoz - Faculdades Unificadas de Foz de Iguaçu - no Paraná. Autor de diversas obras publicadas pela Editora Atlas. Formou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1969), cursou o Curso de Direito do Consumidor na Comunidade Européia, Universidade de Louvain-la-Neuve, Bélgica (1993). Foi juiz no Estado de São Paulo por 25 anos tendo se aposentado como magistrado do antigo Primeiro Tribunal de Alçada Civil.

SORTEIO DE 4 BOLSAS DE ESPECIALIZAÇÃO

DIREITO PÚBLICO

O CPC 2 bolsas parciais de 50% de desconto para o Curso de Especialização em Direito Público

DIREITO DO TRABALHO

O CETRA 1 bolsa parcial de 50% de desconto para o Curso de Especialização em Direito do Trabalho.

DIREITO PROCESSUAL: grandes transformações

Informamos que O IDRS substituiu o curso de Curso de Especialização em Direito Civil pelo Curso Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual: grandes transformações. Sendo concedida bolsa parcial de 50% de desconto.

Patrocínio



INSCRIÇÕES PRORROGADAS ATÉ 21 DE DEZEMBRO 2007

Apoio



Confira o regulamento e inscreva-se no site www.estadodedireito.com.br

Jornal Estado de Direito - 2 anos trabalhando pela Cultura Jurídica!

Direito e Linguagem

Clarice Beatriz da Costa Söhngen¹
Gárdia Rodrigues da Silva²

A abordagem da relação Direito e Linguagem pode ser realizada de diversas formas. Considerando isso, este texto apresenta uma possível relação que pode ser estabelecida entre o *phármakon* e o Direito, assim como entre a *pharmakéia* e o Operador do Direito. Cabe mencionar que esses termos foram retirados do livro *A farmácia de Platão* de Jacques Derrida.

Phármakon é uma palavra grega que significa farmácia, medicamento, remédio, mas que não tem apenas esse único sentido. Para os gregos, *pharmakón* era aquilo que poderia causar o bem e o mal, a vida e a morte. Depreende-se do livro em comento, a ambigüidade do termo em questão, uma vez que seus efeitos remetem tanto à cura como ao veneno.

Tal ambigüidade é demonstrada no seguinte trecho da obra de Derrida: “esse *phármakon*, essa ‘medicina’, esse filtro, ao mesmo tempo remédio e veneno, já se introduz no corpo do discurso com toda a sua ambivalência. Esse encanto, essa virtude de fascinação, essa potência de feitiço, podem ser - alternada ou simultaneamente - benéficas ou malélicas”.

Sendo assim, como lidar com tal duplicidade de sentido? Como lidar

com algo que oscila? Como lidar com algo que produz deslocamentos de sentidos? Compete à *pharmakéia* a administração do *phármakon*, sendo que a partir da dosagem utilizada, pode-se ter remédio e/ou veneno.

A escrita jurídica pode ser pensada numa direção semelhante à apresentada. Ao proferir uma sentença, o magistrado tem como suporte a legislação, os princípios, a jurisprudência, a doutrina. Na tentativa de dar ao autor e/ou ao réu aquilo que lhe é de direito, fulcra-se nas suas concepções de justo/injusto, correto/incorreto, plausível/impossível, isto é, atribui àquilo que lhe foi oferecido para apreciação as suas concepções valorativas.

Cumprir esclarecer que o cunho impresso ao discurso, seja esse, por exemplo, a referida sentença, se dá de acordo com as circunstâncias sociais e culturais, bem como com a posição ocupada pelo magistrado frente ao Direito. É através da Linguagem que ele exprimirá a representação da sua realidade, de seu pensamento. Nesse viés, conforme Joana Aguiar e Silva, “o pensamento vá em que direção for, sempre terá que passar pela palavra”.

Destarte, convém referir que o universo jurídico é movido pelo poder

da palavra. Isso porque o jurista tem nas palavras, na Linguagem, uma de suas fundamentais ferramentas de trabalho. Cabe a ele conhecer e dominar os seus meandros para buscar os resultados - benéficos ou malélicos.

É de registrar-se que o *phármakon*, por sua ambigüidade, não pode ser exclusivamente um remédio, pois ao passo que se revela benéfico para uns, se revela malélico para outros. Pode-se dizer que o mesmo ocorre na sentença, eis que aquele que tem procedente o seu pedido, a terá como remédio, enquanto aquele que o tem improcedente, a terá como veneno.

Com isso, é possível perceber a importância da Linguagem no Direito. Nas palavras de Assis Brasil, tudo se resolve pela palavra e com a palavra, sendo a palavra jurídica “instauradora, constituidora e declaradora”.

¹Doutora em Letras, Mestre em Letras e Mestre em Ciências Criminais, Profa. da Faculdade de Direito /PUCRS.

² Advogada, Acadêmica da Especialização em Direitos Humanos pela UFRGS/ESMPU.

Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Humanos e Sociais

Bruno Espiñeira Lemos*

Os países da América do Sul, como ex-colônias herdeiras de uma estrutura oligárquica e concentradora de renda, relegaram por séculos, para segundo plano, a inclusão social em prol de estratégias tardias de desenvolvimento industrial.

O assistencialismo na maioria das vezes tem sido o limite alcançado na realidade globalizante, pelas políticas governamentais sul-americanas praticarem políticas sociais bem-sucedidas.

Muito bem. Diante da realidade do continente, o que se pode fazer para que o Brasil, país periférico, na verdade dividido em dois “Brasis”, um verdadeira

e eminentemente periférico a atingir a maioria da sua população e um outro francamente minoritário, cuja inserção e acesso ao bem-estar ultrapassam qualquer referencial europeu?

O povo, sem qualquer ótica clientelista, deve assumir o centro e protagonizar a essência das políticas públicas nacionais e esse marco histórico vem sendo construído nos últimos cinco anos.

A inclusão social, como objetivo central e não apenas como decorrência do processo de desenvolvimento é um processo que deve ser assimilado e encampado em todas as ações de governo.

Por fim, o investimento em pesquisa para o desenvolvimento de novas e nossas fórmulas de tecnologia é fator essencial nesse processo, com a criação de grandes empresas nacionais nas áreas de ponta.

Como peça de grande importância nesse processo, surgem as ONG's sérias e os Arranjos Produtivos Locais que respeitam a realidade das comunidades em que atuam, como um elemento forte de solidariedade social.

Um Estado nacional forte, sem confusão com o intervencionismo dos anos 80, do século passado, afigura-se essencial para a consolidação de princípios norteadores e moderação contra os excessos externos

e do próprio Estado.

Os direitos humanos, em seus elementos fundantes e nos seus desdobramentos mais elementares, se desguarnecidos de compromisso efetivo, com elevação de status de metas e políticas públicas assumidas expressamente, no âmbito interno de cada uma das nações, ainda que, com alguns reflexos externos, não passarão de fina ironia e retórica de uma humanidade sem a real compreensão da “dignidade da pessoa humana”.

* Advogado, Procurador do Estado da Bahia, Mestre em Direito – UFBa e Professor de Direito Constitucional.

O reencontro com o direito comparado

Evandro Menezes de Carvalho*

Durante muito tempo o direito comparado foi relegado a segundo plano na formação dos estudantes de direito. O ensino jurídico, orientado pela ideologia do centralismo jurídico e pelo mito da soberania estatal, outorgava exclusividade ao direito interno e dedicava-se a pensá-lo como um sistema quase fechado ao intercâmbio de informações e experiências com outras culturas jurídicas. Neste contexto, o conhecimento dos direitos estrangeiros tinha pouca serventia e as tentativas de promoção dos estudos comparados sofriam resistências daquela visão de mundo autárquica. As pesquisas sobre as experiências jurídicas estrangeiras restringiam-se ao conhecimento do sistema normativo alheio, com especial ênfase nas legislações. Visavam-se, sobretudo, reformas legislativas internas. O “olhar” sobre o direito estrangeiro não era motivado por qualquer anseio de se estabelecer uma intercomunicação entre os direitos e as diferentes experiências jurídicas.

Com a transfiguração do direito “nacional”, cuja identidade torna-se cada vez mais permeável às constantes intromissões externas e remissões às questões e temas globais irresistíveis para a comunidade interna, o conhecimento de outras culturas jurídicas passa a ser uma necessidade e um capital importante para cada país. Contudo, o paradigma comparatista ainda não tomou assento na consciência dos juristas brasileiros. Quase inexistente nos currículos das faculdades, o direito comparado só surge no horizonte cognitivo do bacharel como conhecimento jurídico relevante ao ingressar nos centros de pesquisa ou nos cursos de mestrado ou doutorado. Mas mesmo aqui o projeto comparatista não se realiza em sua plenitude, seja porque não é o propósito central da pesquisa – e, nestes casos, o exercício comparativo é restrito apenas a uma pequena parte do trabalho dedicado a expor como um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros regulam a matéria objeto da pesquisa –, seja porque o esforço comparativo limita-se a uma metodologia duvidosa que se baseia, tão-somente, na exposição de quadros ou tabelas que expõem distinções e semelhanças entre normas ou institutos de dois ou mais sistemas jurídicos. O direito não pode ser analisado como quem manipula um fóssil.

Sem metodologia adequada a prática comparatista não alcança os seus objetivos e, com isso, mostra-se esterilizada. Em razão da insistência desta (im)postura intelectual, desta falta de reflexão sobre as possibilidades e os desafios da comparação dos direitos e das culturas jurídicas, os estudos comparados tornam-se um apêndice na reflexão jurídica do pesquisador, encobrendo os benefícios da comparação e gerando pouca repercussão no debate acadêmico e na vida do direito.

A ainda quase exclusiva presença do direito nacional na formação jurídica dos estudantes de direito reforça a percepção de que o estudo das culturas jurídicas estrangeiras é desnecessário e adstrita a uns poucos teóricos do direito. Este tipo de reflexão é resquício de um ensino jurídico que chancela apenas o “direito” produzido pelo Estado; os demais, em relação a este, seriam apenas “fatos” – o que é uma forma bastante simples de resolver este problema.

A carência de estudos comparados não é só diagnosticada no Brasil. Legrand chama a atenção deste fato também na Europa que decorreria da escassez de comparatistas em direito e da percepção de que os estudos comparados são repetitivos, estereis, superficiais, precários, de medíocre qualidade e afligidos por uma teoria fraca.

A intensificação dos laços de cooperação entre os países tende para uma reversão deste cenário. O direito comparado, outrora útil para os casos de importação consentida de modelos jurídicos, torna-se uma ferramenta importante para compreender a cultura jurídica estrangeira a fim de tornar mais eficiente a ação estatal no plano internacional. Não se trata apenas de incorporar um direito estrangeiro ao patrimônio jurídico nacional, ou de aplicá-lo em território nacional por concessão do legislador, mas de gerir a nossa vida jurídica não só em função do nosso direito, mas também do direito estrangeiro tendo em vista a política externa brasileira, os interesses nacionais e as relações comerciais internacionais.

O comparatista tende a assumir, assim, um papel considerável nas faculdades de direito. Essa é a opinião que compartilho com Legrand, para quem o aumento do interesse pelos estudos comparados “marcaria, para o

comparatista, a transição de um papel marginal a uma posição de primeiro plano” (Le Droit Comparé. Paris: P.U.F. 1999, p. 7). Para tanto, é preciso vencer a resistência dos céticos, advertindo-os do valor estratégico de se formar juristas dotados de inteligência cultural para atuarem em um mundo complexo e demonstrando-lhes as vantagens do direito comparado para a compreensão e aplicação do direito interno e do direito internacional.

Saber qual a posição que deve ocupar o direito comparado no âmbito do ensino jurídico vai depender do tipo de egresso que as Faculdades de Direito querem formar. Constantinesco já era da opinião de que “não sobrá nenhum espaço para as disciplinas, como o Direito comparado, se essas Faculdades forem destinadas a se tornar escolas que preparam somente ao ingresso em uma profissão, isto é, a formar pequenos especialistas que ignoram os grandes problemas.” (Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 253-254.) Para ele, é preciso disseminar as referências comparativas nas diversas disciplinas dedicadas ao direito nacional, seguida do ensino sistemático do direito comparado propriamente dito como disciplina autônoma.

As possibilidades de implementação de uma tal proposta esbarra na falta de docentes preparados para reorganizar o ensino e a pesquisa no campo do direito comparado. Para fazer frente a esta situação, Constantinesco sugere a concentração de mentes e esforços em algumas universidades para a organização, em nível de doutorado, de um ensino completo do direito comparado. Sugestão que me parece ainda válida. Outras iniciativas podem ser bem-vindas. Afinal, dominar a metodologia comparativa e abrir-se para o conhecimento de outros direitos são posturas cognitivas decisivas para posicionarmos-nos no mundo como interlocutores qualificados e aptos ao diálogo jurídico intercultural.

*Doutor em Direito Internacional pela USP e Coordenador da graduação da FGV DIREITO RIO. É autor do livro *Organização Mundial do Comércio: culturas jurídicas, tradução e interpretação* (Editora Juruá, 2006) e editor da *Revista Culturas Jurídicas* (<http://www.culturasjuridicas.com.br>).

Correspondente Maceió

Cel JGomes da Silva*

A importância da participação, no lançamento do Jornal Estado de Direito, em Maceió, com a presença da sua Diretora, Carmela Grune, garantindo a credibilidade dos vários apoios com que conta, Consulados de Portugal, incluindo a Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), e ao criar uma representação em Maceió, esperamos atingir uma tiragem de cerca de 30.000 exemplares, na próximas edições, da qual tenho a sobeja honra de ter sido nomeado Diretor Institucional, não podendo deixar de expressar o meu agradecimento e dedicar, às minhas filhas Patrícia e Inês, em Portugal, que me motivaram.

Convido todos que de uma forma ou de outra, queiram participar, publicitando, patrocinando, colaborando ou promovendo através dos seus artigos de opinião, contribuam e possibilitem que O Jornal Estado de Direito seja uma realidade, nestas paragens.

A todos, e, em especial ao carinho e interesse demonstrado pelo "Povo Alagoano", acreditamos que seja uma realidade, afim de levar o direito a quem dele necessita. através de ações de apoio ao Jornal, pelo que convido todas as Instituições Públicas e Privadas a associarem-se a esta obra "Suis Generis"

Agradeço àqueles que já decidiram em colaborar com esta obra gratuita de cidadania, desde a Secretaria da Comunicação de Alagoas (SeCom/AL), o Presidente da Ordem dos Advogados de Alagoas (OAB/AL), a Associação Alagoana de Magistrados (ALMAGIS), bem como, da Coporativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores e Membros do Poder Judiciário e Ministério Público e de Órgãos Jurídicos em Alagoas (JURISCREDE), e ainda àqueles que de forma altruísta quiseram associar-se a este projeto, contribuindo com os seus artigos de opinião, sustentados em base científica de pesquisa isenta, desassombrada e sempre enriquecedora, motivando as mais profundas e sérias reflexões sobre o Estado de Direito, a que todos almejamos um dia ser mais fraterno e menos assimétrico, uma palavra de incentivo para continuarem neste projeto pioneiro..

Uma palavra ainda, de agradecimento à TVMar, ao disponibilizar uma entrevista aos ilustres oradores, Dr Ana Cláudia Redeccker e Prof Dr Pedro Soares Martinez, onde nos foi dada a oportunidade de divulgarem de forma brilhante as suas obras, além da solidariedade, para com os nossos irmãos brasileiros, ao acarinhamos mais esta iniciativa, que certamente engrandecerá o "Direito, o Desenvolvimento e a Justiça Social", pelo que será um prazer encontrando-nos sempre disponíveis em colaborar.

*Diretor Institucional - Região Nordeste Jornal Estado de Direito

Anistia e Memória Política no Brasil

José Carlos Moreira da Silva Filho*

Nos meios jurídico-acadêmicos trata-se cada vez mais da noção de Estado Democrático de Direito. Muitos têm assinalado que ela pretende, ao mesmo tempo, manter as garantias e direitos alcançados no Estado Liberal e no Estado Social e projetar para uma sociedade melhor e mais justa. Tal objetivo de transformação, por sua vez, viria acompanhado de uma ampliação da participação popular, reconfigurando as noções tradicionais da democracia moderna.

A idéia de um Estado Democrático de Direito, portanto, é algo importante, pois, em um mundo atomizado e cínico, nos quais as utopias sociais parecem irremediavelmente derrotadas, apresenta-se, no contexto político e institucional, uma tentativa de resgate dos horizontes críticos do futuro da sociedade. É necessário, contudo, uma certa cautela com toda essa atenção voltada para o futuro. A tentação de nivelar o passado em uma espécie de marco zero, uma vez delimitado o horizonte utópico e a fórmula de uma sociedade melhor, trouxe resultados nefastos para o presente. Um desses resultados é o menosprezo da memória política.

No Brasil, quando se traz à tona o ideal de uma sociedade democrática, esquece-se que há pouco mais de vinte anos atrás vivia-se uma ditadura. Infelizmente, não é tão incomum encontrar brasileiros sem qualquer vestígio em sua memória das inúmeras experiências autoritárias vividas pelo seu próprio país. Como esperar um futuro melhor sem aprender com o seu passado, sem condições de reconhecer a sua própria história?

Curiosamente, nos dias presentes, uma das grandes chances que o Brasil tem de fortalecer e preservar a sua memória política vem junto com uma palavra que, em sua raiz grega, significa esquecimento: Anistia. Historicamente, tal palavra tem sido utilizada para o perdão concedido pelo Estado aos que no passado recente realizaram atos considerados criminosos pelo regime então em vigor. Tais "crimes", via de regra, guardam sempre uma conotação política. Foi assim com a Revolta dos Farrapos, com a Inconfidência Mineira, com a Confederação do Equador, com a Revolta da Chibata, com a Revolução de 30, com a redemocratização de 1945 e, é claro, com a ditadura militar.

Em todos esses momentos históricos do Brasil, já seguindo uma tradição política ocidental que vem desde a Revolução Francesa, a anistia política aconteceu pelas vias legislativas. Observando o contexto da Lei 6.683 de 28 de agosto de 1979, que trouxe a anistia diante da ditadura militar ainda é possível identificar o tradicional sentido do perdão e do esquecimento. Afinal, o governo ainda era militar e a ditadura ainda não havia sido expulsa do palco institucional do país. Assim, interpretou-se à época que o esquecimento valeria tanto para os militantes que combatiam a ditadura no país quanto para os que a implementavam, às custas de torturas e demais expedientes repressivos e autoritários.

O dado novo e esperançoso nesse quadro é que a anistia política trazida na Constituição brasileira de 1988 (art.8º do ADCT) e regulamentada pela lei 10.559/2002 não pode mais ser encaixada no tradicional sentido da anistia. Aqui fica claro o reconhecimento de que quem cometeu o maior crime não foram os perseguidos políticos, mas sim aqueles que os perseguiram: os agentes estatais. Ao invés de o Estado perdoar ele é quem pede o perdão, ele é que reconhece que errou quando prendeu, torturou e matou aqueles que estavam sob sua tutela, quando, mediante um golpe violento e antidemocrático implodiu a ordem constitucional vigente.

Ainda assim, a lei só veio quase 15 anos depois da Constituição. Muitos são os perseguidos políticos que falecem sem verem, por intermédio da anistia, reconhecido o erro e a responsabilidade do Estado. Note-se também que até agora não houve ambiente ou vontade política para que as pessoas responsáveis pelos atos bárbaros e cruéis do regime militar sejam penalmente responsabilizadas, ou ao menos tenham o seu nome publicamente associado aos seus atos abusivos, como ocorreu na Argentina. Isto seria importante não por uma atitude revanchista, da qual muitos saudosos do regime de exceção acusam os defensores da anistia constitucional, mas sim pela preservação da memória política do país, para que isto não aconteça novamente. O máximo ao que se chegou foi a uma lei que pretende resolver o passado político antidemocrático com o instituto da responsabilidade civil, e que, mesmo assim, é

combatida por certa parcela da opinião pública que vê na previsão das indenizações tão-somente um interesse patrimonial.

Ressalte-se, ainda, que as desigualdades e distorções que caracterizam o país também repercutem na lei de anistia. Aos militares, funcionários públicos e trabalhadores do setor privado relacionam-se as maiores possibilidades indenizatórias (as de prestação, mensal, permanente e continuada), aos estudantes, desempregados e trabalhadores informais resta a modalidade da indenização em prestação única (de valor muito menor).

Apesar de todas essas limitações, a lei de anistia deve ser valorizada e defendida. É a maneira que o país encontrou de colocar o dedo na ferida e trazer à tona um passado mal resolvido. No ano de 2008, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça iniciará o Projeto Caravana da Anistia, que se dedicará a reconstruir através de eventos, monumentos e acervos a memória política do país quanto à sua traumática experiência vivida entre os anos de 1964 e de 1985.

A preservação da memória política é fundamental para que, entre outras coisas, hoje se possa perceber o macabro parentesco entre os métodos utilizados pela polícia brasileira nas delegacias e nas operações em favelas e as táticas militares de investigação, utilizadas para reprimir e perseguir os movimentos de esquerda e os militantes políticos. A memória política é importante também para que, de uma vez por todas, o país perceba que nunca teve de fato um Estado Liberal, Social ou Democrático de Direito, e que a melhor maneira de buscar tais modelos e suas garantias e direitos efetivos visando o futuro é se reconciliar com o passado e não simplesmente esquecê-lo.

*Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB; Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e da Graduação em Direito da UNISINOS/RS; Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.

Jornal Estado de Direito vai onde você está, com apoio do IDRS, no Rio Grande do Sul

Porto Alegre - Avenida Osvaldo Aranha, 642
Porto Alegre - Rua dos Andradas, 1248 sala 901
Santa Maria - Rua Serafim Valandro, 620
Ijuí - Rua 7 de Setembro, 345 conj. 79
Pelotas - Rua Andrade Neves, 2294 - Centro
Caxias do Sul - Rua Dr. Bozzano, 715 conj. 112
Santa Cruz do Sul - Rua Júlio de Castilhos, 672

Capão da Canoa - Rua Andira, 333 - sala 311
Passo Fundo - Rua Capitão Eleutério, 613, 3D
Itaqui - Rua Rodrigues Lima, 376 Sala: 101
Uruguaiana - Rua Treze de Maio, 1691 Térreo
São Borja - Av. Presidente Vargas, 2515
Santiago - Rua Benjamin Constant, 514 Sala: 01
Santo Angelo - Rua Marechal Floriano, 1728

Rédito
perícias e assessoria contábil

Perícias | Assistências | Assessoria Contábil

Gilton Companhoni | CRC/RS 46.725 - Renato Oliveira Grüne | CRC/RS 45.039

Rua dos Andradas, 1270/21 | Porto Alegre | RS | fone:(51) 3013.9090

O Comportamento das Partes em Sala de Audiência

Mário Paiva*

Após alguns anos de exercício da advocacia participando de diversas audiências das mais variadas causas penais, trabalhistas e cíveis em Cortes Estaduais e Federais inferiores e superiores vemos a necessidade de tecer alguns comentários sobre o comportamento das pessoas que atuam efetivamente na realização de uma audiência com o objetivo de evitar inconvenientes desastrosos bem como auxiliar os colegas para que haja uma melhor e mais pacífica instrução e realização dos fins a que se predispõe a audiência.

O advogado deve primeiramente, orientar seus clientes, se possível, antes da realização da audiência, de como deve ser seu comportamento perante o juiz. Deve a parte trajar-se de forma condigna, ou seja, os homens de calça, sapato e camisas de manga e, as mulheres devem evitar decotes e saias curtas sob pena de nem mesmo conseguir adentrar na Corte.

Ao depor deve a parte dizer a verdade dos fatos sob a sua ótica de forma clara e precisa sem a utilização de gírias ou palavrões que venham a denegrir a imagem da parte adversa até mesmo para evitar a litigância de má-fé prevista no artigo 17 do Código de Processo Civil devendo o advogado e o juiz buscarem no depoimento da parte a confissão que seja de seu interesse para o deslinde da causa.

Aconselhe a seu cliente que evite qualquer expressão de sentimento, revanchismo ou expresse sentimentos que não condizem com a causa em questão. Além disso atente para que o cliente responda apenas o que o juiz perguntar sem rodeios e alerte o mesmo de que não poderá pedir o auxílio

do advogado para responder as perguntas que lhe são dirigidas.

As testemunhas deverão ser advertidas pelo advogado e posteriormente pelo juiz de que deverão falar a verdade sob pena até mesmo de prisão pelo crime de falso testemunho. Vale ressaltar que as testemunhas não devem expressar opiniões sobre os acontecimentos devendo restringir-se a relatar os fatos por ela presenciados ou sentidos.

As testemunhas deverão ter em mente que estão prestando um auxílio a justiça e não a parte que as arrolou. Seu depoimento é uma espécie de prova viva dos fatos relevantes ao deslinde da causa por isso que o juiz antes do começo de seu depoimentos pergunta-lhe se tem interesse na causa, se é amigo ou inimigo de uma das partes ou se tem alguns grau de parentesco com os litigantes. Se uma desses questionamentos for confirmado pela testemunha a mesma será automaticamente dispensada ou terá seu depoimento apenas considerado como elemento informativo.

Ao juiz aconselhamos maior urbanidade e paciência com aqueles que procuram a justiça já que a grande maioria tem origem humilde ou não possui qualquer familiaridade com o rito a ser seguido em audiência pois em sua grande maioria nunca sequer esteve diante de um juiz prestando depoimento.

Aos advogados observo certa confusão na defesa dos interesses de seus clientes. Veja bem caro colega. Quando estiver defendendo seu cliente em audiência seja cortês, cumprimente a parte adversa, não assimile as emoções vividas pelo seu cliente pois você deve se comportar como uma

espécie de instrumento de acesso a justiça para que o litigante tenha assegurado um deslinde eficaz de sua demanda ou pelo menos uma defesa digna que respeite o amplo contraditório.

Evite caro colega exageros e palavras grosseiras, tanto nas peças apresentadas como em suas perguntas e exposições. Seja técnico e se atenha a causa e aos fins para que foi constituído evitando o uso de caminhos que dificilmente levarão a conquista de seu objetivos bem como a efetiva e válida prestação de seus nobres serviços.

Consideramos a necessidade de exposição destas simples recomendações acima delineadas em virtude de nos deparamos freqüentemente com essas situações que devem ser observadas por quem exerce a atividade jurídica para que tenhamos um melhor desenvolvimento em audiência e consigamos realizar os fins almejados por uma audiência.

Em nossa visão a urbanidade, simplicidade e espírito de cooperação devem nortear a atividade do juiz, do advogado e do promotor na realização de uma audiência deixando de lado as diferenças inerentes de cada profissão e buscando através do entendimento conjunto os melhores caminhos para assegurar que os litigantes tenham um julgamento justo e conseqüentemente a impressão de que, mesmo que venha perder a causa, tenha tido o direito de um acesso digno a Justiça.

*Advogado militante em Belém. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará

O segundo uso médico dos medicamentos

Patrícia Luciane de Carvalho*

O segundo uso médico de medicamentos corresponde à proteção para uma nova aplicação médica de uma patente farmacêutica, a qual já é protegida pelos direitos da propriedade intelectual. Desta sistemática surge a controvérsia firmada, principalmente, entre o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, acerca da constitucionalidade do registro do segundo uso médico.

A controvérsia ocorre porque na prática o segundo uso médico permite que alterações em medicamentos registrados estendam a proteção aos mesmos, ou seja, em virtude de uma descoberta quanto à aplicação do medicamento ele adquire prolongamento do prazo para exploração exclusiva pelo seu titular.

O prolongamento do prazo de exclusividade para o titular do medicamento referencial é um benefício, todavia, para os que necessitam da informação para aumento da concorrência ou para a fabricação de medicamento genérico o prolongamento corresponde a um distanciamento desses objetivos.

O INPI é o organismo responsável pelo registro de medicamentos, sem o qual não podem ser comercializados em território nacional. Este organismo autoriza o registro da patente de segundo uso médico. A justificativa do INPI é a de que toda e qualquer invenção, que atenda aos requisitos legais, dentre eles, o da aplicação comercial e da inovação, merecem a proteção por meio do registro. Não importa se a invenção seja sobre uma fórmula já registrada, mas sim que a invenção tenha nova aplicação.

A visão jurídica do INPI é a de que a proteção salvaguarda o inovador e, desta forma, incentiva a atividade inventiva; indiretamente presta-se como motivação para a criação de medicamentos e mais indiretamente para a criação de soluções a doenças e para o desenvolvimento econômico e sustentável nacional.

É importante mencionar que desde a Lei da Propriedade Industrial de 1945 o Brasil adota o sistema chamado genérico de classificação, ou seja,

tudo que não está expressamente mencionado na Lei como não patenteável é passível de proteção. Assim foi com a Lei nº 7.903 de 27 de agosto de 1945, com a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971 (Código da Propriedade Industrial) e é assim com a Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei da Propriedade Industrial – LPI). No antigo Código de Propriedade Industrial de 1945, em seu art. 183, há uma menção à “aplicação nova”, na parte que se refere à Ação Penal e Diligências Preliminares. Isto significa que existia àquela época o conceito de patenteabilidade de aplicação ou uso novo, diante da existência de capítulo referente à Ação Penal destes usos.

Corresponde o segundo uso médico aos melhoramentos feitos sob o primeiro registro da patente farmacêutica. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, já em 08 de julho de 1914, decidiu que “(...) o que constitui característico do privilégio não é, por exemplo, o conjunto de materiais, drogas ou ingredientes empregados no preparo de certo produto, mas o meio ou processo especial de prepará-lo ou aplicá-lo a determinado fim, com resultado industrial”.

No direito comparado, há sob o mesmo assunto decisão do Enlarger Board of Appeal do Escritório Europeu de patentes farmacêuticas – n.º G05/83 – que considerou válidas as reivindicações sobre o segundo uso médico sobre patentes farmacêuticas.

De outro lado, aos que visualizam o direito à patente farmacêutica sob o fundamento dos direitos humanos, como a ANVISA – que protege a saúde com o registro também de medicamentos -, entendem que, com o segundo uso médico, cria-se um obstáculo ao acesso a medicamentos, desrespeitando-se uma das características das normas protetivas dos direitos humanos – a irredutibilidade. No caso, ocorre a redutibilidade (afronta também à progressividade) porque a indústria farmacêutica consegue aumentar a proteção sobre as patentes, alargando o tempo de comercialização exclusiva.

Mesmo que o tema seja de competência, primeira, do INPI, importa

indicar a opinião da ANVISA sobre o segundo uso médico, eis que se posicionou, em 25 de agosto de 2004, contrária a esta espécie de concessão alegando que tal procedimento é lesivo à saúde pública, ao desenvolvimento científico e tecnológico do Brasil, bem como que pode dificultar o acesso aos medicamentos pela população.

A ANVISA fundamenta seu posicionamento na ordem internacional por meio dos artigos 7 e 8 do Acordo TRIPS e na Declaração de Doha. Isto porque a concessão dessa espécie de patente farmacêutica não contribui para a inovação tecnológica e difusão da tecnologia, assim como não conduz ao bem-estar social, eis que impede que novos concorrentes produzam e comercializem o objeto da patente farmacêutica a preços mais acessíveis ao mercado consumidor.

Como resposta a controvérsia, a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, em 21 de outubro de 2004, emitiu a Resolução n.º 63, alegando que o INPI é o único órgão nacional competente para conceder patentes farmacêuticas de invenção; que a ANVISA é competente apenas para analisar se o pedido de patente farmacêutica pipeline foi introduzido em outros mercados internacionais; que a decisão da ANVISA contraria a Lei de Inovação, n.º 10.973, de 02 de dezembro de 2004; e que afronta os artigos 1º, 2º, 5º, XXIX e 37 da Constituição Federal, assim como os artigos 27, 41 e 62.1 do Acordo TRIPS da OMC, os artigos 2º, 6º, 8º e 37 da Lei n.º 9.279/1996.

Importante que a sociedade tenha conhecimento da controvérsia para que possa adotar um posicionamento e adquirir a capacidade de defender os seus interesses, sejam eles por parte dos criadores, dos que necessitam do acesso a medicamentos ou dos que defendem o necessário e urgente desenvolvimento sustentável do Brasil.

*Fundadora da Comissão da Propriedade Intelectual da OAB/PR, autora da obra “Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos” (Atlas).

Faça sua especialização
em **Advocacia Criminal**
e **Gestão Tributária** na **Feevale**.

 **feevale**
Conhecimento para inovar o mundo

DEZ. PROPAGANDA

Financiamento junto à Feevale ou à Cooperativa Sicredi/Feevale.
Inscrições abertas. Informações: 51 3586-8822 - 51 3586-8830 ou pelo site www.feevale.br/pos

Consentimento Informado

Luiz Carlos Nemetz¹
Patrícia Ribeiro Peret Antunes²

Com o advento do atual Código Civil, que entrou em vigor em 2003, observou-se uma maior atenção por parte dos Tribunais à questão da adoção do consentimento informado nas relações de saúde.

Isto porque, inobstante as disposições pertinentes já contidas no CDC e no Código de Ética Médica, o novo diploma legal deu um novo enfoque ao tema, ressaltando a autonomia do paciente, conforme disposto em seu artigo 15.

O TJRS, em julho de 2005, entendeu por manter a decisão de primeiro grau que condenou um médico a indenizar paciente por danos morais, fixados em 64 salários mínimos, devido à ausência do consentimento informado.

Ressalte-se que a base da condenação foi a negligência pela ausência do termo de consentimento informado e não algum erro ou dano decorrente do tratamento realizado.

No mesmo sentido, o STJ já se manifestou destacando a importância do consentimento informado:

“A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar nos casos mais graves negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano, ou diminui a possibilidade de êxito. Nas circunstâncias dos autos, assim como admitido pelo Tribunal, o dever de informação antes e depois da cirurgia não foi cumprido.” (Quarta Turma – REsp. nº 436.827/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)

O consentimento informado é um direito do paciente e um dever do médico, assegurados tanto pela lei civil como pelo código de ética médica e principalmente pelo CDC.

“Trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas conseqüências e dos seus riscos.” (CLOTET, Joaquim. O Consentimento Informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na Prática Médica: Conceituação, Origens e Atualidade. Internet: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v3/consentimento.html>)

Em resumo, traduz-se no dever do médico informar o paciente sobre a terapêutica sugerida e obter a sua concordância com a realização desta.

Segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz (Novo Código Civil, 1ª ed., 2003), a necessidade de adoção pelo profissional da saúde do consentimento informado decorre da aplicação de alguns princípios básicos: “Princípio da autonomia: O profissional da saúde deve respeitar a vontade do paciente, ou de seu representante, se incapaz. Daí a exigência do consentimento livre e informado. Imprescindível será a informação detalhada sobre o estado de saúde e o tratamento a ser seguido, para que tome decisão sobre a terapia a ser empregada. Princípio da beneficência: A prática médica deve buscar o bem-estar do paciente, evitando, na medida do possível, quaisquer danos e risco de vida. Só se pode usar tratamento ou cirurgia para o bem do enfermo. Princípio da não-maleficência: Há obrigação de não acarretar dano ao paciente. Direito de recusa de algum tratamento arriscado, é direito básico do paciente o de não ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a terapia ou cirurgia e, ainda, o de não aceitar a continuidade terapêutica.”

A informação, por sua vez, deve ser dada em linguagem clara e acessível ao paciente e ao responsável legal.

A orientação de que o termo seja confeccionado por escrito e de que o consentimento do paciente seja dado de próprio punho devem-se ao fato de que, caso haja dúvidas sobre a informação ou o consentimento, a prova de sua existência se fará sem esforços.

Importante esclarecer que a adoção pelo médico do termo de consentimento informado não afastará a sua eventual responsabilidade por má prática profissional, no caso do chamado erro médico, mas afastará a sua responsabilidade pelo dever de informação, bem como afastará eventual responsabilidade sobre complicações e intercorrências do ato médico praticado.

Trata-se, portanto, de um documento importante para formalizar a relação médico-paciente, todavia para que tenha validade legal, é imprescindível observar os requisitos imposto pela legislação vigente.

¹ Sócio fundador e integrante do conselho gestor da NK&O Advocacia. Pós-graduado em direito da economia e da empresa pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (RJ). Conselheiro da ACIB. Foi professor titular concursado das disciplinas Direito Processual Civil e Direito Econômico da Fundação Universidade Regional de Blumenau (SC). ² Sócia da NK&O Advocacia. Pós-graduada em direito civil pelo Centro de Estudos Superiores de Blumenau (SC). Participou do curso breve de pós-graduação em Genética e Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

Alimentos e o termo inicial de incidência da multa

Maria Berenice Dias*

A transformação do processo de execução dos títulos judiciais em cumprimento da sentença (Lei 11.232/2005), depois do susto inicial, ainda gera dúvidas e questionamentos. Apesar da dimensão da reforma, causou surpresa a omissão no que diz com a obrigação alimentar. Vencida a resistência da doutrina, a jurisprudência, de maneira já pacificada, passou a admitir a cobrança dos alimentos pela nova sistemática.

Mas alguns pontos ainda necessitam de detalhamento, pois se trata de obrigação que pode ser assumida extrajudicialmente ou imposta por decisão judicial, geralmente em sede de antecipação de tutela, quando o pagamento deve iniciar de imediato. Portanto, é possível que a mora ocorra enquanto tramita a demanda. Ao depois, por ser encargo que se prolonga no tempo, a cada mês, vence nova parcela e o inadimplemento pode surgir após ultimada a ação e extinto o processo. Apesar dessas peculiaridades nem por isso o credor de alimentos está privado do uso do procedimento intimidatório da pena pecuniária (CPC, art. 475-J).

Quando o juiz arbitra alimentos, o réu é citado para dar início ao pagamento, pois o encargo é devido desde sua fixação. Já nesta oportunidade o alimentante deve ser cientificado das seqüelas da mora. Como houve imposição judicial do pagamento, sempre que ocorrer atraso, a dívida se sujeita aos ônus legais. Para isso é necessário que conste do mandado de citação a advertência sobre as conseqüências do inadimplemento: incidência da multa de 10%, caso não efetuado o pagamento no prazo de 15 dias.

Não só os alimentos fixados em sentença autorizam a cobrança sob a ameaça de multa. Mesmo que o encargo seja estabelecido em decisão interlocutória, dispõe o credor da faculdade de perseguir o pagamento pela nova ferramenta legal. Como os alimentos provisórios e provisionais podem ser cobrados pelo rito da coação pessoal (CPC, art. 733), nada justifica excluir modalidade menos gravosa ao devedor. Aliás, é o que a lei recomenda (CPC, art. 620). Assim, é possível a cobrança dos alimentos fixados em sede liminar por meio da nova dinâmica. Por este motivo, quando o réu é citado para dar início ao pagamento dos alimentos fixados em sede liminar, também cabe ser cientificado da conseqüência do inadimplemento. O termo inicial do encargo moratório é o 15º dia a contar do vencimento de cada prestação vencida e não quitada. A multa não incide somente da data em que for intimado para adimplir o débito na demanda executória. Afinal, já sabia das seqüelas da mora desde a citação.

Igualmente o crédito alimentar estabelecido em escritura pública de separação ou divórcio (CPC, art. 1.124-A), não pode ficar alijado de quaisquer dos meios de cobrança. Não há nenhuma razão para subtrair da obrigação assumida extrajudicialmente a possibilidade da cobrança com ameaça de multa ou ameaça de prisão, sob pena de se limitar, em muito, a via extrajudicial. Deixaria de ser usada sempre que houvesse avença de alimentos.

É preciso emprestar a mesma força executória ao instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores. O Estatuto do Idoso assim autoriza (Lei 10.741/2003, art. 13). Ora, reconhecida a esses títulos a possibilidade de desencadear o processo de execução, é necessário conceder iguais prerrogativas à escritura pública e ao documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas (CPC, art. 585, II). O fato de tratar-se de encargo constituído extrajudicialmente não pode limitar o uso dos meios satisfativos concedidos aos créditos impostos judicialmente. Seria um desestímulo à composição consensual dos conflitos.

De outro lado, como a lei reconhece que a mora enseja a imposição de multa, mais do que possível, é recomendável que nas escrituras de separação ou divórcio bem como nos títulos executivos extrajudiciais seja previsto o encargo moratório a título de cláusula penal (CC, art. 480). Na hipótese de atraso a multa incide sobre todas as parcelas que não foram pagas em 15 dias da data do respectivo vencimento. Para a cobrança

é igualmente possível o uso de qualquer das modalidades executórias.

Assumida a obrigação de forma espontânea, por meio de título executivo extrajudicial, ou imposto o pagamento judicialmente, em ambos os casos cabe a cobrança ou sob o rito da prisão ou mediante a imposição da multa no momento em que houver atraso de 15 dias no pagamento de qualquer prestação. A depender do número de parcelas vencidas tem o credor a faculdade de optar quanto ao meio executório. Com relação à mora não superior a três meses, cabe buscar o adimplemento sob a ameaça de coação pessoal. A omissão do devedor, não pagando em três dias, além de levá-lo à prisão, também enseja à incidência da multa sobre a totalidade do débito. Mesmo que o devedor cumpra a pena, sobre todas as parcelas vencidas é acrescido o valor da multa, mesmo naquelas compreendidas no período em que se encontrava preso.

Com relação às prestações mais antigas, o jeito é buscar a cobrança da dívida acrescida da multa. Não tendo sido esta convenionada entre as partes, o devedor é citado para pagar, no prazo de 15 dias. Procedido ao pagamento, não há o acréscimo de 10%. Caso não pague, está sujeito à multa que flui a contar da data da citação e sobre todas as mensalidades vencidas. A multa incide, inclusive, sobre as prestações que se vencerem posteriormente ao ato citatório, depois de 15 dias do vencimento de cada prestação que não for paga.

O credor pode fazer uso dos dois procedimentos de modo simultâneo, mas através de demandas distintas. Em autos apartados executa as três parcelas mais recentes pelo rito da coação pessoal. Com referência ao débito pretérito, a busca do cumprimento da sentença cabe ser levada a efeito na própria ação de conhecimento. O devedor é intimado para pagar em 15 dias todas as parcelas vencidas e mais a multa incidente sobre cada prestação não paga no prazo.

Quanto aos alimentos fixados extrajudicialmente, como inexistente demanda judicial, mister o uso da via judicial. Débito recente, não superior a três parcelas, pode ser cobrado pela via executória da coação pessoal. Na ação de cobrança o devedor é citado, com o mesmo propósito: satisfazer o débito, acrescido da multa. Para livrar-se da mora é necessário que satisfaça todas as parcelas, inclusive as vencidas durante a tramitação da ação. Mesmo com relação a essas parcelas, a partir do 15º dia da data do respectivo vencimento, passa a incidir a multa.

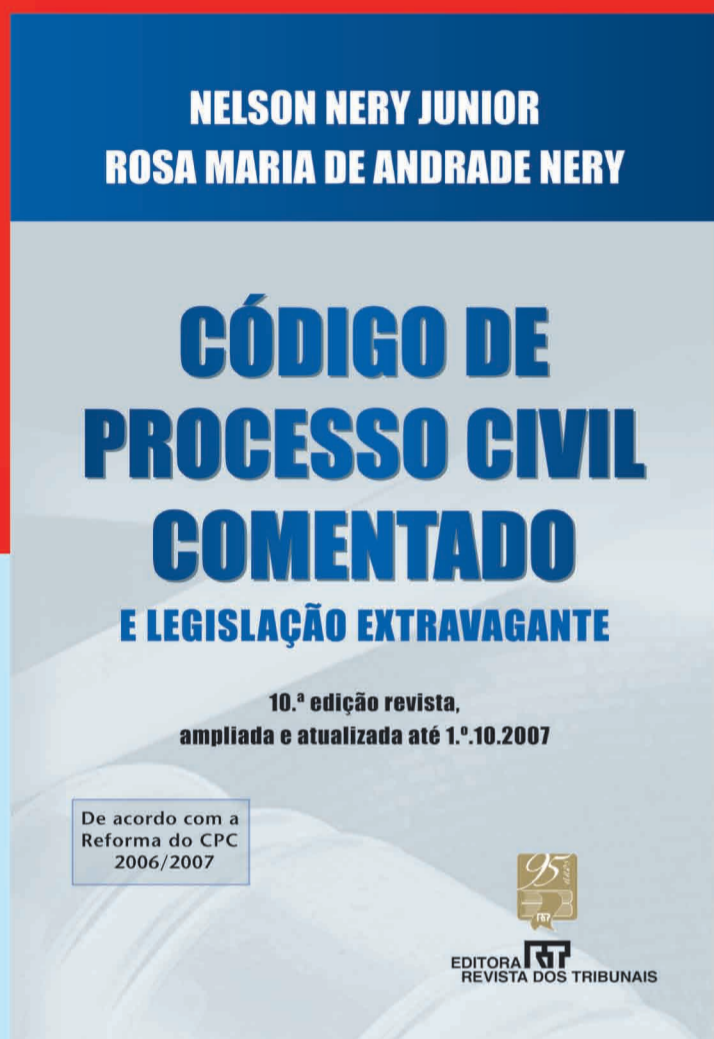
Quando os alimentos são fixados em sentença ou em decisão interlocutória, a partir do momento que o réu for citado, a multa incide sobre todas as parcelas em que ocorrer mora superior a 15 dias. O acréscimo se verifica mesmo antes do procedimento de cobrança. Também incide a multa quando os alimentos foram fixados extrajudicialmente. Mas o termo inicial de incidência diverge. Convenionada a multa moratória, ela é devida sempre que ocorrer o inadimplemento. Na hipótese de não ter sido prevista a cláusula penal, a multa passa a fluir somente se o devedor, citado no procedimento de cobrança, não paga toda a dívida no prazo de 15 dias.

Independente do instrumento – sentença, decisão interlocutória ou acordo extrajudicial – onde está prevista a obrigação alimentar, desde o momento em que o devedor sabe da incidência da multa, sempre que incorrer em mora por mais de 15 dias, agrega-se o percentual de 10% sobre cada parcela não paga. O acréscimo é automático e não ocorre somente a partir da citação do devedor ou de sua intimação quando é convocado judicialmente para proceder ao pagamento.

Apesar da omissão da lei as mudanças, em sede de alimentos, são significativas. Talvez o credor dos alimentos seja o maior beneficiado com a reforma. Até que enfim, pois é chegada a hora de dar um basta à convivência da justiça com quem comete o perverso crime de sonegar o direito de viver de quem deveria amar.

*Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, www.mariaberenice.com.br

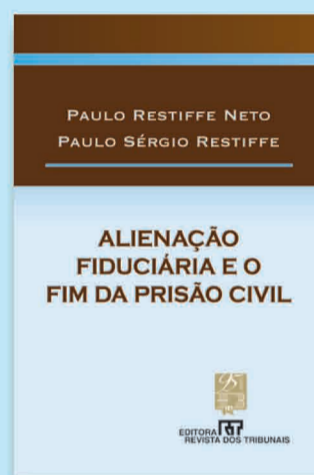
ATUALIZE-SE. CONHEÇA OS LANÇAMENTOS DA EDITORA RT



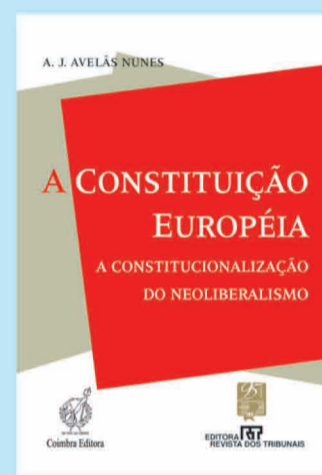
Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery
1.824 páginas – R\$ 339,00

10ª edição do “Código de Processo Civil Comentado” dos consagrados Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery

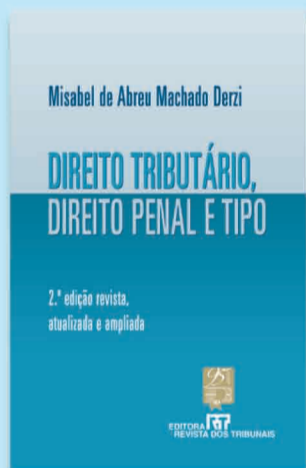
- › Edição atualizada até 1º.10.2007 de acordo com a Reforma Processual 2006/2007
- › Comentado artigo por artigo, com consulta ágil e inteligente
- › Legislação Extravagante com notas explicativas ampliadas



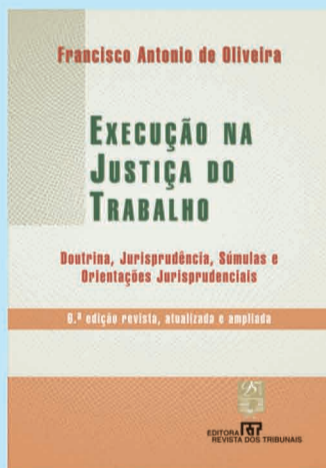
Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe
174 páginas – R\$ 35,00



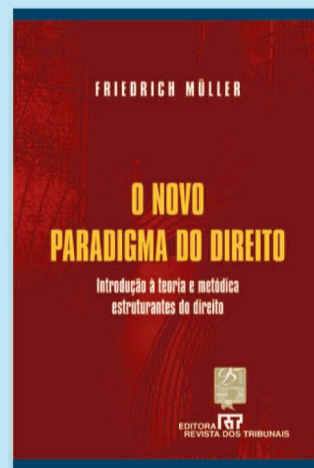
A. J. Avelãs Nunes
140 páginas – R\$ 44,00



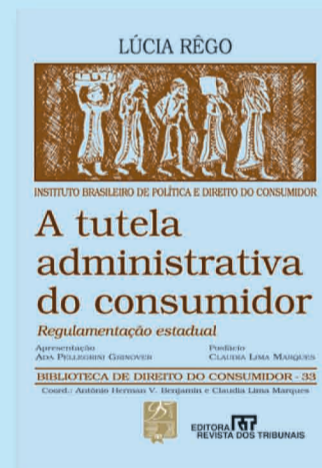
Misabel de Abreu Machado Derzi
398 páginas – R\$ 72,00



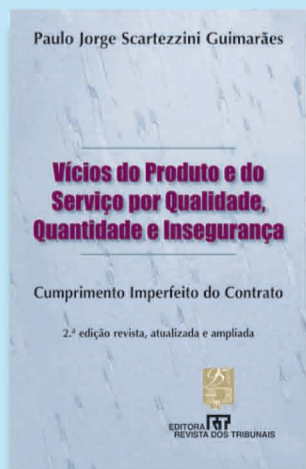
Francisco Antonio de Oliveira
556 páginas – R\$ 98,00



Friedrich Müller
314 páginas – R\$ 55,00



Lúcia Rêgo
198 páginas – R\$ 38,00



Paulo Jorge Scartezzini Guimarães
350 páginas – R\$ 68,00

VOCÊ PODE CONFIAR NOS LANÇAMENTOS RT
Afim, esta marca já vem com 95 anos
de experiência e tradição



EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS
WWW.RT.COM.BR

O STF e a venda sem licitação de imóveis públicos

Bruno Mattos e Silva*

1. Introdução

O STF criou relevante e perigosa orientação em emblemático julgamento, cujo acórdão foi publicado em 24/8/2007, ao estabelecer que lei específica possa permitir a venda de lotes irregulares situados em áreas públicas diretamente ao ocupante, fora das hipóteses de dispensa de licitação previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Trata-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.990, que considerou constitucional a Lei Federal nº 9.262, de 12 de janeiro de 1996, cujo principal objeto é, atendidos determinados requisitos, permitir a venda direta sem licitação aos ocupantes de lotes nos chamados “condomínios irregulares” situados em terras públicas na Área de Proteção Ambiental (APA) da Bacia do Rio São Bartolomeu, situada predominantemente no Distrito Federal.

A Lei Federal nº 9.262/96 não tem o caráter de lei nacional, equiparando-se a uma lei estadual, distrital ou municipal, como veremos adiante.

2. A regra geral para alienação de bens públicos. Competência constitucionalmente conferida para legislar a respeito do tema

A Constituição Federal estabeleceu que a União é competente para legislar a respeito de normas gerais a respeito de licitação e contratação para todas as pessoas jurídicas de direito público e entidades da administração indireta:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

Além disso, a Constituição Federal estabeleceu que, como regra geral, os contratos celebrados pela Administração Pública deverão ser efetuados mediante o procedimento de licitação:

“Art. 37. (...)”

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

A teor do que se vê desses dispositivos constitucionais, a regra geral é a contratação por meio de licitação; a exceção é a contratação sem licitação, para as hipóteses especificadas na legislação.

Os casos que são ressalvados pelo inciso XXI do art. 37 devem ser os previstos nas normas gerais de licitações e contratos, que devem ser materializadas em lei de competência União, que terá caráter de lei nacional.

Caso assim não se conclua, poderá qualquer ente da federação, por lei própria, estabelecer hipóteses específicas em que a licitação não será necessária para a celebração de contratos com a Administração Pública,

esvaziando de eficácia quase que completamente os mencionados dispositivos constitucionais.

Atendendo ao disposto no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, a União editou a Lei nº 8.666/93, que trata a respeito de normas gerais de licitação e contratos para a Administração Pública, o que abrange as alienações de bens públicos.

O art. 17, I, Lei nº 8.666/93 estabelece que os imóveis públicos somente podem ser alienados com autorização legislativa e, como regra geral, por meio de licitação, na modalidade concorrência, que será dispensada em hipóteses especificadas nas alíneas do referido dispositivo.

Evidentemente, a lei que pode autorizar a venda de imóveis públicos deve ser editada pela pessoa política (União, Estado, Distrito Federal ou Município) que for proprietária do imóvel.

A alínea “f” do inciso I do art. 17 da Lei nº 8.666/93 dispensa a licitação para a alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

Portanto, fora dessa hipótese prevista na Lei nº 8.666/93, que trata de normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública, parece que nem mesmo por meio de lei específica se poderia autorizar, sem licitação, a alienação de imóveis públicos.

Assim, a regularização de lotes e loteamentos situados em terrenos de propriedade do Poder Público parecia que somente poderia ser feita no âmbito de programas habitacionais destinados à população de baixa renda ou mediante procedimento de regularização fundiária no qual a venda dos lotes seria feita mediante concorrência (licitação).

3. A jurisprudência anterior ao julgamento da ADIn nº 2.990

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), de forma pacífica, sempre julgou no sentido de que seria inconstitucional a lei local que autorizasse a venda direta de lotes situados nos chamados “condomínios irregulares” em terras públicas, ocupados sem título outorgado por órgão estatal, em razão da necessidade do processo de licitação pública, que só estaria dispensado quando os beneficiários fossem pessoas carentes, no âmbito de programas habitacionais (art. 17, I, “f”, da Lei nº 8.666/93). Entendia o TJDF que nesses casos a situação seria diversa da prevista pela Lei Federal nº 8.025, de 12 de abril de 1990, que autorizou a venda de imóveis da União para servidores públicos devidamente autorizados a residir em tais imóveis.

Com efeito, o STF jamais afirmou a inválida a Lei nº 8.025/90, que no art. 6º permitiu ao legítimo ocupante de imóvel funcional situado no Distrito Federal a sua aquisição a preço de mercado, preenchidos determinados requisitos estabelecidos no próprio dispositivo.

A Lei nº 8.025/90 não tinha conteúdo de lei nacional e não foi editada com fundamento na competência constitucionalmente conferida à União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos. Ao revés, tratava-se de Lei de cunho meramente federal, uma vez que abrange apenas imóveis de propriedade da União,

inaplicável aos demais entes da Federação.

Nesse mesmo sentido, o Estado do Amapá editou a Lei Estadual nº 159, de 28 de junho de 1994, referente a imóveis funcionais situados em Macapá, autorizando a venda sem licitação e não foi considerada inconstitucional pelo STF, no julgamento da medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.300. Constatou o voto condutor desse julgamento que referida Lei estadual praticamente reproduzia o teor e alcance da referida Lei Federal nº 8.025/90, que teria passado “pelo crivo de constitucionalidade”.

Já o Estado do Tocantins editou a Lei Estadual nº 147, de 18 de abril de 1990, também autorizando a venda de imóveis funcionais a servidores públicos sem licitação. Porém, ao contrário das leis acima mencionadas, a Lei tocaninense tratava da aquisição de lotes e moradias situadas no perímetro urbano de Palmas sem licitação, sem se limitar a imóveis que estivessem legitimamente ocupados por servidores públicos em virtude de ato do Poder Público. Em razão disso, o STF afirmou a inconstitucionalidade dessa Lei por ocasião do julgamento da ADIn nº 651.

Como se vê, o traço marcante que diferencia a Lei federal e a Lei do Amapá da Lei do Tocantins, no que se refere à possibilidade de venda sem licitação, é a exigência, contida nas duas primeiras leis, de estar o imóvel funcional legitimamente ocupado pelo servidor público, exigência tal que não existe na Lei do Tocantins. Com base nessa diferença, o STF julgou as duas primeiras leis constitucionais e a última inconstitucional.

Essa distinção, ao menos aparentemente, é irrelevante: as leis que tratam de normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública em vigor à época de edição das mencionadas Lei Federal nº 8.025/90 (Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986) e da Lei Estadual nº 159/94 (Lei nº 8.666/93), não autorizavam a dispensa (note-se bem: dispensa!) de licitação na hipótese de alienação de imóveis legitimamente ocupados por servidores públicos.

Desse modo, poderia o STF apreciar a inconstitucionalidade da mencionada Lei do Amapá por ocasião do julgamento final da ADIn nº 1.300 e até mesmo da Lei Federal nº 8.025/90, caso proposta ação direta de inconstitucionalidade por algum dos legitimados.

Porém, não há notícia da propositura da referida ação, assim como a ADIn nº 1.300, após o indeferimento da liminar acima mencionada, foi julgada extinta por decisão monocrática do relator em 20/8/2008, que, entre outros fundamentos, apontou que “não são suscetíveis de controle concentrado as normas individuais e concretas como aquelas que se destinam a situações definidas e têm destinatários certos”, o que seria justamente o caso da Lei atacada, pois “os preceitos que se pretende alijar do ordenamento jurídico beneficiam não os servidores do Estado do Amapá genericamente considerados, mas apenas aqueles que ocupam imóveis individualmente identificados, ut singuli. Não resta dúvida de que se trata de normas que disciplinam relações jurídicas in concreto”.

Assim, até o julgamento da ADIn nº 2.990, que veremos no item seguinte, não se poderia dizer de forma cabal que o STF tinha uma posição definida a respeito do tema: ele apenas deixou de considerar inconstitucionais leis que estabeleceram a possibilidade de venda sem licitação para servidores que ocupassem legitimamente imóveis públicos, implicitamente

considerando constitucional a disposição no bojo de diversos julgamentos.

4. O julgamento da ADIn nº 2.990 e sua influência no direito brasileiro.

A maior parte dos imóveis públicos situados na região mencionada pela Lei Federal nº 9.262/96 são de propriedade da Companhia Imobiliária de Brasília (TERRACAP), empresa pública controlada pelo Distrito Federal, que detém 51% do seu capital, sendo da União os restantes 49%.

O art. 3º da Lei nº 9.262/96 estabeleceu que, atendidos determinados requisitos, os imóveis públicos situados nessa região específica poderão ser alienados com dispensa dos “procedimentos exigidos pela Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993”.

Entre os requisitos exigidos pela Lei nº 9.262/96, destaca-se a necessidade de comprovação, perante a Terracap, de ter o ocupante “firmado compromisso de compra e venda de fração ideal do loteamento, prova esta que deverá ser feita mediante apresentação do contrato firmado com o empreendedor do loteamento ou suposto proprietário, além da comprovação de que efetivamente pagou, ou está pagando, pelo terreno” (art. 3º, § 2º).

O “empreendedor do loteamento ou suposto proprietário” ao qual a Lei se refere não é o Poder Público, mas sim a pessoa que, sendo “suposto proprietário” ou mesmo “suposto possuidor”, realizou o parcelamento do solo, mediante celebração de contrato com os adquirentes dos lotes, sem preencher os requisitos da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe a respeito de parcelamento do solo urbano..

Uma das principais causas dos problemas fundiários existentes no Distrito Federal foram as imprecisas desapropriações de terras particulares realizadas por ocasião da criação da nova capital. Por essa razão, a Lei nº 9.262/96 não distingue a hipótese em que o “empreendedor do loteamento ou suposto proprietário” é uma pessoa que, de forma realmente fundamentada, disputa judicialmente a propriedade das terras, da hipótese em que ocorreu pura e simples invasão (“grilagem”) de terras públicas e subsequente venda irregular de parcelas dessas terras. Além disso, entre essas duas situações existe uma zona cinzenta, fazendo a questão mais complexa do que aparenta à primeira vista. Sem entrar no mérito da existência ou não de boa-fé dos compradores dos lotes dos parcelamentos irregulares, é evidente que a Lei pretende promover a regularização fundiária da APA do São Bartolomeu, o que passa, necessariamente, pela regularização da propriedade territorial dos atuais ocupantes do território factualmente parcelado. O tema da existência ou não de boa-fé dos compradores, bem como dos seus limites e importância jurídica, é sensível e delicado, tendo provocado justificáveis manifestações com forte carga emocional por parte das pessoas envolvidas no tema.

Assim, a Lei nº 9.262/96 quer resolver o problema para o futuro, ainda que implicitamente possa cancelar alguns casos específicos de flagrante violação da ordem pública ocorridos no passado.

Evidentemente, a Lei nº 9.262/96 não foi editada pela União com base na competência estabelecida constitucionalmente para legislar a respeito de normas gerais de licitações e contratos. Ao revés, a Lei nº 9.262/96 é uma lei específica, abrangendo não

apenas uma específica parte do território nacional, mas imóveis claramente determináveis.

A constitucionalidade da Lei nº 9.262/96 foi apreciada pelo STF por ocasião do mencionado julgamento da ADIn nº 2.990, cujo acórdão foi publicado em 24/8/2007.

O relator originário, Min. Joaquim Barbosa, votou pela inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.262/96, sustentando que a regra geral estabelecida pelo art. 37, XXI, da CF é a da necessidade de licitação, sendo que a questão tratada pelo art. 3º da Lei nº 9.262/96 não se refere a nenhuma das hipóteses excepcionais contempladas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93. Porém, essa posição não prevaleceu.

Foi designado relator para o acórdão o Min. Eros Grau, que proferiu voto condutor no sentido de que a Lei nº 9.262/96 é constitucional ao “dispensar” a licitação porque no caso por ela tratado “não é possível competir: o loteamento será regularizado exatamente com a venda para aquele que ocupar o lote”.

Assim, o fundamento do julgamento da validade da Lei nº 9.262/96 não foi a criação de uma nova possibilidade de dispensa de licitação (art. 24 da Lei nº 8.666/93), mas sim o reconhecimento de que, no caso específico por ela tratado, não há possibilidade de competição, razão pela qual a licitação não seria viável, ou seja, inexigível (art. 25 da Lei nº 8.666/93).

Desse modo, embora o caput do art. 3º da Lei nº 9.262/96 afirme textualmente afastar “os procedimentos exigidos

pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”, o STF decidiu pela validade da norma em razão da inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/93), decorrente de uma afirmada inviabilidade de competição.

Não foi apreciado nesse julgamento se uma lei federal - sem caráter de lei nacional, por não estar baseada na competência da União para editar normas gerais válidas para todas as unidades federativas - poderia validamente versar a respeito de imóveis que não são de propriedade da União.

O fato é que foi afirmado nesse julgamento pelo Min. Sepúlveda Pertence que “Essa lei é federal porque são terras da União, embora geridas pela Terracap”.

Sem pretender discutir se os imóveis são de propriedade da União ou da Terracap, o relevante é que esse julgamento estabeleceu a possibilidade de uma entidade da federação, por meio de lei específica, afirmar a possibilidade de venda sem licitação de lotes situados em terras públicas toda vez que esses lotes estejam ocupados.

Assim, o julgamento da ADIn nº 2.990 revela-se de grande importância para a definição da possibilidade de a lei ordinária estabelecer, de forma específica, a inexigibilidade de licitação baseando-se na inviabilidade de competição: a Lei nº 9.262/96, julgada constitucional pelo STF, refere-se a imóveis específicos, sem ter o caráter de norma geral.

Em razão dos princípios federalistas estabelecidos na Constituição Federal em vigor, o precedente criado pela

ADIn nº 2.990 é válido para as leis das outras entidades da Federação, quando versarem sobre seus imóveis: por uma questão de coerência, deverão ser reputadas constitucionais pelo STF quando estabelecerem que um imóvel ocupado,

tipos de contratos, que não de alienação de imóveis públicos, poderão ser celebrados sem licitação, mediante autorização em lei específica, toda vez que se verificar inviabilidade de competição.

O STF, portanto, sinalizou no senti-

“ Sem pretender discutir se os imóveis são de propriedade da União ou da Terracap, o relevante é que esse julgamento estabeleceu a possibilidade de uma entidade da federação, por meio de lei específica, afirmar a possibilidade de venda sem licitação de lotes situados em terras públicas toda vez que esses lotes estejam ocupados. ”

no contexto da regularização fundiária, possa ser alienado ao seu atual ocupante sem licitação, em razão da suposta “inviabilidade de competição”. Isso significa que uma lei estadual, distrital ou municipal poderá estabelecer a venda direta e sem licitação nessa situação!

Além disso, a orientação da ADIn nº 2.990 parece ser aplicável a quaisquer outras hipóteses em que se entender por inviável a competição: não há razão para que se diga que a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/93 deva se restringir as hipóteses nele exemplificadas, ou, tal como visto no emblemático julgamento do STF, a imóveis ocupados no contexto da regularização fundiária. Assim, diversos outros

do de que podem os legisladores locais dispor a respeito de hipóteses específicas de inexigibilidade de licitação em razão de impossibilidade de competição. Sob esse aspecto, o precedente criado na ADIn nº 2.990 é perigoso!

Porém, o mesmo STF deverá impor limites a esse poder, toda vez que considerar que foi abusiva uma tentativa de reputar como inexistente a possibilidade de competição, sob pena de esvaziar o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de licitação para contratos da Administração Pública.

* Advogado em Brasília, Consultor Legislativo do Senado Federal e autor do livro “Compra de imóveis” (Ed. Atlas).

ERRATA

por um equívoco na 11ª edição, página 16, os créditos e o título não condizem com o texto da página 16, o qual estamos publicando nesta edição, agora corretamente o artigo do Professor Bruno Mattos e Silva. A minha intenção com o Projeto é a melhor possível, escrevo isso porque me preocupo muito quando eu erro e me preocupo com o que pensam. Vamos continuar fazendo o Jornal Estado de Direito com qualidade e responsabilidade.

Carmela Grüne

Cursos Preparatórios para 2008 - 1º semestre



Cursos Preparatórios Jurídicos

Cursos Regulares

- Intensivo Regular | Módulo 01
- Intensivo Complementar Avançado | Módulo 02
- Intensivo Master (Revisão Geral)

Cursos de Sábado

- Intensivo Regular de Sábado | Módulo 01
- Intensivo Complementar de Sábado | Módulo 02
- Intensivo Para Serventias Notariais e Registrais
- Curso de Português, Informática, Raciocínio Lógico e Atualidades

Cursos Específicos

- Intensivo Estadual
- Intensivo Federal
- Intensivo Pleno (Estadual + Federal)
- Intensivo AGU / DPU
- Delegado Federal
- Agente e Escrivão da Polícia Federal
- Polícia Civil - Delegado

Pós-Graduação

- Direito Constitucional
- Ciências Penais
- Direito Tributário
- Direito Processual: Grandes Transformações
- Direito Eleitoral
- Direito Notarial e Registral
- Legislação e Gestão da Educação Superior

Cursos Preparatórios para Fiscais

- Intensivo Regular
- Avançado
- Resolução de Questões

Cursos Preparatórios para Magistratura e MP do Trabalho

- Regular Semanal
- Regular Sábado
- Módulo Especial - Parte Prática
- Semestral Noturno

Cursos Preparatórios Médio/Superior

- Cursos Preparatórios para Escreventes, Técnicos, Oficial de Justiça, PRF e Outros
- Carreiras Militares

Cursos Preparatórios para a OAB

1ª fase

- Revisão Geral + Resolução de Questões
- Reta Final
- Regular + Resolução de Questões
- Extensivo Sábado + Resolução de Questões
- Extensivo Vespertino + Resolução de Questões

Cursos Preparatórios para a OAB

2ª fase

- Direito do Trabalho
- Direito Penal
- Direito Tributário
- Direito Civil

Consulte nossas Unidades:

POA Centro - (51) 3226.0808
POA Bom Fim - (51) 3312.8276
Uruguiana - (55) 3411.6538

São Borja - (55) 3431.9495
Santiago - (55) 3251.6511
Itaqui - (55) 3433.6707

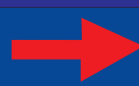
Santo Ângelo - (55) 3312.6811
Capão da Canoa - (51) 3665.3047
Santa Cruz do Sul - (51) 3715.2964

Caxias do Sul - (54) 3221.2926
Passo Fundo - (54) 3335.2325
Santa Maria - (55) 3222.7373

Ijuí - (55) 3332.4331
Pelotas - (53) 3227.5222
Itaqui - (55) 3433.6707

SEMANA DE ATUALIZAÇÃO JURÍDICA

Apresentação de atualidades de 12 Áreas do Direito com 19 Palestrantes de renome nacional. Qualifique-se!



21 à 25 de Janeiro - 2008

Consulte programação completa no site:

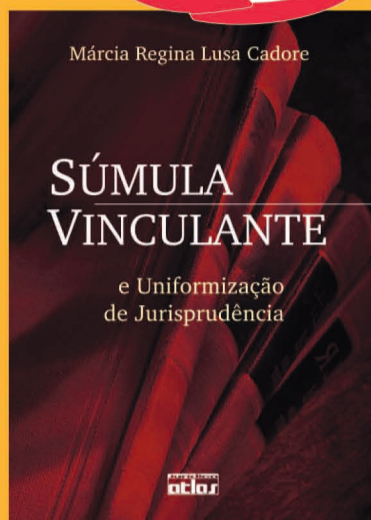
www.eventojuridico.com.br

Certificação
25h
Atividade
Complementar



Publicando desde 1944

Lançamento



SÚMULA VINCULANTE E UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Márcia Regina Lusa Cadore

268 páginas – 1ª Edição (2007) – R\$ 51,00

A existência de decisões diferentes, radicalmente contrárias, para controvérsias jurídicas idênticas é constatada quotidianamente em nossos Tribunais, justificada, principalmente, pela necessária independência que cada juiz deve ter na prestação da jurisdição. Com isso, a par da existência de acórdãos que poderiam, com certeza, render um excelente debate acadêmico, avolumam-se os recursos nos escaninhos de nossos Tribunais, notadamente os recursos endereçados aos Tribunais Superiores. Afinal, se existem Cortes com competência estabelecida na Constituição Federal para estabelecer a interpretação da Constituição e da lei federal, não há por que se conformar com as decisões que desafiam a orientação jurídica que por elas tenha sido adotada. Esse volume é absolutamente incompatível com as condições que tem o Estado para prestar a jurisdição e com a necessária celeridade que deve ter o processo.

Prepare-se para a 2ª fase do Exame da OAB!

Obras de referência para seus estudos

Um Clássico do Direito Penal



CÓDIGO PENAL INTERPRETADO

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini

2.944 páginas – 6ª Edição (2007)
R\$ 199,00

O livro contém, além do texto atualizado do Código Penal, um exame sucinto, mas o quanto possível abrangente, das principais questões doutrinárias surgidas na aplicação de cada um de seus dispositivos, bem como ampla resenha jurisprudencial a respeito dos temas tratados.



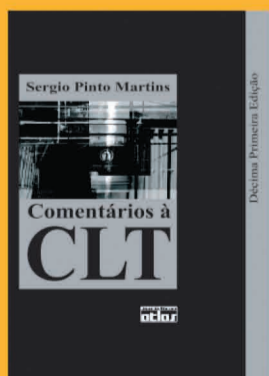
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO:

Doutrina e Prática Forense

Sergio Pinto Martins

740 páginas – 27ª Edição (2007) – R\$ 94,00

O autor analisa a autonomia do Direito Processual do Trabalho e seus princípios. Comenta a organização, competência e funcionamento da Justiça do Trabalho à luz da Constituição de 1988. Faz ainda o exame detalhado desde a petição inicial até a execução no processo trabalhista.

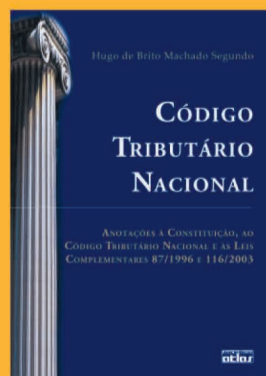


COMENTÁRIOS À CLT

Sergio Pinto Martins

1.188 páginas – 11ª Edição (2007)
R\$ 105,00

Interpreta cada artigo em que é feito o comentário, indicando os enunciados pertinentes do TST e a jurisprudência sobre o assunto.



CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL:

Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003

Hugo de Brito Machado Segundo

500 páginas – R\$ 65,00

Fornece ao leitor uma visão objetiva e pragmática do Direito Tributário Brasileiro por meio de uma análise da Constituição Federal (Sistema Tributário), do Código Tributário Nacional e das Leis Complementares 87/96 e 116/2003.

Adquira na livraria de sua preferência, pelo **0800 17 1944**
ou pelo Portal Atlas: **www.EditoraAtlas.com.br**