

Estado de Direito

PORTO ALEGRE, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2008 • ANO III • Nº 17

15 de novembro, três anos do Jornal!

Há três anos estamos intervindo na realidade de muitas pessoas, com apoio de renomados profissionais e das empresas que financiam as nossas ações, comprometidos eticamente com um sistema jurídico para o bem comum, criamos um referencial de cultura integrando atividades como mostra de cinema, núcleo de prática jurídica, palestras em livrarias e palco de Shopping Centers desmistificando a

■ **Pipeline:** “...são no fundo as patentes que estão no tubo e estão a aguardar o registro por parte das entidades responsáveis, porque esse registro demora muito tempo e porque são precisos experiências...”

complexidade do Direito como ciência distante da realidade do cidadão.

Nessa 17ª edição comemorativa, vamos acompanhar a entrevista do ilustre professor Canotilho, um dos mais respeitáveis constitucionalistas da atualidade, que esteve em Brasília, para o lançamento de seu livro que trata das Pipelines – patentes farmacêuticas - e das relações entre Países, especialmente no Brasil. Veja página 12.

Direito à saúde

Bruno Espínera Lemos questiona, qual o papel que o judiciário exerce atualmente quanto à garantia do acesso universal igualitário à saúde. Para ele, o contexto atual demonstra que existe um direito de eficácia duvidosa. Menos ações judiciais ao Ministério da Saúde e mais atenção à construção de uma política pública eficaz, são os caminhos apontados.

Página 04

Do meu bem aos meus bens

Maria Berenice Dias aborda os benefícios da Lei Maria da Penha, como “uma definição legal de família”. Para ela, a referida lei preenche uma importante lacuna do Código Civil, pois considera o mesmo limitado quanto às questões relativas à família. A advogada atenta para a constituição da família com base no afeto e no respeito e não apenas na divisão e na constituição do patrimônio.

Página 09



José Joaquim Gomes Canotilho

Doutor em Direito e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Considerado um dos nomes mais relevantes do Direito Constitucional da atualidade.

Veja também

Página 06

Primeiro compro, depois me arrependo

Fernando Gaburri explica o que é um contrato de adesão e destaca a necessária clareza que esse tipo de documento necessita, em detrimento da plena compreensão do consumidor.

Página 8

Guarda compartilhada

Rolf Madaleno apresenta os benefícios da guarda compartilhada e a importância da mesma para a formação, a educação e a estabilidade dos filhos, bem como para a preservação dos valores familiares.

Página 16

A criminalidade compensadora

Pedro Soares Martínez, através de uma análise histórica expõe a luta dos povos, através dos tempos, na tentativa de garantir segurança e paz. O autor ainda expõe as principais causas da criminalidade compensadora, o princípio da igualdade e os privilégios primitivos.

Página 21

A conciliação no sistema de Justiça do Quebec

Louise Otis relata as razões que orientaram a instauração da conciliação judicial e as características de integração dentro do sistema de justiça.

Página 22

Ações de indenização

Maurício de Carvalho Góes relata as dificuldades enfrentadas pela Justiça do Trabalho diante dos efeitos sociais causados por ações de indenização por danos morais e materiais, oriundos de acidentes de trabalho frente à promulgação da emenda Constitucional 45/2004.

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
Nextel ID: 84*97060
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

Jornalista Responsável

Patrícia Araujo - MTb 11686

Colaboraram nesta Edição

Bayard Fos, Diego Moreira Alves, Fábio Lino, Edgar Garcia Lira Junior,
Juliana Gomes Braggio, Luciano Gazineu, Carlos Bailon, Silvia de Nadal e
Michelle Bós Grüne

Redação

redacao@estadodedireito.com.br

Anúncios

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

Diagramação

Carmela Grüne

Tiragem: 40.000 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 - Andradás, 1273, lj. 003 - Galeria Edith - 3224.4119

Nossa Livraria Pernambuco e Alagoas

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

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

**Peça a lista dos locais em que o Jornal Estado de Direito
é divulgado para comercial@estadodedireito.com.br e consulte os
mais de 85 pontos de distribuição!**

*Os artigos publicados nesse jornal são responsabilidade dos autores
e não refletem necessariamente a opinião do Jornal e informa que os
autores são únicos responsáveis pela original criação literária.

Você faz parte dessa cultura

Já temos uma pequena história de conquistas, nesta décima sétima edição o Jornal Estado de Direito comemora três anos de trabalho pela Cultura Jurídica. Nesse tempo, contamos com o apoio de tantos profissionais, empresas e instituições e a grata satisfação de ver que estamos fazendo algo de muito importante para que se consolide cada vez mais o Estado de Direito em nosso País.

São 40.000 mil exemplares distribuídos em Faculdades, Empresas e Órgãos Públicos, em mais de 90 pontos, abrangendo Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Alagoas e Distrito Federal/Brasília e através das embaixadas países da Europa e Américas.

Nossa meta é despistar o interesse em conhecer o Direito na sua forma preventiva, desmistificando a idéia de que o Direito é para uma elite intelectual, que é um conjunto de regras e leis complexas, acreditamos que o Direito deve ser encarado como cultura para todos, sem exceção.

Para despertar o interesse de toda a comunidade, o projeto "Conhecer o Direito é Desenvolver a Cidadania", além do Jornal, realizamos eventos, mostra de cinema com enfoque jurídico, entrevistas que são disponibilizadas no YOUTUBE, com uma linguagem simples para que o público tenha gosto pelo assunto e possa formar sua opinião com base em estudiosos de notórios conhecimentos jurídicos.

O I Encontro Internacional Estado de Direito, nos dias 13, 14 e 15 de agosto de 2008, promovido pelo Jornal

Estado de Direito em parceria com o Conjunto Nacional de Brasília, participaram mais de um mil pessoas. Com temas atuais, palestrantes de alto nível e convidados internacionais, o objetivo do Encontro foi plenamente alcançado e o II Encontro está sendo confirmado por palestrantes e pelas embaixadas, que viram o entusiasmo e a seriedade com que realizamos as palestras, os debates, as oficinas e a mostra de cinema internacional.

O II ENCONTRO NACIONAL ESTADO DE DIREITO, realizado no dia 21 de outubro de 2008, obteve igualmente o mesmo sucesso e para 2009 teremos eventos mensais no Palco das Artes do Shopping em Porto Alegre. A todos nosso abraço pelo interesse e carinho demonstrados pessoalmente e por inúmeros E-mails de agradecimento e elogios.

Acreditamos que levar o direito através de ações que apoiem o Jornal é interagir de forma equilibrada e comprometida fazendo diferença na vida de cada um. Agradeço àqueles que já se decidiram a colaborar e convido a todas as Instituições Públicas e Privadas virem conosco e juntos mantermos essa obra gratuita de cidadania.

Os esforços para trazer mais parceiros para compartilhar bens culturais, conhecimentos e marcar presença de forma positiva nesse trabalho é um desafio diário e com certeza teremos uma grande história pela frente. Vale a pena!

Forte abraço,
Carmela Grüne
Diretora do Jornal Estado de Direito

Justiça instantânea para adolescentes infratores e o ato infracional

Christian Nedel *

A idéia de desenvolver um artigo relacionando a experiência emergente da Justiça Instantânea, com seus mecanismos de integração operacional, visando à celeridade, rapidez, agilidade, presteza e imediatidade no atendimento inicial ao adolescente autor de uma conduta infracional, com os mecanismos hoje existentes relativamente à responsabilização criminal do adolescente infrator, que fazem parte, dentro de um contexto maior e majoritário, do chamado Direito Penal Juvenil, surgiu a partir da experiência prática, pessoal e profissional do autor na área da infância e da juventude, pois labuta há mais de oito (08) anos, desde maio de 2000, junto ao complexo "Justiça Instantânea", atuando como Delegado de Polícia do Departamento Estadual da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no Livro II, Parte Especial, ao tratar da Política de Atendimento na área da Infância e da Juventude, disciplina, em seu artigo 88, V, como diretriz basilar, "integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional".

Trata-se da chamada Justiça Instantânea, que é a "porta de entrada" para o Sistema de Administração da Justiça Juvenil.

O Estado do Rio Grande do Sul teve precedência quanto à

instalação e funcionamento do chamado Sistema Integrado de Atendimento à Criança e ao Adolescente, com a concretização da Justiça Instantânea, em 1996, nas instalações da antiga FEBEM, atual FASE, situada na Av. Padre Cacique, 1372, nesta Capital.

Atualmente, na Capital, a Justiça Instantânea funciona no Centro Integrado de Atendimento da Criança e do Adolescente, situado na Av. Augusto de Carvalho, 2000, uma edificação com aproximadamente 2700 m², que foi inaugurada em 22/01/2004 e que somente foi viabilizada em razão de uma inovadora parceria efetivada entre o Poder Executivo Estadual, Poder Judiciário e Ministério Público.

Dentro deste sistema articulado, congregando diversas instituições em um mesmo espaço físico (Polícia Civil, Ministério Público, Defensoria Pública, Juizado da Infância e da Juventude etc.), são desencadeados mecanismos de responsabilização infracional nas fases policial, ministerial e judicial.

Delegado de Polícia Titular da Primeira Delegacia de Polícia para o Adolescente Infrator, do Departamento Estadual da Criança e do Adolescente, da Polícia Civil do RS (1ª DPA/DECA/PC). Coordenador na Academia de Polícia Civil do RS (ACADEPOL) da disciplina Direito da Criança, do Adolescente, da Mulher e do Idoso. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito.

Apoio **IBDFAM**
Instituto Brasileiro de Direito de Família

CAASC Caixa de Assistência dos Advogados de Santa Catarina

CAFÉ & REVISTA

Canada



ARRUDA ALVIM WAMBIER

ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

O escritório Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria Jurídica realiza assessoria e consultoria jurídica a pessoas físicas e corporações nacionais e internacionais - tanto na esfera contenciosa quanto na consultiva. Com escritórios em Curitiba, Ponta Grossa, Porto Alegre e Florianópolis e coligações com escritórios em todas as regiões do país, o que possibilita estender o atendimento personalizado de sua matriz por todo o território nacional. OAB nº 345.

CURITIBA

55 (41) 3336-1323
55 (41) 3301-3800

PONTA GROSSA

55 (42) 3225-5532
55 (42) 3311-1100

FLORIANÓPOLIS

55 (48) 3225-2628
55 (48) 3733-3700

PORTO ALEGRE

55 (51) 3232-9902
55 (51) 4009-2500

www.aawambier.com.br

**CURSO DE EXTENSÃO EM DIREITO. PORQUE NA FEEVALE,
O APERFEIÇOAMENTO DO PROFISSIONAL É LEI.**

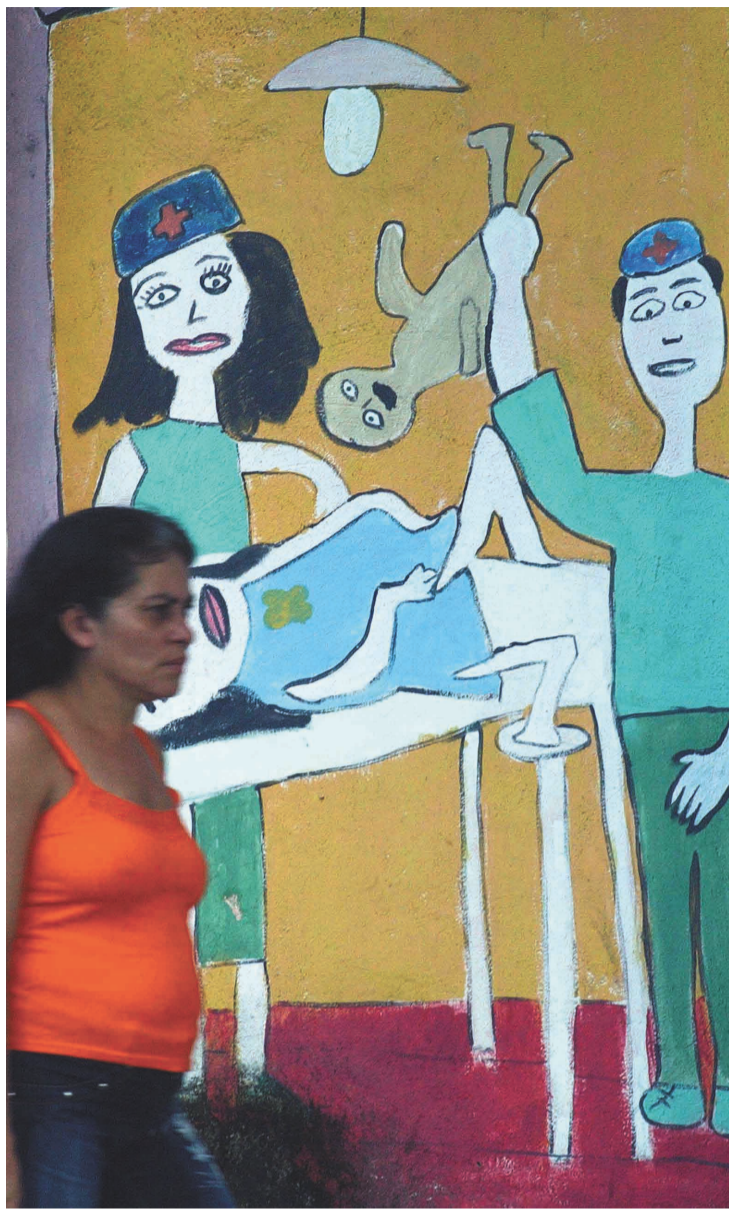
VENHA ENTENDER.

CONHEÇA NOSSOS CURSOS DE EXTENSÃO EM DIREITO:

- **Formação em Consultoria Tributária**
Período: 23/10/08 a 10/12/08
- **Regimes Próprios de Previdência Social e Previdência Privada**
Período: 11/11/08 a 26/11/08
- **Terceirização de Serviços Contínuos na Administração Pública**
Período: 18/11/08 a 26/11/08
- **Palestra: A proibição aos efeitos de confisco no Direito Tributário**
Período: 13/11/08
- **Especialização em Direito do Trabalho, Previdenciário e Processual do Trabalho**
Período: 10/11/08 a março de 2009
- **Congresso de Direito Tributário**
Período: 07 a 08 de maio de 2009
- **II Seminário de Direito e Processo do Trabalho**
Período: maio de 2009
- **Gestão Tributária Empresarial**
Período: março e abril de 2009
- **A Feevale está desenvolvendo o calendário de cursos e eventos na área do Direito para 2009, e a sua participação é muito importante. Envie suas sugestões para o e-mail desenvolvecorp@feevale.br.**

➤ **PARA MAIS INFORMAÇÕES, ACESSE:** www.feevale.br/extensao





FABIO RODRIGUES POZZEBOM ABR

“Ao contrário do que preconizam alguns juristas e homens públicos, a Constituição jamais poderá ser concebida como uma obra acabada, pois a realidade social cambiante, as mutações advindas especialmente da sua interpretação, a transformam, além do seu conteúdo corporificado, em um “ser” imaterial sem prazo de validade.”

Direito à saúde

O Professor de Direito Constitucional, Mestre em Direito pela UFBA, Bruno Espiñeira Lemos, analisa o Direito à Saúde como tema recorrente diante da dimensão da sua importância e dos velhos e novos elementos essenciais para uma dialética do exequível

Bruno Espiñeira Lemos*

Em um passado recente tive o prazer de abordar neste periódico o tema da saúde pública e a necessidade da observância do paradigma do “cuidado” com a coisa pública, especialmente, enfocando a atuação do advogado público. Digo prazer, pois considero sempre um momento agradável e prazeroso da minha modesta existência colaborar com o *Jornal Estado de Direito*, elemento difusor de cultura, não apenas jurídica, coordenado pela querida e denodada Carmela que reflete sua inquietude saudável, necessária e cidadã no processo de caminhar de uma sociedade esclarecida. Aliás, como se sabe, depois que se descobre a luz, dificilmente o indivíduo aceita viver na escuridão.

Parece-me sedimentada a discussão da “dupla função” dos direitos fundamentais, em perspectiva tão bem exposta pelo Tribunal Constitucional alemão no célebre caso Luth. Ou seja, além da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais que se direciona para o indivíduo, há uma dimensão objetiva, neste caso, dirigindo-se para a sociedade, em sentido amplo, aí se incluindo entre outros sujeitos, o Estado.

Pois bem. Um aspecto que muito tem me incomodado no atual momento de intensa “atuação” do Poder Judiciário é o esvaziamento quanto ao uso desmedido e muitas vezes inaplicável do universal princípio da dignidade humana. Panegírico ilimitado, pretexto inescusável para “concessões”, em detrimento do Erário, de pretensões desproporcionais e irrazoáveis.

Explico-me melhor. É inafastável do cenário atual de conquistas constitucionais em solo brasileiro, que o direito à saúde, com sua compreensão de direito fundamental de segunda geração ou dimensão, não pode ser encarado como um direito de eficácia duvidosa, ao menos no que diz respeito à superação do carma programático em detrimento da sua razoável aplicabilidade imediata. E nesse caminhar evolutivo, devo destacar a importância daquele mesmo Poder que se aponta como pródigo.

Vale destacar que a referida aplicabilidade imediata não significa dizer desconsideração dos meios e dos recursos disponíveis, muito menos, autorização para transcender os protocolos clínicos oficiais pautados em elementos técnico-científicos, em detrimento de “experimentalismos” patrocinados pela trilionária indústria farmacêutica, protocolos aqueles, que têm alcançado bons frutos, o que se dizer então, quando o Judiciário perde o norte e a ótica do razoável e autoriza tratamentos na Rússia ou em outros países, ordenando mesmo a importação de um determinado medicamento em fase de testes para determinada doença, para a qual o sistema único de saúde já possui em seu rol de medicamentos excepcionais e de alto custo, ao menos quatro outros fármacos destinados ao mesmo mal.

Nesse instante, o Poder Judiciário e quem assim o provoca, perde de vista que a própria vontade constitucional direciona o direito à saúde ao foco do seu acesso universal igualitário, cuja execução é planejada por políticas sociais e econômicas.

Malgrado a latência histórica reprimida pelos anos de chumbo, que afetaram a sociedade brasileira e manietaram os Poderes Legislativo (este último ainda adormecido por opção) e Judiciário, não se pode olvidar que os fatos pos-

suem força própria e o fenômeno jurídico não pode tudo.

Ao contrário do que preconizam alguns juristas e homens públicos, a Constituição jamais poderá ser concebida como uma obra acabada, pois a realidade social cambiante, as mutações advindas especialmente da sua interpretação, a transformam, além do seu conteúdo corporificado, em um “ser” imaterial sem prazo de validade.

É necessário que tornemos mais claro em nossa dinâmica social respaldada em solo tão bem constitucionalizado, a quem cabe a formulação de políticas públicas; quais são os limites entre a “passividade” do gestor e a sua possibilidade de escolha legítima diante de verbas públicas não vinculadas; em que medida uma cultura “judiciarista” confunde os reais destinatários das legítimas cobranças por políticas públicas em uma sociedade democrática, trazendo por consequência inafastável o enfraquecimento dos demais Poderes ou funções do Estado.

Merece reflexão profunda o atual exercício de individualismo construtivista por parte de muitos juizes (aplicação da lei X construção de “legislação complementar” e administração de interesses), bem como, a intencional ignorância quanto à “lógica da escassez”, que tão bem se equipara a um “governo dos juizes”.

Por fim, roga-se que os senhores magistrados, diante da pressa desproporcional e em desacordo com o tempo e com a nossa evolução histórica, não deixem de analisar o sistema único de saúde tal como concebido, pois, a se permanecer retirando-se pequenos “tijolos” e às vezes nem tão pequenos alicerces de um sistema em construção, em um futuro próximo, não haverá qualquer política pública eficaz de saúde e em seu lugar o caos nosso de cada dia perdurará indefinidamente.

Senhores magistrados, em nome do respeito e do “cuidado” republicano imputável a cada um de nós, se Vossas Excelências não são técnicos ou versados em medicina ou em políticas públicas de saúde, quando se depararem com um pleito tratando do tema, seria de todo aconselhável, antes da adoção de qualquer ato que implique em ônus para os “nossos” cofres, com medidas que apenas tranquilizem vossas consciências, mas com potencial destrutivo sobre todo um sistema (individual X coletivo), que tomassem a iniciativa, de ofício, de instar os gestores do sistema único de saúde na esfera federal e lhes indagar quanto à razão para não utilizarem determinado medicamento ou tratamento e mesmo, saber se ele foi efetivamente negado a quem então requer em juízo.

Certamente, receberão respostas técnicas e convincentes e se assim não for, concedam com tranquilidade vossas liminares ou antecipações de tutela, já com a consciência republicana e tranqüila diante do caso concreto e da própria satisfação que se deve à coletividade que será onerada.

Afinal é bom que se diga, com base em dados colhidos do Ministério da Saúde, as ações judiciais fizeram aumentar nos últimos 3 (três) anos os gastos com processos de aquisição de medicamentos em 1.920% (mil novecentos e vinte por cento), sendo que o orçamento de 2008 com medicamentos do SUS é de R\$ 5,4 bilhões de reais.

* Advogado. Procurador do Estado da Bahia. Mestre em Direito pela UFBA. Professor de Direito Constitucional. Ex-Procurador Federal.

Aborto e suas implicações

Antônio Baptista Gonçalves*

A polêmica e a controvérsia que envolve a questão do aborto impossibilitam que o assunto tenha um posicionamento pacífico e, a cada manifestação, seja favorável ou contrária, a discussão novamente se avoluma e se inflama.

Não existe uma declaração que agrade unisonantemente os dois lados da discussão, pois questões como essas produzem idéias radicais.

Se adotarmos a posição da igreja católica teremos uma repugnância visceral sobre qualquer possibilidade do aborto, porque, segundo os dogmas católicos, o ideal é o casamento entre duas pessoas com fins específicos de reprodução e ampliação da espécie.

Uma visão um tanto quanto conservadora e que trata o sexo como um pecado, exemplo da questão foi o caso bíblico de Adão e Eva, através da parábola da maçã e do paraíso.

Segundo a visão católica, o fruto inerente ao casamento é o herdeiro e, se houver mais de um pouco importa, pois esta foi a vontade do criador, não sendo possível a utilização de preservativos ou de qualquer outro controle artificial de natalidade.

Para os contrários a essa ótica, casos como a gravidez decorrente de estupro, o anencéfalo, ou seja, o feto com problemas graves congênitos, é justificável para a prática do aborto.

Fora os casos especiais previstos em lei, a prática do aborto, no Brasil, é considerada como homicídio doloso, visto que o agente sabia e pretendia obter o resultado.

O resultado prático é que enseja a discussão do tema, já que envolve aspectos psicológicos, sociais e familiares.

O primeiro trata da mulher que não deseja ter o

filho, ou por não ter maturidade suficiente, ou por não querer alterar o seu corpo, ou por não desejar ser mãe; já o segundo é decorrente do processo de natalidade, ou seja, o casal já possui mais filhos do que pode sustentar. E, por fim, a ótica familiar, por entender que a filha é muito nova para assumir tal compromisso e que tal responsabilidade ficará a cargo dos avós, etc.

De acordo com a justiça brasileira os casos autorizados por lei são: estupro, risco de morte para a mãe e, mediante autorização judicial, nos casos de fetos anencéfalos.

No entanto, existe um terceiro interessado nessa questão que torce avidamente pela não legalização: O Estado.

E por qual motivo? Explicaremos mais adiante, mas numa discussão inicial é função precípua do Estado a informação, o fornecimento de educação, saúde, etc. Entretanto, o que é concedido à população? De forma adequada, nenhum desses itens.

O escopo da não legalização do ponto de vista estatal é o viés religioso, afinal, no maior País católico seria até incongruente posicionamento diverso. Todavia, estaria a máquina estatal apta a enfrentar realmente a questão? Existe um serviço clínico preparado para auxiliar uma grávida?

Todo esse debate é interessante, mas, a nosso ver, falta a voz da maior interessada na questão: a futura mãe.

Uma mulher que se sujeita a enfrentar a clandestinidade de uma clínica para praticar o aborto, ou pior, inserir utensílios domésticos em seu próprio ventre não pratica tal ato de forma inocente ou leviana.

Portanto, a voz da mulher em questão deve ser

preponderante. De que adianta o estado proibir, a igreja condenar, se a própria pessoa não está convencida da gravidez e não a deseja.

A censura à privação de uma vida e com isso o debate sobre quando começa a vida do feto é louvável, no entanto, quem irá conviver diariamente com a criança será sua mãe.

Se desde a origem a criança não é desejada como será a relação materna? Esse terreno é altamente perigoso, porque se não tratado com seriedade pode banalizar o bem maior que é a chegada de um ser humano. Então como determinar a possibilidade ou não de um aborto?

Ao se analisar a questão num País com desenvolvimento social elevado e grande estrutura social e no campo da saúde, a ser fornecida pelo Estado, a discussão é inócua, pois existem todas as condições para informação e prevenção.

De tal sorte, que alguns países europeus ao invés de enfrentar problemas com controle de natalidade se deparam com o caminho inverso, qual seja: o envelhecimento da população.

O foco central da questão do aborto é se a justificativa da desinformação ou, ainda, a tratativa de evitar que uma nova vida chegue a uma família que não tem a menor condição de sustento.

Sobre esse aspecto o enfoque deixa de ser religioso ou moral e passa a ser analisado do ponto de vista social e, seria essa a melhor solução? Seguramente esse texto irá enfrentar grande resistência, como já esperado, mas, o que é pior: uma criança nascer sem condição de sustento ou uma mãe correr risco numa operação clandestina?

Ambos os casos são abomináveis e, num mundo ideal nada disso deveria existir, o que não remonta

ao caso brasileiro, por isso a discussão deve ser social, sim.

O que resulta da opinião da pessoa diretamente envolvida, assim não haverá demagogia ou falso moralismo sobre a questão, o que não pode ocorrer é a banalização do aborto como um capricho, porque as conseqüências a serem enfrentadas pela mãe não são pequenas.

A primeira delas é a psicológica, pois, não raro a mulher se arrepende ou cria traumas psicológicos em decorrência de um ato impensado ou precipitado. A segunda é uma conseqüência física porque não é garantido que a gestante consiga engravidar novamente.

E, ao contrário do que pode parecer, o nosso posicionamento é que a decisão deve ser muito considerada, porém, não ser exclusividade de um juiz ou terceiro não envolvido na gestação, a mãe deve ser consultada e as razões ponderadas.

Se o substrato for favorável ao aborto que o Estado se aparelhe decentemente e não mascare uma vez mais uma situação de completo despreparo e aparelhagem tanto para campanhas de conscientização quanto para a realização dos procedimentos cirúrgicos adequados.

Seguramente o dissenso será enorme e polêmica, como foi dito na abertura somente irá fomentar ainda mais a discussão, por isso o debate deve continuar até que, se possível, ocorra uma conclusão definitiva sobre o tema, o que hoje, parece longínqua.

* Doutorando em Filosofia do Direito e Mestre em Filosofia do Direito - PUC, Conselheiro Federal da Ordem dos Parlamentares do Brasil. Autor do livro Quando os avanços parecem retrocessos publicado pela Editora Manole.

O sujeito de Direito sitiado na Síndrome de Perseu

Ricardo Aronne*

O espaço privilegiado pela regulação do Direito Privado tradicional, cujas raízes vorazes estenderam-se até a Pós-Modernidade e corporificam-se em nova tardia codificação civil, é ocupado por um sujeito abstrato, mitêmico, virtualizado e solipicista; no jargão de textos culturalmente franciscanos, o denominado Homem Médio. Esse "Homem" sem mirada e, intencionalmente, nunca concretizável (NIETZSCHE), nasceu com o Direito Civil, na Modernidade ocidental. Dando maior juridicidade, em algum sentido, ao sujeito (reduzindo-o bem mais à condição de sujeito), em mesma medida que, noutro sentido, retirava-lhe humanidade (PASCAL). Paradoxal é o fato de que esse Homo Economicus, singular por excelência (DERRIDA), no radical iluminista da solidão caracterizadora de suas modernizantes liberdades (KANT), resta caracterizado ou reduzido por uma relação qualificada. A relação jurídica que protagoniza o roteiro codificado da vida burguesa, entrincheirando seus quatro personagens principais: Marido, Contratante, Proprietário e Testador. Paradoxalmente também, esse sujeito não tem rosto, conforme estatui normativamente na sua razão patrimonial, para constituir-se em uma máscara (FACHIN); do italiano persona. Se, conforme o art. 1º da codificação, pessoa é todo àquele capaz de direitos e obrigação, perde essa condição àquele cuja capacidade apontada, seja ou esteja vulnerável ou impossibilitada. Daqui emergem conseqüências de violência real e simbólica (FOUCAULT), cujos sentidos transpassam a sociedade brasileira, replicando-se e se reproduzido

na historicidade econômico-social, cujo primeiro enfrentamento deve apoiar-se na vaga constitucional ora vintenária (TEPEDINO); do qual em muitos aspectos importa em um negativo dessa realidade, a ser revelado em novos e mais humanistas matizamentos (MOLINARO), sob pena de reduzirmos o território ao mapa (BOUDRILLARD) perdendo a noção de onde vivemos e situamo-nos.

Esse simulacro constituinte da relação jurídica, ocupa a condição da existência sempre que reduzimos o Sistema Jurídico à Lei (HEIDEGGER) e o Direito Civil ao respectivo Código, assustadoramente apontado como reunificador do Direito Privado (!!!!), ou mesmo como Constituição do Homem Comum (?). Qual ??? Afinal o Positivismo facilmente constituiu um Direito Privado que apenas consegue andar no asfalto dos grandes centros, refutando as suas periferias para um limbo jurídico. Essa patologia civil, reproduz a patologia do homem contemporâneo (BAUMAN). Um homem descartável e descartante, obrigado a ser feliz e mergulhado em uma Sociedade do Espetáculo ofuscante e multiplicadora da falta de existência do ser e que diariamente entrega ao mercado novas essências, não menos descartáveis, para que o Homo Sacer (AGAMBEN) consuma e se consuma ao final do processo. Mesmo a televisão (caracterizadora da Modernidade Líquida) teve seu produto retificado na Pós-Modernidade recente. Se outrora vendia uma grade de programação, vende, há muito, audiência como produto. Nós... Nascidos signatários do pacto

faústico (GOETHE); caracterizador do Contratualismo (LOCKE) contemporaneamente reinventado.

Isso reflete nossa dificuldade com o outro (AREN-DT). Com a alteridade e, assim, com a diversidade. O rosto do outro (LEVINAS) é sempre um desafio para nossa subjetividade (FREUD), produzindo uma fuga platônica para um mundo de essências incapaz de nos constituir porém apto ao imanescimento. Resta reproduzido em nossas relações diárias e virtualizadas, mediadas por imagens e simulacros. Imaginamos o outro à nossa imagem. Um outro ideal (LACAN), produzido em nosso interior e absoluto em nossa singularidade que refuta existência a tudo que possa ser externo e dotado de sua própria subjetividade. Assim, a diferença nos apavora. O inferno são os outros (SARTRE). Preferimos nos relacionar com a imagem do outro em detrimento dele propriamente dito. Na mesma medida em que afirmamos que a Internet aproxima as pessoas... vamos perdendo-as em brumas de ontologia. HUSSERL, radicalizando BRENTANO, já inaugurara a Fenomenologia no Século XIX, afirmando que devemos voltar às coisas nelas mesmas. Isso porque, dissolvemos o outro com nossa baba branca de ontologia, transformando-o em algo que idealizamos. Negando-lhe existência. Negando-lhe sonhar outro sonho (SHAKESPEARE). Nos relacionamos com imagens. Simulacros. A Sociedade Líquida está sempre em movimento. Em descarte. Qual DESCARTES, inaugurando a Modernidade. Temos medo de que o outro nos imobilize,

petrifique, e assim lhe negamos existência. Não lhe olhamos nos olhos, enxergando-o através das imagens que fazemos ou compramos no mercado.

Perseu enfrentara a Medusa, única das irmãs górgonas capaz de ser morta, mas que transformava em pedra todo àquele que olhasse em seus olhos. Recebera de sua deusa protetora, Athena, um reluzente escudo que usou como espelho para conseguir superar a titã, decependo-a sem petrificar. Nunca lhe olha diretamente nos olhos. Apenas o reflexo de sua imagem no espelho. Como nós. Perdidos em nosso medo de petrificar, apenas nos relacionamos com a imagem que fazemos do outro. Mas nunca diretamente com ele. Reduzido a uma essência, imagem, simulacro, o outro é nadificado por nós. Em nós e entre nós (LEVINAS). Esquecemos que nossa natureza está em nossas escolhas, condenando-nos à liberdade (SARTRE). O Direito não se reduz à Lei tanto quanto o outro não pode se reduzir aos oceanos de ontologia que o Positivismo lhe recobre. Recobre a nós... Encobrendo ao outro e a nós mesmos e perdendo-nos entre todos e cada um de nós. Sitiando a consciência através do servilismo e simulacro, envolvendo o ser em uma Síndrome de Perseu.

* Doutor em Direito Civil e Sociedade (UFPR), Mestre em Direito do Estado (PUCRS), Pós-Graduado em Direito Processual Civil (PUCRS), Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS, Líder do Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional (CNPq) desde 1997 e Advogado no RS.

Primeiro compro, depois me arrependo: o drama do contrato de adesão

Fernando Gaburri*

Quando uma pessoa se dirige a determinada loja, depara-se com vitrines repletas de novidades, que lhe chamam a atenção, e a convidam a comprar. Então ela entra, escolhe, experimenta, agrada e, finalmente, resolve adquirir aquela coisa, que certamente tornará sua vida mais agradável e feliz.

Contudo, muitas vezes a pessoa não sabe que por traz desses simples atos do dia-a-dia existe uma grande quantidade de normas jurídicas que os regulamentam.

Uma dessas regras refere-se ao contrato de adesão. Será que o consumidor poderá escolher as cláusulas do contrato, assim como escolheu o produto que decidiu comprar? Certamente que não, pois o contrato já está pronto, faltando apenas ser assinado.

Contrato de adesão é aquele em que apenas um dos contratantes redige as cláusulas contratuais, e ao outro contratante, chamado de aderente, só resta a opção de pegar ou largar.

Nesses contratos, o aderente não tem a oportunidade de modificar as cláusulas contratuais, porque a atual rapidez do mercado de consumo não permitiria que uma grande loja fizesse um contrato personalizado para cada cliente que a ela se dirige. Se João, José e Lucas querem adquirir cada qual uma geladeira nas Casas Cearenses S/A, por exemplo, o contrato será igual para todos eles, havendo apenas um espaço em branco, onde serão inseridos os dados pessoais de cada um.

Desde a vigência do Código de Defesa do

Consumidor – CDC – em 11.01.1990, houve uma preocupação em regulamentar esse tipo de contrato, pois o vendedor ou fornecedor de serviços detém conhecimento técnico aprofundado sobre o produto que vende ou o serviço que presta, possui um corpo de juristas preparados para defendê-lo e ostenta condição econômica mais vantajosa do que a do consumidor, que em geral é pessoa física, sem muita instrução escolar e de poucos recursos financeiros.

Grande parte dos desentendimentos entre fornecedor e consumidor ocorre porque a redação do contrato de adesão é confusa e ambígua, quando deveria ser feita em termos claros, para facilitar sua compreensão pelo consumidor. Assim, se o contrato permitir mais de uma interpretação, deverá prevalecer aquela que for mais favorável ao consumidor aderente.

Uma outra grande queixa dos consumidores diz respeito ao tamanho da letra desses contratos, que geralmente é minúscula, o que cria dificuldade para sua leitura e compreensão. Diante disso, o consumidor acaba preferindo assinar sem ler, obrigando-se a cumprir um contrato cujo teor desconhece.

Por causa disso, a Lei n. 11.785, de 22.09.2008, alterou o CDC, para exigir que os contratos de adesão sejam redigidos em letra cujo tamanho não seja inferior ao corpo 12. Como a lei nada fala sobre o estilo da fonte, isso poderá ser livremente escolhido pelo fornecedor, desde que não dificulte a compreensão e a leitura do consumidor.



MARCELO CASAL JR. ABR

Por fim, existe uma cláusula que está sempre presente nesses contratos, e que recebe o nome de cláusula de eleição de foro. Por exemplo, uma das cláusulas do contrato que tenho com meu provedor de Internet diz o seguinte: “as partes elegem o foro de Porto Alegre para dirimir eventuais demandas advindas deste contrato, renunciando a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.” Isso significa que eu teria que me dirigir ao juiz de Porto Alegre para discutir o contrato, sendo que moro em salva-

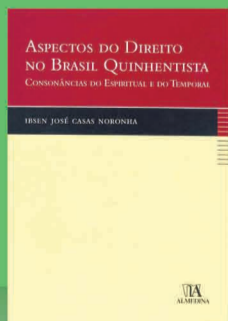
dor! Essa cláusula é nula, quando inserida em um contrato de adesão, porque dificultaria por demais o acesso do consumidor à justiça.

No exemplo da internet, posso ignorar a cláusula e reclamar perante o juiz de Salvador, porque segundo o CDC, o juiz competente é o do domicílio do consumidor.

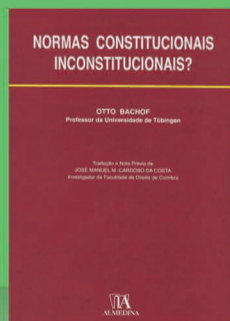
* Professor de Direito Civil na UFBA e na AREA1FTE, em Salvador-BA

www.almedina.com.br

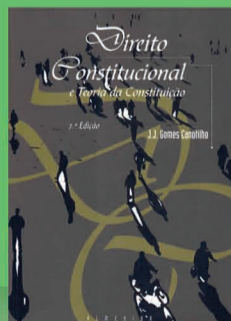
De Especialistas para Especialistas



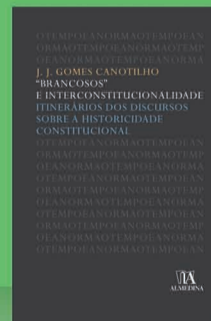
Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista (Prêmio Dr. Guilherme Braga da Cruz)
Ibsen José Casas Noronha
R\$ 55,00



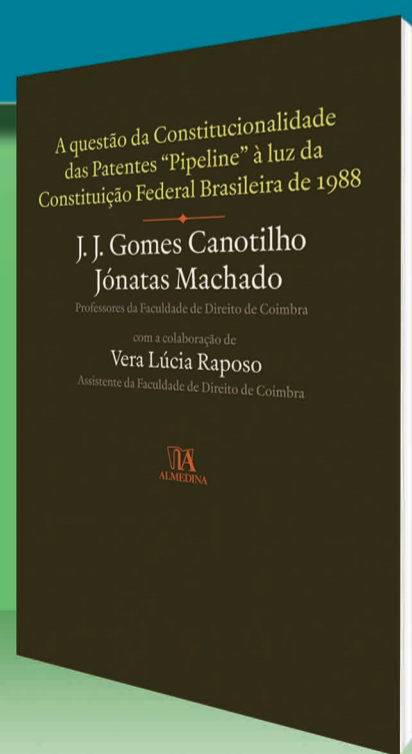
Normas Constitucionais Inconstitucionais?
Otto Bachof
R\$ 29,00



Direito Constitucional e Teoria da Constituição
J. J. Gomes Canotilho
R\$ 249,00



«Brançosos» e Interconstitucionalidade Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional
J. J. Gomes Canotilho
R\$ 81,00



A questão da Constitucionalidade das Patentes «Pipeline» à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988
J. J. Gomes Canotilho
Jónatas Machado
Vera Lúcia Raposo
R\$ 39,00

ALMEDINA

Alameda Lorena, 670
Jd Paulista - São Paulo - SP
(11) 3885-6624 ou 3562-6624

Os desafios do ensino jurídico frente à complexidade do Direito

Haide Maria Hupffer*

O Curso de Direito, ao longo das últimas décadas, perdeu o espaço institucional de colocar-se como ator privilegiado na discussão do que é Direito. Quer-se chamar a atenção ao fato de a complexidade do Direito poder desafiar a Universidade a ser um espaço de educação emancipatória, alicerçada no referencial dialógico, crítico e reflexivo e com o compromisso de enfrentar questões planetárias que envolvam as gerações futuras, formando profissionais comprometidos eticamente com um sistema jurídico para o bem comum.

Uma das alternativas é a opção pela transdisciplinaridade na formação do estudante de Direito, como possibilidade de superar um ensino que apenas repassa o conhecimento gerado, principalmente do tipo conceitual ou procedimental, e de atitude disciplinar ou interdisciplinar, avançando na direção de construir um novo modo de (re)orientar o aluno a aprender e compreender as

implicações das decisões jurídicas na economia, na política, nas relações internas entre cidadãos, nas relações entre organizações e entre países e de outras infinitas que são afetadas pelo Direito.

O Direito Positivo exegético-normativista abomina a complexidade em suas reflexões; ele gosta de simplificar. Quanto mais simplifica, mais perde em realidade, em mundo; ao contrário, quanto mais complexo, mais se ganha em realidade.

A opção por ênfases e temas transdisciplinares permite: superar as insuficiências das análises reducionistas da divisão positivista e disciplinar da hierarquização que o Direito é refém; romper barreiras entre professores, pesquisadores e acadêmicos dos mais diversos cursos, de profissionais nas suas mais diversas funções; modificar hábitos arraigados; romper com paradigmas já consagrados; engajar pessoas; aceitar os limites pessoais abrindo-se para acolher outras contribuições; flexibilizar;

demonstrar disposição de romper o monólogo em favor de uma prática dialógica; transcender o conhecimento, enfim, abrir espaço para experimentar o diálogo entre grupos de pesquisadores, professores e alunos, como encontro de saberes que têm sustentação na linguagem e na historicidade como perspectiva que neutraliza o efeito redutor do positivismo exegético-normativista.

Essa tarefa terá o sentido positivo de pôr sob nova luz a disciplinaridade, considerada central no paradigma positivista. Somente assim será possível trabalhar o Direito Penal articulando-o com o Direito Constitucional, com a Sociologia, a Psiquiatria, a Medicina, a Psicologia, a Economia e outras áreas de conhecimento. Isso implica transgressões, pois oferece a possibilidade de romper com a departamentalização e a fragmentação de saberes ao mostrar que existem outras formas de olhar o Direito e de olhar o mundo.

Daí a necessidade de se ter presente que

romper fronteiras exige uma permanente atitude investigativa para que se geste a partir do mundo, da vida, dos saberes das diferentes áreas a produção de conhecimentos novos, que estão em movimento e têm de ser constantemente (re)pensados, mas, ao mesmo tempo, tendo um forte vínculo com a complexidade das relações jurídicas da pós-modernidade e a necessidade de alargar a visão positivista, exegética e normativista. A opção pela transdisciplinaridade sinaliza a idéia de transgressão. Sua construção pode estar na passagem do conhecimento disciplinar para o transdisciplinar, que se dá pelo caminho da problematização dialógica. Aqui não cabe o saber do especialista, que vai ao encontro dos outros como quem já sabe, e sim de um saber que se precisa e que nenhuma ciência isoladamente pode oferecer.

*Doutora em Direito. Professora na Feevale.

A proibição constitucional aos tributos com efeito de confisco

Cassiano Menke*

O aumento gradual das restrições provocadas pelas normas tributárias sobre os direitos fundamentais do indivíduo é uma realidade inegável. O Estado precisa cada vez mais de recursos visando à realização dos seus objetivos institucionais. Para obtê-los, vale-se, principalmente, da instituição e da majoração de tributos, bem como da edição de medidas capazes de conferir eficácia à arrecadação tributária.

Ocorre, contudo, que, em não raras vezes, da aplicação das normas tributárias que veiculam deveres de pagar quantia certa e de fazer ou de não fazer algo em proveito do Fisco resultam restrições excessivas aos direitos dos sujeitos passivos de tais obrigações, sobretudo aos direitos à liberdade, à propriedade e à existência humana digna. Nesse cenário é que assume relevo o estudo da proibição constitucional de instituição e de cobrança de tributos com efeito de confisco, prevista no art. 150, IV da Constituição Federal de 1988.

Tal limite ao poder de tributar consiste num postulado normativo aplicativo que proíbe que as normas tributárias venham a causar a ineficácia dos direitos fundamentais, assim entendida a circunstância em que, por conta da aplicação das referidas normas, o titular do direito fundamental resta impedido ou cerceado de exercê-lo ou, ainda, nos casos em que o direito não é capaz de produzir um mínimo do estado de coisas que o justifica como tal. Os casos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal ajudam a esclarecer a aplicação desse postulado. No julgamento do Recurso Extraordinário nº. 413.782-8-SC, o STF declarou a inconstitucionalidade de parte do Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina que permitia ao contribuinte inadimplente utilizar em suas operações apenas notas fiscais avulsas. O Ministro Marco Aurélio advertiu que “na dinâmica da própria atividade desenvolvida, fica inviabilizada a atuação se aquele que a implementa necessita, caso a caso, de recorrer ao Fisco, para a obtenção de nota fiscal avulsa.” Concluindo o julgamento, o Tribunal assentou que as restrições provocadas em decorrência da aplicação da

legislação tributária não podem “inviabilizar o exercício, pela empresa devedora, de atividade econômica lícita”. Noutro caso, o Recurso Extraordinário nº. 18.976-SP, o STF afirmou que “todo imposto que torne praticamente proibitiva a exploração de um comércio lícito deve ser considerado inconstitucional”. Já no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 18.331-SP, o STF reconheceu a proibição imposta ao Estado de consumir a “quase totalidade” dos lucros de uma empresa por meio da tributação. E, finalmente, ao julgar inconstitucional a cobrança de multa de mora tributária em valor elevado, o Tribunal destacou que “a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-a a título de tributação.”

Todas essas decisões têm os seguintes elementos em comum: a) normas tributárias sendo aplicadas e gerando efeitos sobre o âmbito protegido pelos direitos fundamentais da liberdade e da propriedade; b) a intensidade desses efeitos provocando a restrição ao titular do direito sobre a disponibilidade de bens essenciais à sua eficácia mínima e, com isso, impedindo, cerceando ou dificultando o exercício do direito; c) a conseqüente proibição de que tais efeitos oriundos das normas tributárias sejam produzidos. É exatamente com esses elementos que a proibição aos efeitos de confisco no direito tributário encontra a sua identidade e é neles que está o seu conteúdo. Cuida-se de um postulado que orienta a aplicação das normas tributárias de modo que elas não provoquem os mesmos efeitos econômicos que o confisco geraria em relação à propriedade e ao patrimônio em geral, isto é, a ineficácia do direito. Ele, contudo, serve à proteção não somente da propriedade, mas da liberdade, da existência humana digna e de todo direito fundamental eventualmente restringido pela atividade tributária, conforme demonstrado pelas decisões do STF. O seu papel no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, é bastante claro: vedar que as normas tributárias impeçam o titular do direito fundamental por elas afetado de fruir minimamente

do estado de coisas que o direito deve promover.

Dois são os exames inerentes à proibição aos efeitos de confisco no direito tributário, a saber: a essencialidade e a causalidade. O primeiro envolve a identificação dos bens jurídicos indispensáveis à manutenção da eficácia mínima ao direito fundamental. É que há bens essenciais à produção de um nível básico de utilidade individual do direito ao seu titular. Por exemplo, nos casos acima destacados, o STF reconheceu que a emissão de notas fiscais em número suficiente à dinâmica do negócio é um bem essencial à liberdade de exercício de atividade econômica, assim como também o é uma parte do lucro das empresas. Por outro lado, o exame da causalidade reclama a identificação de um nexo causal entre a aplicação das normas tributárias e a eliminação ou a obstaculização dos bens essenciais antes referidos. Portanto, para que exista o efeito de confisco é preciso que a norma tributária dê causa à indisponibilidade de um bem essencial à eficácia mínima dos direitos fundamentais restringidos. O que o STF fez nos casos citados anteriormente foi exatamente isso. Ele reconheceu obrigações tributárias causando tais efeitos sobre os direitos afetados. E, por isso, os proibiu.

Identificados, pois, o conteúdo e o modo pelo qual se aplica a proibição em exame, é possível utilizá-la concretamente em diversos casos para limitar o poder de tributar. Quanto à liberdade de exercício de atividade econômica, por exemplo, parte do lucro auferido pelo empresário deve restar imune aos efeitos das normas tributárias, assim como deve ser protegida a liberdade de circular mercadorias, de produzir e de implementar uma atividade produtiva, por serem bens essenciais ao direito fundamental. Em relação à existência humana digna, devem ser resguardadas das obrigações tributárias as quantias necessárias à moradia, à alimentação, à educação, à manutenção da saúde, ao lazer, ao transporte, dentre outros bens igualmente essenciais, de modo que a parte da renda auferida pela pessoa física que servir à manutenção de tais bens não seja onerada pelo imposto sobre

a renda. E se o contribuinte, por hipótese, auferir apenas essa quantia destinada à manutenção da sua existência digna, então os demais tributos, dentre eles o imposto cujo ônus econômico está embutido no custo dos produtos e dos serviços por ele adquiridos (imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, por exemplo), não poderão onerar tal valor, sob pena de produzirem efeitos de confisco.

Enfim, a proibição constitucional ora apresentada é um instrumento de inegável utilidade na busca pelos limites às normas tributárias. Por meio dele, é possível estabelecer um controle racional diante dos casos em que as obrigações tributárias de pagar e/ou de fazer ou de não fazer algo eliminam ou obstaculizam bens essenciais à eficácia mínima dos direitos fundamentais. O seu fundamento lógico foi esclarecido pelo STF: o poder de tributar somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade (Recurso Extraordinário nº. 413.782-8-SC). Imagine-se, então, um círculo. Dentro dele estão aqueles bens protegidos pelos direitos fundamentais, que passam a ser restringidos progressivamente pela eficácia interventiva decorrente da concretização das normas tributárias. A cada intervenção sofrida, o círculo experimenta uma restrição ao seu conteúdo. A cada manifestação concreta do poder de tributar, o âmbito protegido pelos direitos é pressionado e comprometido parcialmente. Mas, no seu âmago, na sua parte mais interna e central, no seu núcleo essencial, residem bens irrestingíveis, haja vista a sua indispensabilidade à eficácia do direito. Essa é, portanto, a proibição aos efeitos de confisco no direito tributário.

* Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, professor do curso de pós-graduação em Direito Tributário da UFRGS, professor de Direito Tributário e Constitucional da FEEVALE, advogado e parecerista, autor do livro “A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário”, Editora Malheiros, 2008.

Alguns apontamentos sobre a guarda compartilhada

Rolf Madaleno*

A Lei 11.698, de 13 de junho de 2008 alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Conforme o art. 1.584 do Código Civil, a guarda compartilhada poderá ser requerida por qualquer dos pais e decretada pelo juiz, em atenção ao convívio dos filhos com o pai e com a mãe. Contudo, ressalva o § 2º do mesmo art. 1.584 do Código Civil, que se não houver acordo entre os pais quanto à guarda do filho, sempre que possível, ela será compartilhada. De longo tempo, pais visitantes clamavam pela repartição da custódia, cujo entusiasmo não era compartilhado pelas mães detentoras da tradicional custódia unilateral, o que na prática estabelecia uma situação em que só um dos genitores se convertia no verdadeiro pai, outorgando ao outro ascendente a condição de visitante.

Esse movimento pró custódia compartilhada teve início no começo de 2005, através de manifestações populares atribuídas à associação britânica Fathers 4 Justice e, na atualidade, são inúmeras as entidades que congregam pais separados que promovem, principalmente em páginas da Internet, sua luta por uma guarda dividida. Embora a custódia compartilhada seja de recente adoção no Brasil, na Espanha ela foi aprovada pela Lei 15, de 08 de julho de 2005, pela qual foram modificados artigos do Código Civil Espanhol e da Lei de Processo Civil em matéria de separação e divórcio, merecendo especial destaque a alteração do artigo 92 do Código Civil daquele país, item 8, que estabeleceu, excepcionalmente, por requerimento unilateral de um dos pais, havendo parecer favorável do Ministério Público, a guarda compartilhada.

Em muitos países da Europa, como a França, Alemanha, Dinamarca e Suécia, a custódia compartilhada é preferencial, aplicada como standard, contudo, entre nós, tal qual ocorre na Espanha, segue sendo alvo de luzes e sombras, havendo razões contrárias e favoráveis. Compartilhar a guarda é estabelecer a co-responsabilidade comum, não podendo, sob forma alguma, ser confundida com a guarda alternada, na qual o tempo de permanência dos pais com seus filhos é mais bem dividido, sendo ampliada a estadia do outro genitor com sua prole e fazendo desaparecer a habitual custódia monoparental. Falar em guarda alternada também não representa dividir por metade o tempo de estadia dos pais com seus filhos, pois é de toda falsa esta idéia que não carrega em seu bojo, uma sadia opção de repartir a carga familiar na formação e educação da descendência de primeiro grau.

Na guarda alternada o tempo deve ser dividido entre os pais de acordo com o tempo livre de cada um deles e conforme a idade dos seus filhos, até mesmo porque até os sete anos os filhos não têm memória da sua infância, devendo ser alargado o tempo de permanência na medida em que a criança vai crescendo e passando dessa idade. Aos defensores da guarda dividida, sua adoção se apresenta como uma forma de liberar as mulheres da carga exclusiva de cuidado para com os filhos, conciliando com mais facilidade a vida familiar que não se desfaz com a separação



ELZA FIÚZA ABR

do casal, porquanto a família continua e se apresenta mais unida diante da adoção da guarda conjunta. Questionam os defensores da guarda conjunta como podem ser considerados maus pais quando vêem muito pouco seus filhos quando estão casados, e serem bons pais quando separados, seguem vendo sua prole em muito pouco tempo.

Para aqueles contrários à guarda compartilhada, o sistema olvida o real interesse do menor, que é necessitado de maior proteção, não existindo qualquer possibilidade de estabelecer a custódia compartilhada por imposição judicial, como, nesse sentido se identificam as leis da Espanha e do Brasil acerca da custódia compartilhada e nessa direção tem se encaminhado a jurisprudência dos dois países, que tem sido considerada como uma medida excepcional, sendo difícil compartilhar uma guarda entre aqueles que não mais vivem juntos, pois adotá-la, faria supor uma invasão na esfera privada de um genitor em relação ao outro, num contínuo peregrinar dos filhos de um lugar ao outro.

Concluiu a Sección 24ª da Audiência Provincial de Madrid e como

nesse mesmo rumo vem apontando a jurisprudência pátria, como sucedido no Agravo de Instrumento n. 70025244955, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar inviável deferir pedido unilateral de guarda compartilhada, quando ausente qualquer harmonia entre o casal, faltando por conta desse dissenso, as condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança, porque a custódia compartilhada só poderá ser adotada quando ambos os genitores estão de acordo em levá-la a efeito, sendo imprescindível uma boa e saudável comunicação entre ambos, trocando informações sobre os filhos comuns e suas necessidades, de modo a unificar suas pautas de comportamento dos filhos e, desse modo ofertar-lhes uma estabilidade emocional.

* Advogado com exclusividade na área do Direito de Família. Atualmente, leciona Direito de Família e Sucessões na graduação e Pós-Graduação na PUC/RS. Autor do livro Curso de Direito de Família publicado pela Editora Forense.

Obrigações alimentares nas relações homoafetivas

Conrado Paulino da Rosa*

Caracterizado como uma das áreas mais dinâmicas do Direito, o Direito de Família passou por inúmeras mudanças nas últimas décadas.

Após o advento da Constituição Federal, o conceito de família, até então extremamente taxativo, reconhecendo tão-somente o casamento como entidade familiar, passou a apresentar um conceito plural.

A partir do momento em que o afeto passou a merecer reconhecimento jurídico, a consequência não poderia ser outra: não são mais as leis ou a Justiça que determinam quais são as entidades merecedoras da proteção do Estado, mas sim o sentimento existente entre duas pessoas, independentemente de sua orientação sexual, raça, religião ou quaisquer outras designações.

Apesar de nossos legisladores insistirem em não albergar as relações homoafetivas, avanços significativos foram possíveis graças ao pioneirismo de integrantes da magistratura, principalmente gaúcha, que possibilitaram travar essa verdadeira locomotiva do preconceito.

Tendo em vista o direito à livre orientação sexual e, em consequência, aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, qualquer desrespeito a um ser humano, em função da orientação sexual, se mos-

tra totalmente desarrazoado e descabido. Afinal, o direito a tratamento igualitário independe da tendência afetiva, já que a orientação sexual é traço constitutivo da individualidade de cada cidadão.

Não existe modelo a ser seguido, mas uma felicidade a ser buscada. Aliás, esse direito à felicidade não pode ser negado pelo Estado.

A partir da inserção da homoafetividade no conceito de entidade familiar, o silêncio da lei acarreta na aplicação das normatizações aplicáveis às uniões estáveis tendo em vista a similitude dos vínculos. Assim, imperioso se mostra assegurar o direito aos alimentos nos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, afinal, quem poderá arcar com o ônus decorrente do fim da relação, também deverá participar com o ônus.

Entre os conviventes, tal obrigação se originará do dever de mútua assistência e também do dever de solidariedade social. Extinta a relação entre os companheiros e verificada a necessidade de um dos integrantes, é imperiosa a fixação da verba alimentar de acordo com a possibilidade de quem será obrigado ao pagamento.

Nos casos de filiação homoafetiva, a qual pode ser decorrente tanto de métodos artificiais de reprodução humana ou de adoção concedida

ao casal, quanto de prole advinda de outro casamento por parte de um dos companheiros, não se pode admitir que, por puro preconceito, com a dissolução do vínculo entre o par, fique o infante sem a assistência material que merece.

É necessário repensar o direito acima de conceitos estigmatizantes, afinal a sociedade deve aprender a aceitar as diferenças e conviver com elas.

Queiramos que um dia, em uma sociedade mais justa e menos preconceituosa, as paradas do Orgulho Gay sejam freqüentadas como uma festa da diversidade e não como um apelo pelo fim do preconceito e pela luta do reconhecimento dos direitos. Aliás, este é o principal papel de cada operador do Direito: garantir a concretização da justiça para aqueles que toda a sociedade relega a segundo plano ou a singela invisibilidade.

* Advogado com atuação em Direito das Famílias e das Sucessões, Direito Homoafetivo e Mediação. Mediador Familiar. Professor, Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Membro da Diretoria Executiva do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM / Seção Rio Grande do Sul.

Do meu bem aos meus bens

Maria Berenice Dias*

Agora é lei: família é uma relação íntima de afeto.

É o que diz a chamada Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06, art. 5º, inc. III). Ainda que se trate de legislação que visa a coibir e prevenir a violência doméstica, passou a existir uma definição legal da família. Como o sistema jurídico é único, os conceitos servem para todos os fins, não tendo significado restrito à lei em que se encontra.

Com esta tomada de posição do legislador – trazendo para a lei o que está na vida – fica suprida a omissão do Código Civil, que trata da família sem a definir. Limita-se a regular as questões patrimoniais do casamento. No mais, pouca coisa há sobre a união estável e nada, absolutamente nada, é dito sobre as famílias monoparentais, reconhecidas como entidade familiar pela própria Constituição.

A grande preocupação sempre foi o destino

dos bens, quer durante o casamento, quer depois de sua dissolução. Daí o cardápio de regimes de bens a ser eleito via pacto pré-nupcial, além da possibilidade de sua alteração durante o casamento. Mantendo-se omissos os noivos no que diz com os bens, a lei impõe regime que tem nítido conteúdo ético: o da comunhão parcial, em que os bens particulares pertencem a seus titulares, se comunicando os amealhados durante o casamento, em face da presunção de ter havido esforço comum na sua aquisição.

A tentativa de preservar o patrimônio familiar sempre foi – e ainda é – muito acentuada. Tanto quem elabora a lei como quem a aplica revela a clara intenção de manter os bens no âmbito da família, sem atentar às conseqüências de tal postura. Nunca se vislumbrou o mínimo constrangimento em comprometer até a própria sobrevivência de quem ameaça a integridade patrimonial. Nem

alimentos eram assegurados. Basta lembrar que os filhos chamados de ilegítimos não podiam ser reconhecidos. Durante décadas as uniões extramatrimoniais eram identificadas como sociedades de fato e, até hoje, há enorme resistência em admitir a existência de famílias paralelas ao casamento. A nada esses intrusos faziam jus. Sempre foram condenados à invisibilidade e à fome quem pode comprometer a indivisão dos bens da família constituída pelos “sagrados” laços do matrimônio.

Mas, no momento em que surge um conceito legal de família tendo por tônica o vínculo de afetividade, impõe-se um novo paradigma para a identificação de responsabilidades. É necessário estabelecer conseqüências ao afeto também na esfera patrimonial.

Chamar alguém de “meu bem” não é uma simples manifestação de carinho. Tem um sentido de propriedade da pessoa que se tornou “objeto”

do amor. Mas, quando o afeto gera um vínculo de mútuo compromisso, o envolvimento tem reflexos de outra ordem: o que é meu passa a ser nosso; os meus bens são também seus bens.

A titularidade do patrimônio adquirido durante o período de convivência, em que há investimento de ambos na construção de um núcleo de natureza familiar, gera um estado condôminial. Assim, impõe-se a co-titularidade dos bens de conteúdo econômico amealhados durante o período de convivência.

Deixar de chamar alguém de “meu bem”, não pode transformar os “nossos bens” em “meus bens”!

*Advogada especializada em Direito Homoafetivo, Famílias e Sucessões, Ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do RS, Vice-Presidente Nacional do IBDFAM. www.mariaberenice.com.br

A concepção contemporânea dos Direitos Humanos

César Augusto S. da Silva*

A concepção contemporânea de direitos humanos com pretensões globais é inaugurada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial. São trinta artigos que estabelecem solenemente, naquele novo contexto mundial, direitos aos seres humanos aos quais os Estados e suas sociedades deveriam se comprometer e proteger. Se em 1948 eram poucos menos do que cinquenta nações que se comprometiam, já em 1993, na esteira da realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, este número havia subido para mais de cento e noventa nações, demonstrando o vertiginoso aumento da importância política dos direitos humanos, em busca da universalização.

Ainda que a Declaração tenha sido preparada em momento histórico no qual os Estados reafirmavam não terem as Nações Unidas em geral ou a recém criada Comissão de Direitos Humanos – CDH, em particular, poder para agir em relação às queixas contra violações de direitos humanos e não se dispusessem a aceitar obrigações decorrentes de tratados internacionais nessa matéria, é considerado de forma tal que é um documento ímpar ao reagir à barbárie produzida pelos regimes políticos totalitários no contexto da Segunda Guerra Mundial.

Se nenhum Estado quis o comprometimento global imediato com a Declaração ao mesmo tempo nenhum dos Estados votou contra a aprovação do documento na Assembléia Geral da ONU. Tal instrumento internacional, mesmo com estas limitações, e considerada uma “soft law” no ambiente internacional, inaugura o novíssimo direito internacional dos direitos humanos como um ramo do direito que estabelece uma dinâmica jurídica específica já preconizada pelo filósofo Immanuel Kant, duzentos anos antes, em sua “Paz Perpétua”, ou seja, o chamado direito cosmopolita.

As instituições internacionais e não-governamentais de direitos humanos cuja criação vem aumentando desde o surgimento da Organização das Nações Unidas, pareceram absorver esta filosofia kantiana e desde então procuram colocá-la em prática ao monitorarem as atividades dos Estados nesta área: relatórios, classificações e monitora-

mentos a respeito da cultura e implementação destes direitos, em uma orientação para uma política cosmopolita dos direitos humanos.

Os direitos humanos em sua idéia contemporânea têm concepção histórica e moral, e por isso, devem também ser justificados a partir do ponto de vista moral, e assim se aplicaria o princípio da universalidade. Neste sentido, leve-se em conta o raciocínio de que os direitos humanos implicam em direitos básicos mínimos, um chamado mínimo ético universal propagada pela doutrina dos direitos fundamentais.

Há mais de duzentos anos Kant refletia em favor de um direito civil universal superior aos ordenamentos jurídicos nacionais; porém, ele não estabelecia isso ao lado da supressão da miríade de Estados em favor de um Estado único mundial. O que ele parecia realmente pretender era dar uma resposta política e jurídica à interdependência complexa que se considerava inexorável naquele momento histórico de final do século XVIII, marcado pelo movimento político e cultural do Iluminismo e pelas revoluções burguesas.

Na linha de Kant, na ordem cosmopolita os Estados nacionais não desapareceriam por completo, somente perdendo a condição de centros exclusivos de legitimidade dentro de suas fronteiras, sendo redefinidos como elementos do ordenamento democrático global ao lado de outros corpos políticos da sociedade civil organizada.

Precisa-se avançar em alguns aspectos no que tange ao desenvolvimento do direito internacional e das normas nacionais de proteção aos direitos humanos. O direito internacional dos direitos humanos é um ramo do direito internacional que se transforma em um verdadeiro processo em marcha no sentido da busca de um consenso universal em torno de seus valores e sua implementação no ordenamento jurídico nacional dos Estados configurando regimes internacionais e regionais de proteção ao ser humano no contexto das relações internacionais contemporâneas.

Este direito no sentido amplo configura-se na proteção global do ser humano colocando-o como sujeito de direito e deveres internacionais possuindo normas de direito internacional dos direitos huma-

nos, de direito internacional dos conflitos armados e de direito internacional dos refugiados em consonância para a proteção última do ser humano, retomando o pensamento original dos doutrinadores fundadores da disciplina do direito internacional público em torno de um jus gentium universal.

O pensamento kantiano de um direito cosmopolita mundial na conformação de uma democracia cosmopolita, as históricas declarações de direitos do mundo ocidental, assim como os valores das maiores religiões monoteístas do mundo e a doutrina do direito natural informam os antecedentes históricos do documento normativo global fundador do direito internacional dos direitos humanos, ou seja, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que supera a dicotomia entre a idéia do direito natural e as concepções históricas de construção de culturas separadas ao procurar enriquecer uma concepção com a outra, tornando-as complementares, e verificando-se que tal compreensão se confirmou nos documentos normativos posteriores, como a Proclamação de Teerã de 1968 e a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.

Para além das expectativas jurídicas e políticas da mobilização para o cumprimento de normas internacionais e regionais de direitos humanos, somente a mudança de cultura e de mentalidades ao longo de gerações pode efetivamente dar o salto de qualidade para o progresso humano em direção ao

respeito à diversidade, à tolerância, ao projeto de paz perpétua sonhado há duzentos anos por Kant e à implementação efetiva de todos os direitos humanos.

O pensamento kantiano deveria ser uma linha diretriz na busca do desenvolvimento e respeito aos direitos humanos nas sociedades e organizações contemporâneas. Diretrizes que necessitariam ser racionalizadas principalmente no espaço público das sociedades democráticas e ordenadas por meio de normas que deveriam ser produto da argumentação racional entre seres humanos em sociedades livres.

*Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Graduado pelo XXIV Curso Interdisciplinar de Direitos Humanos do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), de San Jose da Costa Rica. Coordenador e Professor da Pós-Graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) – Mato Grosso do Sul.

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

A persistência dos racismos, 20 anos depois

César Augusto Baldi*

Findo o período colonial e, pois, desde a independência- e tal processo intensificou-se no Estado Novo- a sociedade brasileira imaginou-se dotada de uma cultura evidentemente européia, à qual teriam contribuído, em parcelas (e, portanto, “nichos” específicos), negros e índios, sem, contudo, perder a centralidade branca, européia, heterossexual e católica. Vista em espelho muito particular teve a si mesma refletida como mestiça, portadora de uma “democracia racial”, isenta de “racismos”, preconceitos de todas as espécies e profundamente “religiosa” (respeitado o Estado “laico”). À sua maneira.

A Constituição de 1988, pela primeira vez, reconhece uma diversidade étnico-cultural em patamar distinto das anteriores e rompe, em parte, com uma influência grande da Igreja. Vinte anos depois seria necessário verificar até que ponto esta imagem refletida em espelho rompeu ou não com os padrões do colonialismo. Ou seja: repensar estes parâmetros agora num espelho “pós-colonial”. Alguns projetos entabulados e outros sequer iniciados merecem destaque.

Primeiro, porque, tendo sido incompleto o pretendido processo de “embranquecimento”, a democracia racial, que era teoria, permaneceu um funesto processo disfarçado de racismo. Assim, quando a Constituição cominou ao “racismo” tanto o cumprimento mais severo da pena (a reclusão) quanto as características de inafiançabilidade e imprescritibilidade, reforçou a necessidade de combatê-lo em todas as suas formas, incluídas as modernas- a xenofobia, o anti-semitismo, a islamofobia, a negrofobia e outras formas correlatas de intolerância racial.

Segundo, porque entendido o racismo nesta visão alargada que compatibiliza conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos, afasta-se a noção de “sangue” (não é o “sangue” índio ou negro que dá ou retira direitos), fortalecendo o combate às representações sociais heterodefinidas. Daí porque pouco sentido tem o discurso do “DNA negro” para combater as ações afirmativas (e se todos são negros, não existe “racismo”, não é verdade?) ou “sangue” índio para desqualificar as pretensões territoriais, inclusive dos chamados “índios ressurgentes” (como se todos aceitassem viver com os usos, costumes, tradições e cosmologias indígenas). A insistência no critério de autodefinição (como previsto na Convenção nº 169-OIT) é outro elemento questionador do etnocentrismo da sociedade - os critérios de “classificação social” são, em geral, fruto de “heterodefinição” (“homossexual” é outro exemplo).

Terceiro, porque isto implica, pois, a necessidade, no aspecto negativo, de impedir qualquer conduta, prática ou atitude que incentive, prolifere ou constitua racismo e, no aspecto positivo, um mandamento constitucional de tomar as medidas cabíveis e possíveis para erradicação de tal prática, dentro da previsão de promover o bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV, CF).

Quarto, porque a “mestiçagem” incentivada só o que enquanto reforça os tipos caucasóides e obscureça características indígenas ou negras. São os “caboclos” a invisibilizar processos de etnogênese indígena, e “mulatos” a embranquecer, de uma forma ou outra, as classificações sociais. Um racismo tão sutil que pode conviver com fachadas de anti-racismo e, conforme a mudança de ambiente- universidade, família, laços de parentesco- ser absolutamente invisibilizado.

Daí se segue que algumas situações ainda care-



ELZA FLUZA ABR

cem de melhor equacionamento:

1. o processo civil, de perfil individualista e atomizado, tem dificuldade de lidar com coletividades como comunidades indígenas (quando lhe reconhece capacidade titulatória) ou as distintas “comunidades tradicionais” (quilombolas, incluídos) e mais ainda- com as próprias formas específicas de organização social e política (incentivando uma matriz “associativa”)

2. a diversidade lingüística do país (são mais de 180 línguas indígenas, por exemplo) não se reflete na sua utilização em documentos oficiais, exceção feita a São Gabriel da Cachoeira/AM, que declarou co-oficiais o tucano, o baniwa e o nheengatu. Há, pois, que “descolonizar” a linguagem oficial dos poderes constituídos, como forma de maior transparência e possibilidade participativa, bem como o próprio ensino de história (a introdução de história africana e indígena é intento parcial e realizado ainda com muita resistência).

3. o declarado “laicismo” estatal conviveu, sem maiores percalços, com o estabelecimento de feriados municipais religiosos de matriz cristã, ignorando, invisibilizando ou mesmo menosprezando as religiões de matriz africana (festas de Oxum, Oxóssi, Ogum, etc) ou indígenas (o torém dos Tremembé, o kuarup da região xinguaná). Há, pois, que revisar a matriz dos feriados religiosos e mesmo das datas comemorativas, que devem refletir a diversidade cultural (o 20 de novembro é, em parte, uma resistência à matriz etnicamente dominante).

4. os atores jurídicos ainda continuam a tratar comunidades tradicionais e indígenas dentro do perfil assimilacionista das Constituições anteriores e da Convenção 107-OIT, trabalhando com “integração” na “comunhão nacional”. Pouco importa se “aculturados”, “isolados” ou “puros” indígenas, devem ser levadas em conta suas cosmologias e a adoção de medidas que possibilitem sejam compreendidos e se façam compreender em procedimentos legais, de forma eficaz (art. 12 da Convenção 169-OIT). Um “tradutor cultural” se faz necessário em todas as hipóteses (em especial quando envolvidos conflitos

com as visões de mundos ocidentais e quando necessária a produção de depoimento pessoal e testemunhal).

5. as terras indígenas são sempre de propriedade da União, ainda que às comunidades seja assegurada a posse permanente. Estão em jogo, sempre, terras públicas e não “apropriação” por “poucos indivíduos”: os poderes constituídos devem, pois, inverter o raciocínio de sua atuação.

6. em muitos casos, as comunidades são afastadas de territórios que reivindicam sob pretexto de que os moradores da região são contrários à presença (como se viu em Gaspar/SC com os guaranis e no Morro do Osso/RS, com os kaingang). Nestas hipóteses, há que se incentivar- em especial pelo Ministério Público- adoção de providências no sentido de trabalhar os necessários valores constitucionais de repúdio ao racismo (art. 4º, VII e art. 5º, XLII), pluralismo de idéias (art. 206, III), defesa e valorização da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216), valorização da diversidade étnica e cultural (art. 215, §3º, V) e promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça e cor e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), seja por meio de “termos de ajustamento de condutas”, seja por meio de ações do Poder Legislativo, seja por meio de cursos.

7. a sociodiversidade não é, em

princípio, antagonica com a biodiversidade. Por trás de alegações de defesa ambiental, muitas vezes está escondido um “racismo ambiental”. As “brigadas indígenas” de combate aos incêndios nas florestas são um exemplo que rompe com tal preconceito. Uma revisão da legislação de unidades de conservação quando incidentes sobre áreas indígenas e de “comunidades tradicionais” é premente.

Na cosmologia “Saterê Maué”, do Pará e do Amazonas, os jovens introduzem as mãos numa luva de fibras onde estão inseridas formigas, que lhes aplicam ferroadas (“waumat”). A luta contra o racismo também é um ritual doloroso. Mas é preciso que seja iniciada.

*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).

LFG
Linha FFG
Educação a Distância Interativa
Mosso Horizonte Infinito

Maiores Rede de Ensino do Brasil.
Via satélite em mais de 320 unidades.

- Preparatórios para Exame da OAB
- Carreiras Jurídicas
- Carreiras Trabalhistas
- Carreiras de Nível Médio
- Carreiras Fiscais
- Escola de Atualização e Prática na Advocacia
- Pós-Graduações

Mais de 113.000 aprovações
Até 10/2008

Consulte as unidades no RS: www.idrs.com.br

União homossexual ou homoafetiva: perspectivas do julgamento da ADPF nº 132

Pedro Lenza*

Nos termos do art. 226, a família é a base da sociedade e terá especial proteção do Estado. Assim, podemos afirmar que o conceito de família foi ampliado pelo texto de 1988, visto que, para efeito de proteção pelo Estado, foi reconhecida como entidade familiar também a união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Embora fique clara a preferência do constituinte pelo casamento entre homem e mulher (uma vez que estabelece que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento), destacamos a importância deste novo preceito constitucional (união estável), ampliando o conceito de entidade familiar.

Aprimorando o sistema anterior, que só reconhecia a sociedade biparental (filhos de pai e mãe, tanto que as mães solteiras eram extremamente marginalizadas), fundado em ultrapassado modelo patriarcal e hierarquizado (Código Civil de 1916), a Constituição de 1988 reconheceu a família monoparental.

Nesse sentido, nos termos do art. 226, § 4.º, entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O Estado, então, deverá assegurar proteção especial para as mães solteiras, os pais solteiros, a comunidade de pai ou mãe separados ou divorciados e eventuais filhos, as famílias instituídas por inseminação artificial, produção independente etc.

Prioriza-se, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges (art. 226, § 5.º) e os filhos (art. 227, § 6.º).

Avançando a nossa análise, a grande questão que se coloca é a discussão sobre o reconhecimento, como entidade familiar, da união homossexual ou homoafetiva (união estável entre pessoas do mesmo sexo), especialmente diante do histórico julgamento que deve ser definido na ADPF nº 132 pelo STF.

Parte da doutrina observa que vários são os requisitos para a configuração da união estável, sejam eles de ordem subjetiva (convivência *more uxorio*; *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família) ou de ordem objetiva (diversidade de sexos; notoriedade; estabilidade ou duração prolongada; continuidade; inexistência de impedimentos matrimoniais; relação monogâmica) (cf. Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, v. VI, p. 539-540).

Nesse contexto, parte da doutrina classifica a união entre pessoas do mesmo sexo (parceria homossexual ou união homoafetiva) como ato inexistente, estando a matéria excluída do direito de família, devendo ser analisada como contrato de sociedade (art. 981, caput, do CC) e gerando apenas efeitos de caráter obrigacional.

Com o máximo respeito, contudo, não concordamos com esse posicionamento. Deve ser feita uma interpretação mais ampla do art. 226, § 3.º (que discorre sobre a união estável entre homem e mulher), à luz do caput, que prestigia a proteção da família, e, especialmente, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/88).

Não temos dúvida de que o direito tem de evoluir para disciplinar a realidade social das uniões homoafetivas, assegurando o direito de herança, previdência, propriedade, sucessão e, quem sabe, no futuro, de acordo com a evolução da sociedade, de adoção

de crianças e qualquer outro direito assegurado à união estável como entidade familiar.

Nesse sentido, conforme argumenta Maria Berenice Dias, mostra-se "... impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção..." (Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito e a justiça*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97).

No STF, destacamos o voto do Min. Celso de Mello no julgamento da ADI 3.300, ajuizada pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, que buscava o reconhecimento pelo STF das uniões estáveis entre homossexuais como entidade familiar e, assim, a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei n. 9.278/96, o qual só estabeleceu como entidade familiar "a união estável entre o homem e a mulher".

Por questões formais, o Min. Celso de Mello extinguiu a ADI, pois a norma impugnada, antes do ajuizamento da referida ADI, já havia sido revogada pelo Novo CC (que continuou abordando a união entre um homem e uma mulher — art. 1.723).

Contudo, em obter dictum (comentários laterais ou de passagem que não influem na decisão de mérito), o Ministro destacou a importância de discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ou não ao conceito de entidade familiar (o que, segundo aponta, poderia ser discutido em ADPF).

Em seu voto, conforme estabelece, seguindo "... o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas..."

Por sua vez, em decisão monocrática, o Min. Marco Aurélio, então presidente do STF, confirmou a decisão proferida pela Juíza Simone Barbisan Forte, da 3.ª Vara Previdenciária da Justiça Federal no RS, (ação civil pública nº 2000.71.00.009347) mantida pelo



NELSON TOLEDO

TRF da 4.ª Região, e determinou que passasse o INSS a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei n. 8.213/91), possibilitando a inscrição de qualquer deles diretamente nas dependências da Autarquia (inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso) e estabelecendo, ainda, que o INSS passasse a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos para os companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei n. 8.213/91 e art. 22 do Decreto n. 3.048/99) (Petição nº 1.984-9/RS).

Parece, então, por todo o exposto, que a união homoafetiva, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III — regra-matriz dos direitos fundamentais), do direito à intimidade (art. 5.º, X), da não-discriminação, enquanto objetivo fundamental do Estado (art. 3.º, IV), da igualdade em relação ao tratamento dado à união estável entre um homem e uma mulher (art. 5.º, caput), deva ser considerada entidade familiar e, assim, ter o tratamento e proteção especial por parte do Estado, exatamente como vem sendo conferido à união estável entre um homem e uma mulher.

* Mestre e Doutor pela USP. Advogado e Professor, Autor, dentre outros de *Direito Constitucional Esquematizado*, 12ª Ed., SARAIVA, 2008 e de *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. <http://www.saraivajur.com.br/pedrolenza>



Localiza.

Locadora oficial da Rota Jurídica.

Localiza
Vai com você

Reservas 24h 0800 979 2000

www.localiza.com

Entrevista

Constituição e Pipeline

O jurista e professor catedrático português José Joaquim Gomes Canotilho proferiu palestra no dia 25 de agosto, no Instituto Camões, em Brasília, sobre questões constitucionais, no âmbito do lançamento do livro “A Questão da Constitucionalidade das patentes Pipeline à Luz da Constituição Federal brasileira de 1988”.

Na ocasião o professor Canotilho concedeu entrevista, registrada pelo repórter Edgar Garcia, especialmente para o *Jornal Estado de Direito*, sobre aspectos do regime de Governo de Portugal e das patentes Pipeline.

Professor, o senhor poderia falar um pouco sobre o regime de Governo de Portugal e sobre a Constituição Portuguesa, considerando as mudanças ocorridas, após a Revolução dos Cravos na década de 70?

É um tema muito vasto, o regime jurídico quanto à forma de governo é uma coisa, quanto ao tipo de Estado é outra, quanto ao perfil do Estado definido na Constituição é outra. Portanto, quanto à forma de governo é substancialmente diferente da do Brasil. O Brasil é um sistema, uma forma de governo presidencialista, portanto um pouco, segundo o figurino, em alguma medida, dos Estados Unidos.

O sistema de governo Português é o que nós designamos um sistema parlamentar presidencial, o que isso significa? Que o governo é parlamentar, que há primeiro ministro, há dependência da sobrevivência do governo no parlamento. O Presidente da República é eleito também pelo sufrágio direto universal, tem importantes poderes, digamos formais de nomear o governo com base nos resultados eleitorais, pedir o controle da constitucionalidade das leis, submeter a referendo determinadas propostas, determinadas iniciativas, mas não governa, não faz parte, não preside com os seus ministros, não pode convocar conselho de ministros, nunca. Mas diferentemente dos sistemas presidenciais, pode dissolver a assembléia da República e que implica também a demissão do governo, ou seja, tem importantes poderes formais, típicos precisamente do Estado de Direito, em que a forma de governo tem que obedecer a regras definidas na Constituição quanto a sua sobrevivência e quanto ao controle subjetivo dos órgãos, mas verdadeiramente é um presidente que não governa, tem limites completamente diferentes do sistema brasileiro.

Quanto ao tipo de Estado previsto na Constituição, é um tipo de Estado como o que significa no Brasil, um Estado intervencionista que começou por ter amplos poderes no setor público, dito nacionalizações de muitas indústrias. Hoje, tendo em conta a própria integração europeia, praticamente é um Estado que privatizou de novo essas indústrias e setores nacionalizados. Sobretudo, um Estado incentivador, negociador, garantidor, mas já não é um Estado produtivo, já não tem indústrias, tem poucas empresas e daí que hoje o sistema em vigor no País é um sistema substancialmente diferente daquele que foi inicialmente conformado no texto original de 1976.

Com a entrada de Portugal na Comunidade Europeia, o que mudou na Constituição em relação à economia e demais setores da sociedade?

Bem, quanto a Portugal, mudaram bastantes coisas, primeiro a nível da própria idéia de soberania, soberania nacional, soberania estatal é hoje uma soberania com poderes e competências partilhadas, como diz a própria Constituição, alguns Países falam mesmo de transferências de soberanias, Portugal fala de poderes partilhados, de competências. Os estados ainda continuam os donos dos tratados e dessas mesmas competências, mas de qualquer modo temos que reconhecer que muitas das competências, sobretudo em termos de políticas, política agricultura, política do comércio, agora inclusive a política de imigração, já são diretivas comunitárias, que condicionam enormemente o próprio País, portanto, isso logo, a nível dos órgãos soberania.

Depois no nível de direitos fundamentais, em vez de termos

direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, além dos tradicionais direitos de liberdade, o que se desenvolveu foi a lógica dos direitos de liberdade econômica, liberdade de circulação, de pessoas, de serviços, de mercadorias, isso é que estruturou inicialmente a União Europeia e como vê a primazia era cumprida, liberdades econômicas e não as liberdades pessoais, políticas e democráticas. O que implica uma grande transformação do próprio sistema.

Em terceiro lugar, isso foi sobretudo agitado na proposta do tratado da Constituição Europeia que como sabe não vingou. O que “significava” era isto, o que restava para os estados como a Constituição europeia, quais eram os déficits de dimensão democrática e como é que se podia recortar com rigor a chamada cidadania Europeia e todos esses são problemas que ainda não foram resolvidos. Mas poderemos dizer que hoje Portugal é um País em que muitas das iniciativas econômicas e políticas, estão condicionadas pela integração dentro da União Europeia, portanto o País mudou muito, até porque também recebeu muito da União Europeia em termos de fundos comunitários.

Quais os princípios basilares que norteiam o Direito Português?

Os princípios basilares, eu costumo sintetizar isso em termos Estado de direito democrático de duas formas, ou a partir de duas premissas. Primeiro, os princípios fundantes, que eu costumo designar é o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da autodeterminação democrática. Sem esses dois princípios, ou seja, a pessoa como pessoa, não com objeto, quer poderes privados, quer poderes públicos e a pessoa com dignidade e reconhecimento por parte dos outros é verdadeiramente fundamental para termos uma cidadania em qualquer País do mundo.

Em segundo lugar, a autodeterminação, no fundo se não houver autodeterminação democrática, pode não ser independência, mas se não houver autodeterminação dos povos também não podemos prover a dignidade como povo. E não podemos afirmar nossa identidade como pessoas e como pessoas de identidade como povo e esta idéia de autoformatação das nossas próprias volições, ou seja, dos nossos próprios desejos, quanto a uma comunidade organizada e quanto aos direitos que devem estar aí enraizados. Nessa medida, eu diria que esses são os dois pressupostos fundamentais.

Depois, evidentemente, a vinculação do poder a regras jurídicas ou princípios da juridicidade, “que deliberadamente” o Estado de Direito, em termos tradicionais. A idéia que um poder pode justificar a divisão vertical em termos territoriais, regionais e locais, penso que isso é importante para um País, para uma estrutura democrática, a própria separação dos poderes e evidentemente outras dimensões que caracterizam de várias formas o estado. Mas eu diria que, sobretudo o princípio da socialidade quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, o princípio da paz, o princípio da hospitalidade nas relações internacionais, no fundo isso são premissas mínimas digamos assim, mas de qualquer modo princípios fundantes e princípios estruturantes de um Estado de Direito democrático constitucional como é o português e como é o brasileiro.

O senhor poderia fazer um comentário sobre as desloca-

ções do Estado de Direito democrático e social para um Estado de regulação social?

O Estado de regulação social está associado a várias outras dimensões, o “livre arbítrio”, a globalização e a privatização e, portanto a idéia da regulação aparece para explicar que o Estado tenha se retirado primeiro da produção direta de bens e para efetivação de direitos sociais e que depois tenha renunciado a própria regulação direta de determinados setores. Podemos ver direitos que tem a ver com as liberdades, por exemplo, o direito de comunicação social, que é uma entidade reguladora da comunicação social. O direito tem a ver com setores econômicos particularmente relevantes, por exemplo, na concorrência, as águas, a eletricidade os transportes. Também são hoje entidades privadas a fornecerem esses bens econômicos essenciais, mas o Estado no fundo retirou-se da produção dos bens da direção dessas atividades para assumir o aspecto que, do Estado que regula as próprias regulações, mas ele próprio deixou de ter intervenção direta nisso. “...” É um pouco isso, no Brasil não é tão evidente, mas nos Países da Europa isso é hoje uma dimensão muito clara na evolução do Estado. E por isso nós dizemos que além de ser o Estado garantidor, é um Estado negociador, é um Estado acionista, é um Estado regulador, é um Estado supervisor, mas tudo são adjetivos para tentar explicar as mudanças que houve na compreensão do próprio Estado.

Em sua opinião o que representa o Estado de Direito?

O Estado de Direito, eu ensinei este ano aos meus alunos do primeiro ano, que o Estado de Direito está sob estresse. Está sob estresse porque aquilo que ensinamos aos alunos são os princípios da juridicidade estatal, a vinculação do poder a regras do direito, autonomia da pessoa, a divisão dos poderes, a autonomia local, os princípios da proibição do excesso, “da articulação, da caducidade”, da proporcionalidade, mas hoje se reconhece que isso é insuficiente. É insuficiente porque a deslocação de poderes no sentido de prevalência, em virtude de opções, no nosso caso a União Europeia, e do esquema global que acentua a dimensão “escutivística”, ou seja, perturbando claramente a separação de poderes. Depois mesmo a nível das articulações locais e territoriais, há hoje perturbações, porque muitas vezes tendem a deslocar-se lógicas de federalismos competitivos em que os territórios mesmo dentro do próprio País umas comunidades, umas regiões, tentam elas próprias desenvolver-se à revelia das outras. O que perturba claramente também esta lógica do Estado de Direito, tal como igualdade e por outro lado uma lógica do Estado de Direito que tem a ver muito com os fenômenos denunciados a nível nacional e internacional e que, sobretudo a corrupção. A corrupção que há documentos nas Nações Unidas a prever esse fenômeno que perturba o Estado de Direito, perturba os direitos sociais, perturba os direitos fundamentais e perturba a própria democracia.

Sabemos que agora o senhor teve o lançamento de um livro e que é de patentes e se chama Pipeline. Pipeline é o mecanismo em que a patente expedida no exterior é reconhecida no Brasil apenas até o tempo em que ela leva para expirar no País de origem. Mas, primeiramente, gostaríamos que o senhor explicasse o termo Pipeline, cuja tradução para o português



MARESSA VILELA

seria tubulação, a que se refere, nas questões das patentes Pipeline?

Pipeline são no fundo as patentes que estão no tubo e estão a aguardar o registro por parte das entidades responsáveis, porque esse registro demora muito tempo e porque são precisas experiências, muitas vezes as entidades de controlo exigem mais experiências, sobretudo quando se trata de produtos em seres humanos e verdadeiramente eles não podem ser colocados no mercado. E daí que o produto já existe, já está registrado, mas ainda não está em circulação. E o que acontece é que há essa exigência das próprias empresas farmacêuticas, em virtude de muitas vezes não terem culpa da demora do registro e da autorização do produto, chegam a um acordo com os próprios governos, tipo o governo dos Estados Unidos, "olha vocês demoraram quatro anos para licenciar este produto, pelo menos devem nos dar mais algum prazo. Porque esse produto esteve no tubo, mas verdadeiramente nós não podemos comercializar". Isso equivale em geral a dois anos e meio, uma vez é mais rápido, outras vezes menos, mas em geral são as próprias entidades, que querem que façam mais experiências "ainda não estamos satisfeitos" e portanto é um pouco essa lógica de que os internos, os vinte anos ou quinze, mas de qualquer modo há sempre um prazo entre quinze a vinte anos, para as patentes. Hoje, isso é quase universal esse prazo exclusivo, digamos assim, é quando se acrescenta mais algum tempo para nos beneficiarmos de um tempo esse ativo da vigência da patente e não propriamente de vinte anos, menos três, que foi o que demoraram no controlo do produto. Ora bem, isso é estender retroativamente às patentes, é no fundo aumentar o prazo da patente, não? Compreende, ainda razoavelmente é mentir o tempo real da patente durante esses quinze ou vinte anos, portanto é um pouco esta problemática que existe aqui. E agora o problema das patentes é outro, como tenho denunciado, há um discurso dimencionalmente dicotômico em torno dessas questões, por um lado quem tem patente é defensor do capitalismo das farmacêuticas, por outro lado quem defende quem é contra as patentes é amigo da saúde pública. Penso que não é assim que se colocam as coisas, é por um lado, a Constituição brasileira garante a propriedade intelectual, onde está a propriedade industrial e o direito exclusivo. Direito exclusivo é uma fórmula que eu não gosto muito porque é o direito do autor, que se beneficiam num certo tempo, como eu próprio, durante um certo ponto em virtude do meu trabalho, da minha criatividade, da minha investigação, portanto, eu penso que isso não é crime nenhum, tanto acho que é razoável. No caso das farmacêuticas, é óbvio que hoje, não há sábios, não há pessoas individuais a investigar, há grandes equipes, há grandes indústrias a investigar e, portanto sintetizar produtos e descobrir implica muitos investimentos, muitos anos e, portanto acho que a lógica do comércio internacional no tríplex da Organização Mundial do Comércio é por aqui. E eu gostaria que os Países, à medida que pudessem, começassem também a entrar nesse jogo, porque é sinal de evolução de desenvolvimento tecnológico.

Evidentemente cabe não só "...lógicas", digamos, as licitações, as autorizações compulsórias e permito portanto soluções "ligatórias", quando em virtudes prementes, evidentes e inadiáveis das cidades é preciso soluções mais flexíveis que não são compatíveis com o prazo das patentes e portanto preciso dizer que no Brasil, claro não é muito uma forma não muito rigorosa, mas é nesse sentido, arranjar um

jeito flexível, muitas vezes para dizer isso "olha vocês têm a patente reconhecemos, mas tem que ser liberadas porque há problemas especulativos em termos de saúde, grave, tipo, no combate à SIDA no Brasil, na África, na África do Sul" e aqui também está previsto, portanto a definição em termos do Estado de Direito dos pressupostos normativos dessas funções. Em rigor, em rigor o que às vezes acontece é que estamos à espera da caducidade das patentes, para fabricar os genéricos. Pois bem, os genéricos são produtos de qualidade em grande quantidade, mas que nasceram nas investigações anteriores das patentes e, penso que um País não se desenvolve muito, embora seja uma boa regra também, digamos ter patentes dos últimos produtos, ter genéricos também das mais recentes evoluções, depois das caducidades das patentes. Mas não fará mal, eu acho, esse é um desafio dirigido ao Brasil, que Países que fabricam aviões, também podem fazer investigações a nível de farmacêuticas.

Gostaria que o senhor frisasse a importância da patente Pipeline e quais os benefícios para a sociedade?

As patentes Pipeline não são outra coisa do que patentes e, portanto é que as patentes demonstram hoje uma superioridade para os Países que gastam dinheiro, que têm equipes, inovação e conhecimento. À medida que os medicamentos são mais sofisticados, mais apurados e, em termos de saúde pública, um medicamento desses presunção, por partes das entidades de controlo muitos testes, muitas experiências, que não são efetivadas pelas cópias, porque as cópias tentam capitar qual é a substância ativa, mas não fazem as experiências. E daí que muitas vezes as funções patenteadas presunção essa investigação, presunção as experiências e evidentemente que tentam acrescentar alguma coisa, a esse progresso coletivo que deriva da investigação na indústria farmacêutica. Cabe frisar, a grande parte do progresso, por exemplo, nos sistemas de transplantes de órgãos, de coração, rins, uma parte dos pulmões, deriva de produtos farmacêuticos, seja quanto à rejeição do órgão, quanto mais eficazes, mais eficientes, mais desenvolvidos, tanto melhor. "... Eu penso que hoje o Brasil que conheço não o que conheci, quando vim pela primeira vez foi em 1979, precisamente representar o Portugal democrático, ainda na época dos generais, da ditadura, portanto. De modo que o Brasil é outro, completamente, outro País, de maneira que eu não gostaria de colocar tons muitos pessimistas, o Brasil está hoje capaz de tomar decisões, opções políticas, e são evidentemente os próprios brasileiros que devem valorar essas coisas e não é um estrangeiro que vem aqui também vender moralidades políticas e constitucionais, como compreenderá, não é.

O Senhor pode comentar a tendência atual da proteção intelectual em relação aos modelos alternativos de incentivo à inovação?

Eu penso que nesse aspecto é assim, nós hoje temos um programa comunitário de apoio de 21,5 bilhões de euros, precisamente para inovação e conhecimento, já não é para estradas, já não é para convergência económica, por um lado para coesão, mas por outro lado está lógica que só posso competir com os Estados Unidos melhorando em inovação e conhecimento. E daí que uma boa parte dos investimentos que se querem fazer é para laboratórios associados, para projetos de inovação em termos informáticos para, por exemplo, projetos de nanotecnologia em termos da

medicina, porque são esses projetos que vão se candidatar a fundos europeus. E sobre essa perspectiva, não é só já da propriedade, da propriedade autoral individual e com direitos do autor, mas também essa lógica de que essa inovação em termos excepcionais, por exemplo, através das universidades, através de equipes, não sendo só uma pessoa, mas a par, os produtos delas, estão sempre associados às patentes. A nossa Universidade de Coimbra que não estava muito atenta a isso, agora para qualquer inovação e qualquer produto que trata, já tem um setor próprio de patentes. Portanto como vê não são mecanismos contraditórios, embora me pareça que para termos patentes é preciso ter um montante, era o que eu estava frisar a pouco, inovação e conhecimento, e daí que, por exemplo, eu próprio já teria uma patente, dentro dos meus temas, o tribunal universitário e europeu, que agora o governo emanou uma lei a prever tribunais universitários. Mas eu pude dizer, a patente é minha, porque tive a iniciativa, vou fazer isso, embora o governo através da lei tenha reconhecido as outras universidades por esta capacidade de inovação dentro dessa perspectiva, de uma forma inovadora de melhorarmos o nosso nível de justiça, logo o nível universitário para os alunos e para a justiça. Portanto, eu penso que é preciso outro esquema de diálogo nessas questões, porque não devemos ter essa visão económica, essa visão dicotômica de amigo-inimigo em questões que não devem ser pautadas por essas imagens.

Para encerrar, o senhor poderia falar um pouco sobre o livro "A questão da Constitucionalidade das Patentes "Pipeline" à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988", publicado pela editora Almedina de autoria conjunta com os também professores portugueses Jónatas Machado e Vera Lúcia Raposo?

Quanto a esses colaboradores, o Jónatas Machado que foi o meu discípulo e agora é meu colega, porque ele é uma pessoa de direito internacional e também direito constitucional, mas direito internacional, hoje as patentes têm um regime internacional que é da Organização Mundial do Comércio era importante trazê-lo. A Vera Lúcia é uma investigadora que tem passado um tempo nos Estados Unidos, por tanto está a par dessas instituições das patentes nos últimos tempos, ela tem investigado isso. Quanto à menção da Constituição brasileira, o problema que se põem, é que aqui há um problema no Brasil, que diz que as patentes são inconstitucionais, não só as Pipeline, mas as patentes. Portanto é norma que me cabe explicitar e que me cumpre, digamos assim, de uma forma sistemática, racional e convincente procuro em termos jurídicos, "o que significa quando a Constituição brasileira diz: é garantida a propriedade intelectual, propriedade industrial e o direito exclusivo nos termos definidos por lei". Pois bem, o que significa abertura da Constituição brasileira agora essa de 1988. Os direitos do autor, a propriedade intelectual, a propriedade industrial ou o que vocês chamam exclusivo, o exclusivo é porque dentro desse período a um direito exclusivo dos autores, dos inventores, dos inovadores. E, portanto o discurso deixa muitas vezes essas premissas mais políticas, mais globais, para se concentrar na leitura concreta do texto constitucional da lei magna, porque, nos nossos termos de Estado de Direito, ainda uma das dimensões fundamentais é o princípio da constitucionalidade é isso que eu trato numa certa parte do livro, sobre essa questão problemática.

"Pipeline são no fundo as patentes que estão no tubo e estão a aguardar o registro por parte das entidades responsáveis, porque esse registro demora muito tempo e porque são precisas experiências, muitas vezes as entidades de controlo exigem mais experiências, sobretudo quando se trata de produtos em seres humanos e verdadeiramente eles não podem ser colocados no mercado."

1001
GRUPO

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

Rigidez, flexibilidade e reforma do CPC

Teresa Arruda Alvim Wambier*

Nos últimos tempos, tem-me preocupado de maneira acentuada a pouca atenção que se tem dado no Brasil ao princípio da isonomia.

Levar a efeito de forma plena o princípio da isonomia implica que a mesma lei seja aplicada de idêntica forma a situações iguais.

A desuniformidade da nossa jurisprudência num mesmo momento histórico e a rapidez com que ocorrem as ditas “viradas” da jurisprudência já pacificada é surpreendente, assustadora, indesejável e nociva.

Os Tribunais de 2.º grau não seguem a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Existem divergências jurisprudenciais intensas entre órgãos fracionários de um mesmo tribunal.

Os Tribunais Superiores divergem entre si.

Exemplo expressivo desta divergência é o termo inicial para o prazo da ação rescisória, quando há duas decisões de mérito num mesmo processo.

O STJ tem entendido que o termo inicial deste prazo é a última coisa julgada. Já no STF, tem-se entendido que há vários prazos, cada um com um termo inicial diferente. Ou seja, havendo duas coisas julgadas, formadas em momentos diferentes, haveria dois prazos e duas ações rescisórias.

Outro caso que chamou a atenção nos últimos tempos foi o que diz respeito à incidência de ISS sobre leasing.

O STJ chegou a sumular a questão e hoje entende que se trata de questão constitucional!

Sabe-se que o prequestionamento é outro assunto sobre o qual não concordam entre si os nossos Tribunais Superiores.

Com certeza, o caso do Cofins, bem recente, também é um exemplo expressivo.

Enquanto a jurisprudência não se tornar mais estável, enquanto continuar a haver grandes viradas e se a jurisprudência dos Tribunais Superiores não for respeitada (a começar por eles mesmos!) não se poderá falar em respeito ao princípio da isonomia.

Não me refiro a hipóteses em que o tempo deve gerar mudanças interpretativas. Há casos em que é saudável a alteração do entendimento da jurisprudência, como, por exemplo, aqueles em que se discutem questões de família.

Felizmente, por outro lado, parece que o legislador já se apercebeu desta realidade: da necessidade de estabilidade da jurisprudência e de respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores.

Então criou a nova redação do art. 557, que prestigia súmula e jurisprudência dominante! Tem-se também o art. 285-A, que deve ser entendido, na interpretação que consideramos correta, como um dispositivo que prestigia a idéia de segurança jurídica, não permitindo que prevaleça a jurisprudência “pessoal” do juiz

Evidentemente, os arts. 543-B e C só terão rendimento se houver respeito à jurisprudência consolidada

De fato, os sintomas de que o legislador se apercebeu desta necessidade são muitos.

No entanto, e isso pode soar paradoxal, para que se leve a efeito de forma plena o princípio da isonomia, considerado em seu sentido essencial no processo, a fungibilidade deve ser aplicada de forma ampla.

O sentido deste princípio é o de que não se pode prejudicar a parte, quando não há uma verdade estabelecida a respeito de qual seja o caminho

correto para se chegar a um ponto no processo, para se formular um pedido. Sabe-se que, tradicionalmente, o âmbito de aplicação deste princípio é o dos recursos. Mas acredito que não deve haver esta restrição.

Constava do art. 810 do CPC 1939, mas sua formulação expressa foi suprimida no CPC de 1973. Porém, logo se viu que seria necessário.

Penso que a razão de ser do princípio indica que não há porque restringir seu âmbito de aplicabilidade aos recursos.

O CPC não é mais um sistema, no sentido mais puro da expressão. A forma sistemática do Código vem sendo imprimida com habilidade, pelos seus intérpretes. Mas, com a mais absoluta certeza, hoje já não se pode dizer que só há um meio de se atingir uma finalidade determinada. Há, sim, vários modos possíveis de se chegar a resultados equivalentes.

O legislador reconheceu isso e até mencionou a fungibilidade que deve existir entre as espécies tutela de urgência, no art. 273, § 7.º.

As dúvidas são muitas. É sentença a decisão que concede “antecipação de tutela”, quanto a pedido incontroverso? Desta decisão cabe agravo? Apelação? Ou apelação por instrumento?

Como se deve fazer o depósito para suspender a exigibilidade de crédito tributário? Por meio de ação cautelar? De mandado de segurança? Ou se trata de mera medida administrativa?

De quem é a competência para conceder o efeito suspensivo para a apelação, nos casos do art. 520? Do juízo “a quo”? Do juízo “ad quem”? Por meio de medida cautelar?

Há uma decisão monocrática, do Min. Cezar

Peluso, acerca de qual seria o modo “correto” para se “destrancar” o recurso extraordinário retido.

Este regime foi criado pela Lei 7.956/98 que não menciona nenhuma exceção. Os advogados têm sido criativos. Mas qual seria o caminho realmente adequado? Mandado de segurança? Cautelar? Agravo (interposto de pedido negado, feito no juízo “a quo”)? Reclamação?

Nesta decisão, considerou-se indiferente o meio escolhido, pois há apoio dogmático para todos os caminhos. A grande lição desta decisão diz respeito à desnecessidade de conversão de uma medida na outra!

Como “fecho” destas reflexões, que quis compartilhar com a comunidade jurídica, eu diria o seguinte: levar às últimas consequências a regra de que cada juiz tem que decidir o mérito de acordo com a sua convicção e não aplicar o princípio da fungibilidade, no plano do processo, quando este deve ser aplicado, no fundo são fruto do mesmo problema: cada juiz quer que prevaleça a sua opinião.

Mais do que reformar o CPC, é preciso reformar mentalidades.

* Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP (tesoureira), do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do Instituto dos Advogados do Estado do Paraná - IAPR e do Estado de São Paulo - IASP, do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e do Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

Considerações sobre a incorporação e as medidas de proteção aos credores das sociedades envolvidas

Ana Cláudia Redecker*

A incorporação, que nada mais é do que uma forma das sociedades se reorganizarem, é uma operação extremamente relevante para a vida das sociedades e, por isso, está sujeita a um procedimento próprio previsto tanto na Lei nº 6.404/76 (LSA), quanto na Lei 10.406/2002 (CC/02). De acordo com o art. 277 da LSA, “A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outras, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. As mais variadas razões justificam a realização do processo de incorporação, sendo algumas estruturais e outras conjunturais. As estruturais, normalmente, têm origem na empresa, ou nas empresas, ou ainda na forma como elas são concebidas. Por exemplo: uma sociedade constitui-se com objetivo de desenvolver uma determinada empresa para atuar em certo mercado, e outra, detida direta ou indiretamente pelos mesmos sócios, ou por um ou alguns deles, para atuar em mercado análogo ou paralelo. Neste caso, a estrutura societária pode revelar-se inadequada, na medida em que ambas as sociedades incorrem, certamente, nas mesmas despesas, tais quais de aluguel de sedes, serviços de apoio, departamento financeiro e de

recursos humanos etc. As conjunturais podem ser: (1) eliminar concorrente; (2) adquirir marca com prestígio junto ao público; (3) possibilitar melhor abordagem do mercado etc. A LSA e o CC/02, ao regularem a incorporação objetivam conciliar o interesse das sociedades envolvidas na operação com a proteção dos direitos dos sócios, a garantia dos credores e a segurança de terceiros. O procedimento de incorporação na LSA está previsto nos arts. 224, 225 e nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 227; no CC/02, no art. 1117. Em relação aos credores a LSA tratou de protegê-los no art. 232; o CC/02, no art. 1122 [o teor dos dois artigos diferem apenas no prazo decadencial previsto para os credores se manifestarem, enquanto nesse é de 90 (noventa) dias, naquele é de 60 (sessenta)]. Esse artigo prevê que, “até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles”. Assim, se a operação de incorporação resultar em prejuízo para os credores, o art. 1.122 do CC/02 concede ao credor que se sentiu prejudicado a faculdade de pleitear judicialmente a anulação da operação. O prazo para exercer esse direito,

sob pena de decadência, é de 90 dias contados da publicação dos atos relativos à incorporação. A prova da publicidade é feita mediante anotação nos registros da Junta Comercial à vista da apresentação da folha do Diário Oficial, ou do jornal onde foi feita a publicação (art. 54 da Lei nº 8.934/1994). A incorporadora, para evitar o prosseguimento da ação anulatória, pode consignar em pagamento o valor relativo ao crédito do credor que tenha sido prejudicado (art. 1.122, §1º do CC/02). Se a dívida for ilíquida, a incorporadora poderá garantir a execução, suspendendo-se o processo de anulação (art. 1.122, § 2º do CC/02). Prevê ainda que, na falência da sociedade incorporadora, qualquer credor anterior, mesmo que não tenha sido prejudicado com a operação de incorporação, terá o direito de pedir a separação dos patrimônios das sociedades, para o fim de serem os créditos pagos pelos bens das respectivas massas (art. 1.122, § 3º do CC/02). Desta forma, caso não se verifique nenhuma das hipóteses anteriores, os credores da sociedade incorporada passam, em decorrência da sucessão universal, a serem garantidos pelo patrimônio da incorporadora. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça

já decidiu que “a empresa incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, de modo que a indenização por esta devida em processo já em fase de execução constitui obrigação a ser satisfeita pela incorporadora” (Recurso em Mandado de Segurança nº 4949-3 – Minas Gerais. DJU 13.03.1995, Seção I, p 5284). Em conclusão, é fundamental destacar que todas essas regras previstas na LSA e no CC/02 direcionadas à incorporação acabam por criar um importante sistema de proteção aos credores cujo propósito é atender, sobretudo, ao princípio da segurança jurídica, informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se dizer, assim, que a razão fundamental dessas regras é permitir aos credores que, ao negociarem com as sociedades, tenham uma garantia mínima: a de que seus direitos não serão substancialmente alterados e prejudicados por operações impulsionadas pela vontade exclusiva das sociedades e de seus sócios.

*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, IDC, CETRA, Retorno Jurídico e advogada.

EDITORA SARAIVA

LANÇAMENTOS



O novo Procedimento do Júri
Edilson Mougenot Bonfim
1ª Edição, 2009, 176 págs., Brochura

R\$ 48,00

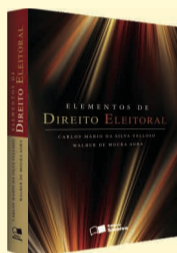
A REFORMA DO JÚRI
PELO MAIOR ESPECIALISTA
DA ATUALIDADE

Matar ou Morrer
O caso de Euclides da Cunha
Luiza Nagib Eluf
1ª Edição, 2009, 168 págs., Cartonado

R\$ 49,00



EDIÇÃO
LUXUOSA



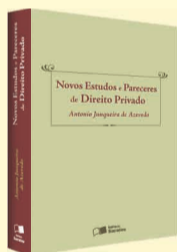
**Elementos de
Direito Eleitoral**
Carlos Mário Velloso
1ª Edição, 2009,
392 págs., Brochura

R\$ 75,00



**Contratos Agrários -
Aspectos Polêmicos**
Wilson Ferretto
1ª Edição, 2009,
240 págs., Brochura

R\$ 69,00



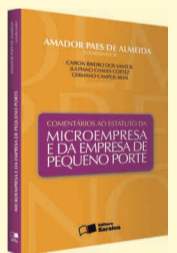
**Novos Estudos
e Pareceres de
Direito Privado**
Antonio Junqueira de Azevedo
1ª Edição, 2009,
640 págs., Brochura

R\$ 116,00



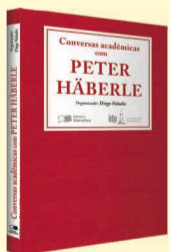
Planejamento Tributário
Edmar Oliveira
Andrade Filho
1ª Edição, 2009,
360 págs., Brochura

R\$ 90,00



**Comentários ao Estatuto
da Microempresa e da
Empresa de Pequeno Porte**
Coordenador
Amador Paes de Almeida
1ª Edição, 2009,
216 págs., Brochura

R\$ 56,00



**Conversas Acadêmicas
com Peter Häberle**
Diego Valadés
1ª Edição, 2009,
232 págs., Encadernado

R\$ 62,00



**Regulação da
Função Pública
Notarial e de Registro**
Luis Paulo Aliende Ribeiro
1ª Edição, 2009,
190 págs., Brochura

R\$ 49,00



**Das Cláusulas de
Inalienabilidade,
Impenhorabilidade
e Incomunicabilidade**
Ademir Fioranelli
1ª Edição, 2009,
112 págs., Brochura

R\$ 38,00

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 aviso prévio.

Coleção

POCKETSJURÍDICOS

**Na medida certa para
quem tem muito o que
estudar em pouco tempo.**



LANÇAMENTO

**R\$ 14,90
cada**

Coordenadores
FERNANDO CAPEZ
RODRIGO COLNAGO

São dezenas de volumes que abrangem
todas as áreas do Direito.

Abordagem sintética e linguagem didática.

Consulta rápida e eficaz.

**Não perca tempo!
Compre os primeiros volumes.**
Em breve novos títulos

SAC

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

www.saraivajur.com.br



**Editora
Saraiva**

Quando o crime compensa mesmo

Pedro Soares Martínez*

A criminalidade compensadora

Os crimes são compensatórios, em termos globais, quando os candidatos a criminosos, na generalidade, concluem no sentido de que vale a pena praticá-los. Porque o valor, para eles, das satisfações que dos crimes esperam excede o custo dos riscos inerentes. Com efeito, globalmente, é em termos objectivos, de riscos, de probabilidades de êxito das ilicitudes, que a questão tem de ser posta. Embora não deva também esquecer-se que, para alguns criminosos, mais ou menos endurecidos, a satisfação proporcionada pela prática dos crimes, ou pelos benefícios deles emergentes, excede qualquer medida de risco admissível. E, para outros, confiados na sua boa estrela, as probabilidades de insucesso nem sequer são tidas em consideração. Mas os candidatos a violadores das normas criminais, na sua grande maioria, dispõem-se a agir na base de um quadro de previsões, que assenta no que é do conhecimento comum, e particular, relativamente às situações em causa. Ainda que alguns factores subjectivos nesse quadro se insiram. Na escala de previsões estabelecidas, a posição cimeira caberá ao êxito pleno – ou seja, ao alcance de todos os benefícios esperados e à inteira impunidade. O escalão mais baixo corresponderá à nulidade de todos os benefícios esperados e à aplicação das penas máximas estabelecidas. Compreensivelmente, a atracção para o crime será mais intensa se a previsão do candidato a criminoso se fixar, em termos optimistas, na posição cimeira. E cumprirá às sociedades, quando não suicidas, criar condições dissuasoras em relação às previsões optimistas dos candidatos a criminosos. Criadas tais condições, há-de gerar-se a convicção generalizada de que o crime não compensa. Quando essas condições se não verificam, justificar-se-á a afirmação de que, afinal, o crime compensa.

As consequências da criminalidade compensadora

Sempre houve, sempre haverá, crimes impunes e compensadores. Mas a paz social assenta na convicção generalizada de que se trata de casos esporádicos, anómalos. Quando assim não acontece, as sociedades entram em crises, que frequentemente degeneram em tragédias e em opressões. Porque os povos só reivindicam liberdades quando se sentem seguros, e renunciam a todas as liberdades a troco da segurança. Os sucessos dos golpes de Estado de origem militar provêm daí, em larga medida. Porque os povos, mal ou bem, às vezes mal, costumam confiar na disciplina militar e nas suas virtualidades para garantir a segurança. A História revela até casos em que foram os próprios violadores das leis e da ordem social quem, depois de revestidos de uniformes militares, pelo prestígio deles, tendo alcançado o poder de facto e os cofres públicos, acabaram por restabelecer, melhor ou pior, a paz civil, e por garantir a segurança dos povos. Através de múltiplos sacrifícios, delapidações e injustiças, que se teriam podido evitar. Assim, por exemplo, num país da América espanhola, o Vice-Rei nomeou capitão de carabineiros um célebre bandoleiro que assolava a região, só por tal via tendo logrado a difícil e desejada pacificação. Passados tempos, porém, no meio de grandes convulsões políticas, o oficial de carabineiros deixou o uniforme, para retomar o seu trabuço originário. E, tendo, finalmente, alcançado o comando superior naquela mesma região, tratou de institucionalizar, de legalizar, o seu comando e de assegurar, quanto possível, a ordem pública. Até ali, o crime tinha compensado. Depois, de algum modo, alguma medida, terá deixado de compensar.

As causas da criminalidade compensadora



MARCELLO CASAL JR. ABR

São de cinco ordens, fundamentalmente, as causas da criminalidade compensatória, podendo enunciar-se, sucintamente, nos termos seguintes: a) ineficácia da rede policial, b) leveza das punições legais, c) benevolência extrema dos tribunais, d) desajustamento dos regimes punitivos, e) frequência e largueza de amnistias e indultos. Com efeito, se a prevenção policial se mostra insuficiente, porque os agentes policiais não são aptos, ou não lhes são concedidos meios indispensáveis para evitar os crimes e para os investigar, mesmo os candidatos a criminosos primários e, mais ainda, os inveterados, vivem na certeza da impunidade. Mas ainda que a rede policial seja apertada, se as punições legais forem tidas por leves, em si mesmas, muitos vocacionados para o crime se decidirão a arriscar. Também não recearão as consequências dos seus crimes, embora descobertos, se puderem contar com extrema benevolência dos tribunais. Essa benevolência extrema tem derivado, por vezes, do facto de os julgadores considerarem excessivas as penas legais, dando as ilicitudes por não provadas, para evitar a aplicação delas. Tal seria o caso dos juizes portugueses, avessos a proferir sentenças de morte, conforme a acusação feita aos antigos colegas por Dom Luís da Cunha. Outras vezes, a benevolência excessiva dos julgadores provem de estados de opinião, com frequência forçados por meios publicitários, a favor de certos tipos de crimes e de criminosos. Esquece-se também, frequentemente, que as cominações das leis punitivas não são elucidativas pelo que respeita às condições em que as penas são cumpridas. Por isso, a mesma pena de prisão poderá ser muito pesada se cumprida numa penitenciária de regime duro, sem visitas de longo trato, sem liberdade de fins de semana, e leve se cumprida noutra onde as celas sejam cómodas, a alimentação satisfatória, com agradáveis piscinas e campos de jogos, visitas amorosas e férias interpoladas. Daqui se segue que onde, e quando, os regimes de cumprimento das penas não impliquem, para a maior parte dos presidiários, nem trabalho fatigante nem privações de maior, também esses regimes não de contribuir para a convicção generalizada de que os crimes, afinal, compensam. Porque, em semelhantes condições de cumprimento de penas, as cadeias só serão intimidativas para os burgueses e aburguesados. Pelo descrédito social e pela relativa promiscuidade, que não afectará minimamente os marginais, provenientes de ambientes promíscuos.

A questão já foi aflorada, em termos muito pertinentes, por António Enes, em finais do século XIX, a propósito do desacerto da aplicação do regime prisional comum da Metrópole em Moçambique. Porquanto, realmente, em determinadas circunstâncias, a forma de cumprimento das penas poderá funcionar, para certos tipos de criminosos, como incentivo ao crime. Pelo que respeita às amnistias e aos indultos, sem dúvida que têm justificação e fundamento; mas, quando muito frequentes e muito amplas, tais medidas de clemência acabam por invalidar toda a estrutura policial e punitiva das nações. Há crimes relativamente aos quais sempre se espera a amnistia, como se tivessem sido despenalizados. E só as estruturas sociais próprias do passado permitiram que os reis de Portugal quase sempre indultassem os condenados à morte, muito antes de a respectiva pena ter sido abolida.

O princípio da igualdade e os privilégios punitivos

O passado das nações oferece-nos diversos exemplos de privilégios em matéria punitiva. Ainda que geralmente estabelecidos em razão do interesse comum e do reconhecimento de desigualdades reais. Pelos mesmos crimes, a uns aplicavam-se chicotadas nas praças públicas do Reino e a outros três anos de degredo nas praças de Marrocos. Será difícil qualificar uma ou outra pena como mais pesada. Também a condição de degredados era muitas vezes omitida, ou, ao menos, não publicitada, no Magrebe, no Brasil e no Índico, para não minguar a consideração devida àqueles que, embora cumprindo penas de degredo, ali desempenhavam funções de prestígio e autoridade – militares graduados, médicos, funcionários administrativos e até juizes. Era frequente a prisão nos domicílios, em conventos e em aquartelamentos, por motivo apenas da condição social dos condenados, por se entender que o encarceramento em cadeias comuns constituiria para eles uma injustificada pena, acrescida à de privação de liberdade. Em diversos países havia mesmo cadeias de luxo, geralmente reservadas à nobreza, a altos funcionários, a magistrados, a literatos e a gente de teatro. Era o caso, em França, do castelo de Vincennes, da antiga cadeia episcopal de For l'Évêque e da famigerada Bastilha, para onde os condenados costumavam levar numerosas peças de mobiliário e animais domésticos, ali se fazendo acompanhar da sua

criadagem e sendo com regularidade convidados para a mesa do governador e da sua família, quando a natureza dos crimes praticados não vedava tal convivência, como seria o caso do Marquês de Sade, celebrado pela pornografia violenta das suas obras literárias, que da Bastilha seguiu para os comícios revolucionários e daí para o hospital psiquiátrico de Charenton. (Cf. Ch. D'Héricault e Gustave Bord, Documents pour Servir à l'Histoire de la Révolution Française, Paris, 1884, esp. pp. 61 e s.; Frantz Funck-Brentano, Légendes et Archives de La Bastille, 4ª ed., Paris, 1901; La Bastille des Comédiens, 7ª ed., Paris, 1910).

Mas todas estas discriminações punitivas tinham ampla justificação nos quadros de regimes que não assentavam em pressupostos igualitários. Mais dificilmente se entenderá o fundamento de regimes prisionais discriminatórios na actualidade. E sob a égide de regras igualitárias. Mas têm sido estabelecidos também. Tanto em tempo de guerra como em tempo de paz. E em tempos que nem se sabe se são de guerra ou de paz, desde que se perdeu o uso das declarações formais de beligerância. Os regimes prisionais discriminatórios tanto servem para aligeirar a sorte de condenados, sobretudo aqueles aos quais se atribui intencionalidade política, quando as respectivas intenções não desagradam inteiramente aos poderes instituídos - que frequentemente utilizam os préstimos desses condenados - como para agravar a situação de outros. Tal como estará acontecendo em Guantánamo e em muitas outras partes. Mas também não foram esquecidas, através dos séculos XX e XXI, outras discriminações punitivas. Até há quem receie que a preocupação de tornar muito melhores as penitenciárias possa criar, em benefício dos reclusos, benefícios de que não gozem os trabalhadores diligentes e honestos, nem os muitos desvalidos aos quais a sociedade não possa assacar faltas de maior. Se assim for, tal contribuirá para o reconhecimento de que, afinal, o crime compensa

* Membro de numerosas instituições científicas e culturais, é sócio efetivo da Academia das Ciências de Lisboa, Vice-Presidente da respectiva Classe de Letras, sócio da Academia Portuguesa da História, sócio correspondente português do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, sócio correspondente da «Real Academia de la Historia» (Madrid) e da «Academia Nacional de la Historia», da Venezuela. É também professor da Universidade Católica Portuguesa.

Medidas Assecuratórias e Reparação do Dano no Processo Penal

José Paulo Baltazar Junior*

Não raro o crime causa danos, sendo fato que gera repercussões para além do campo penal, determinando um direito à indenização em favor da vítima. De acordo com o inc. I do art. 91 do CP a condenação torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, em decisão que é vinculante para efeitos civis (CC, art. 935), tendo a natureza de efeito secundário ou acessório da sentença.

O tratamento da vítima no processo penal passou por várias fases. Na época do protagonismo, a vingança era privada e a reparação podia até mesmo ser comprada mediante pagamento à vítima, na chamada clemência remunerada. Posteriormente, a vítima entra em uma fase de ostracismo, em que o Estado assume o papel central na persecução penal e a vítima é passada a um plano secundário. Contemporaneamente fala-se em redescoberta da vítima e, em consequência, no aumento da preocupação com a reparação do dano no âmbito do processo penal.

A fim de concretizar a reparação do dano, têm especial relevo as medidas assecuratórias, de natureza cautelar, adotadas justamente com o fim de assegurar a indenização ou reparação à vítima, pagamento de despesas processuais ou penas pecuniárias ao Estado ou mesmo a evitar que o réu obtenha

lucro com a atividade criminosa.

As medidas assecuratórias não se confundem com a busca e apreensão, que tem por objeto o material probatório e como finalidade o resguardo dos meios de prova, estando fundada no art. 6º, II, do CPP e regulada, quanto aos requisitos e modo de execução, nos arts. 240 a 250 do mesmo diploma legal. A devolução de tais bens não está sujeita a prazo fixo, sendo mantida a medida enquanto as coisas interessarem ao processo, nos termos do art. 118 do CPP.

No regime do CPP as medidas assecuratórias são o seqüestro, o arresto e a hipoteca legal.

O seqüestro, que pode ser decretado pelo juiz, de ofício, a requerimento do MP ou da autoridade policial (CPP, art. 127), tem por objeto os bens móveis (CPP, art. 132) ou imóveis (CPP, art. 125) que tenham sido adquiridos com o proveito do crime, exigindo-se, para sua decretação, a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (CPP, art. 126).

Ao contrário do seqüestro, o arresto não requer a prova ou mesmo indícios da proveniência ilícita dos bens, podendo recair sobre qualquer bem do patrimônio do investigado ou indiciado, ainda que adquirido antes da infração ou tenha origem lícita, desde que

haja certeza da infração e indícios da autoria (CPP, art. 134).

O arresto é uma medida preparatória da hipoteca legal, que pode, igualmente, recair sobre todo o patrimônio do investigado ou acusado, até o limite do valor da estimativa da responsabilidade civil, sob os mesmos requisitos de certeza da infração e indícios da autoria.

Quer dizer, o arresto é convertido em hipoteca legal, ficando os bens vinculados à solução da ação penal. Se o réu for absolvido ou for extinta a punibilidade, os bens lhe serão devolvidos. Ao contrário, se for condenado, os autos serão remetidos ao juízo civil para alienação e satisfação do crédito da vítima.

Há ainda regimes especiais de medidas assecuratórias, ampliativos quanto à abrangência e legitimidade, para crimes cometidos: a) contra a Fazenda Pública (DL 3240/41); b) de lavagem de dinheiro (Lei 9613/98, arts 4º a 7º); e c) da Lei Antidrogas (Lei 11.343/06, art. 62).

Especial preocupação deve ser tomada com relação à conservação dos bens constritos, pois não servirão aos fins da medida os bens que se deteriorarem no longo curso da ação penal, já que a destinação definitiva pressupõe o trânsito em julgado da

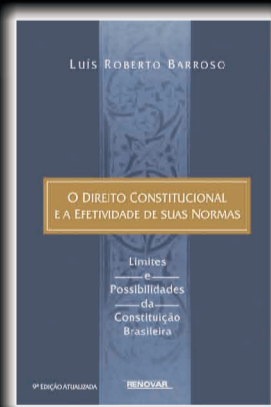
condenação. Recomendável, portanto, que os bens imóveis permaneçam na posse do acusado, registrando-se a medida cautelar no registro imobiliário. Já os bens móveis e, em especial, os veículos, deverão ser objeto de autorização de uso por parte da autoridade policial, quando a legislação o permitir, como no caso de crimes de drogas ou lavagem de dinheiro. Do contrário, recomenda-se a alienação antecipada, mediante leilão, como autoriza o § 5º do art. 120 do CPP, depositando-se o produto da venda em conta judicial, para destinação por ocasião da conclusão da ação penal.

A popularização da adoção das medidas assecuratórias contribuirá para uma justiça penal mais eficaz, evitando a dilapidação e o desvio dos bens do patrimônio daqueles que causam, criminosamente, danos a terceiros ou ao erário, locupletando-se à custa das vítimas. Servem, em suma, para fazer com que, de fato, o crime não compense.

* Juiz Federal Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça, Mestre e Doutorando em Direito (UFRGS). Entre as obras publicadas pela Editora Livraria do Advogado: Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social (8ª. Ed., 2008) e Crimes Federais (4ª. Ed., 2008, no prelo), além de vários artigos em revistas especializadas e obras coletivas.

Livraria Editora

RENOVAR



O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas
Luís Roberto Barroso

9ª Ed., 2009

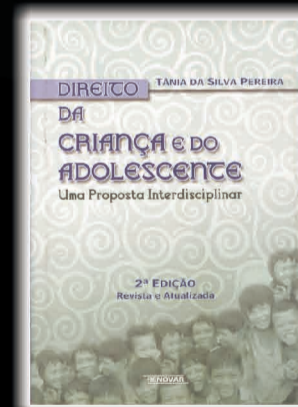
R\$ 49,00



Direito Civil Introdução
Francisco Amaral

7ª Ed., 2008

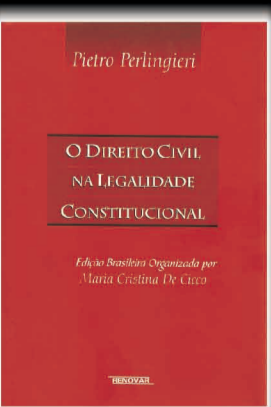
R\$ 128,00



Direito da Criança e do Adolescente
Tânia da Silva Pereira

2ª Ed., 2008

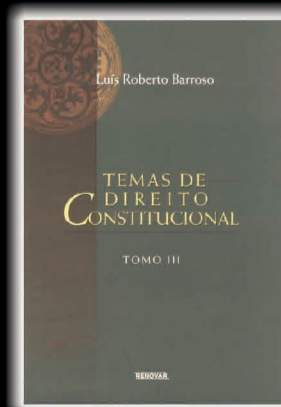
R\$ 196,60



O Direito Civil na Legalidade Constitucional
Pietro Perlingieri

1ª Ed., 2008

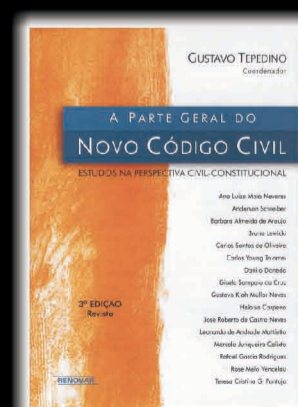
R\$ 197,00



Temas de Direito Constitucional TOMO III
Luís Roberto Barroso

2ª Ed., 2008

R\$ 110,00



A Parte Geral do Novo Código Civil
Gustavo Tepedino (Coord.)

3ª Ed., 2007

R\$ 94,00

www.editorarenovar.com.br
regis@editorarenovar.com.br

Decadência e prescrição à luz da súmula 10

Ives Gandra*

A redação ofertada pelo S.T.F. à Súmula Vinculante de n. 10 tem provocado perplexidade nos meios jurídicos e está a merecer, por parte do Pretório Excelso, maior explicitação quanto ao seu conteúdo.

É que, pela literal interpretação do texto sumulado, a partir de sua edição, nenhum magistrado de 1ª e 2ª instâncias ou de Tribunais Superiores poderá decidir sobre questões que envolvam direta ou indiretamente inconstitucionalidades, a não ser que o plenário dos Tribunais declare o dispositivo inconstitucional.

O artigo 97 da C.F. não tem dicção tão radical. Trata, apenas, de declaração formal de inconstitucionalidade, estando assim redigido: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei

ou ato normativo do Poder Público”.

A Súmula 10, cuja dicção é a seguinte: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”, não trata de declaração formal, mas de afastamento da incidência de norma inconstitucional, em controle difuso, com o que, de rigor, veda a qualquer magistrado de 1ª e 2ª instância ou dos Tribunais Superiores, monocraticamente ou em Câmaras e Turmas, decidir sobre qualquer questão que envolva a constitucionalidade de normas, para afastá-las.

O controle difuso é, portanto, fulminado pela Súmula. Os magistrados – se for esta a interpretação da Suprema Corte, que não creio – terão que se julgar incompetentes

para decidir questões que envolvam, direta ou indiretamente, a alegação de incidência inconstitucional de norma. Os mandados de segurança passam a ser peças de arqueologia tributária, pois qualquer lesão a direito individual implica necessariamente uma inconstitucionalidade. As turmas e Câmaras de Direito Público perdem sua razão de ser, visto que, no que diz respeito principalmente ao direito público, o afastamento de normas quando sua incidência viola a Constituição – que conta com 344 artigos (250 normas permanentes e 94 transitórias) – é matéria recorrente em suas decisões.

Pior ainda, o Supremo Tribunal Federal e os órgãos especiais dos Tribunais Federais e Estaduais do país, ficarão entulhados de processos, visto que para as matérias que, em controle difuso, foram levantadas questões constitucionais, todos os magistrados

passarão a ser incompetentes para julgá-las.

A referida Súmula, para além de desbordar do art. 97, reformula, portanto, toda a tradição do direito brasileiro, desde a introdução, há mais de 100 anos, do mandado de segurança, mediante o qual pode qualquer magistrado de 1ª instância afastar norma cuja incidência se mostre inconstitucional.

A matéria merece profunda reflexão de juristas, professores e magistrados. E da própria Suprema Corte.

* Professor emérito das universidades Mackenzie, Paulista e da ECEME – Escola de Comando do Estado Maior do Exército. Presidente do Conselho da Academia Internacional de Direito e Economia. Autor de mais de 40 livros individualmente, 150 em co-autoria e 800 estudos sobre assuntos diversos, como direito, filosofia, história, literatura e música, traduzidos em mais de dez línguas em 17 países.

Globalização e mercado de trabalho: um estudo sobre a situação dos brasileiros em Portugal

Marco Aurélio Barreto*

É sempre crescente a dimensão do discurso científico e não científico contemporâneo sobre o dogma da globalização. São notáveis as evoluções no palco das relações internacionais, numa influência de causa e efeito destas relações sobre o direito, especialmente quando envolvem questões de influência econômica.

A doutrina neoliberal sob o rótulo de globalização tem provocado discussões sobre os horizontes mundiais e as novas fronteiras, ou sendo mais exato, o novo conceito e limites destas. E, diante desse novo cenário de conotação comunitária, muitos estão sendo os conceitos em processo de revisão, especialmente no que tange às relações internacionais, na medida em que há um prevaletimento dos imperativos do sistema econômico, se evanesce um antigo padrão político e moral que até então subordinava a concepção de ordem constitucional.

Esse fenômeno implica em um novo sentido para a responsabilidade normativa face a esse Direito Comunitário, que exigirá um constante aperfeiçoamento da juridificação internacional, tendo como pressuposto a construção de uma efetiva comunidade internacional. É uma realidade que está coagindo o direito nacional a percorrer, isto é, a assunção de responsabilidade, até mesmo competências pela via supranacional.

O grande desafio para as organizações e para o próprio sistema econômico, em resumo, tem consistido na abertura de novos mercados a fim de absorver a crescente capacidade de produção de bens e serviços. Não há dúvidas que os reflexos também se manifestam na redução de postos de trabalho, novas formas de contrato de trabalho, flexibilização das normas trabalhistas, desregulamentação e achatamentos salariais.

A mudança de paradigmas exigiu e tem exigido, equilíbrio e habilidade das autoridades dos Estados. Em oportuna análise salientou Manuel Castells que “a crise real dos anos 70 não foi a dos preços do petróleo. Foi a da inabilidade do setor público para continuar a expansão de seus mercados e, dessa forma, a geração de empregos sem aumentar os impostos sobre o capital nem alimentar a inflação, mediante a oferta adicional de dinheiro e o endividamento público”.

O fato é que no debate sobre a globalização da economia é importante o papel das instituições inter-

nacionais envolvidas nesse processo e dos governos e suas instituições no patrocínio, nas restrições e na formação do livre comércio, com medidas de apoio aos agentes econômicos.

No cenário da globalização, como agente propulsor da economia encontra-se a mão-de-obra, que passou a conviver com a transformação do trabalho e do emprego na sociedade em rede.

A globalização requisita a mão-de-obra especializada, com destaque para os qualificados em administração de nível superior, os engenheiros, cientistas, dentre outros profissionais de alto nível. A mão-de-obra mais especializada de fato torna-se global e ganha a importância decisiva no desempenho das redes empresariais e políticas.

O segmento especializado goza da oportunidade de escolher o emprego em qualquer parte do mundo, face o atributo da capacidade de gerar valor agregado, o que o faz ser cobiçado e rapidamente integrado pelo mercado global de mão-de-obra. E isto significa dizer que a economia global não insere todas as atividades das pessoas, embora as afete direta ou indiretamente.

Por outro lado, existe a realidade daqueles que não têm habilidades excepcionais, porém dotados de energia, disposição, desprendimento e, em muitos casos, de desespero por melhores condições de vida. Esta mão-de-obra sofre sérias restrições impostas pelas barreiras nacionais dos estados receptores. Atualmente é expressivo o contingente de imigrantes não legalizados, especialmente para os Estados Unidos, Canadá, Japão, Austrália e Europa Ocidental, estimulados por vários fatores, em especial, os graves problemas sociais e pela falta de perspectivas em seus países de origem.

O Brasil sempre foi reconhecido, historicamente, como país receptor de mão-de-obra. A emigração é fenômeno recente na realidade brasileira e precisa ser melhor assimilado pelo Estado e pela sociedade em geral, especialmente porque já representam alguns milhões de brasileiros que se submetem a uma infinidade de problemas para adaptação e legalização no exterior, mas que já são responsáveis pela remessa de elevadas divisas, alimentando a economia nacional e contribuindo para a inclusão social de outros milhões de brasileiros.

Outro fato novo é o crescimento do fluxo destinado a Portugal, considerando que já ocupa a 5ª posição dentre os principais destinos preferidos pelos

brasileiros. E tem funcionado como portão de entrada desses emigrantes na União Européia, com o atrativo de ser considerada nação amiga, pela facilidade do idioma, bem como pelas maiores possibilidades de encontrar postos de trabalho, especialmente, considerando alguns espaços em razão da deficiente qualificação do trabalhador português, notadamente no setor de serviços e diversão.

O fato é que mesmo em Portugal, país com o qual o Brasil mantém laços históricos de amizade, os brasileiros não são tratados com dignidade, sofrem perseguições e, mesmo quando já inseridos no mercado de trabalho, apesar de contribuírem para o sistema de seguridade social, enfrentam enormes dificuldades para obter a legalização da permanência em território português. E é uma característica do fenômeno das migrações internacionais, no qual as pessoas são tratadas como coisas produtoras de trabalho ou como problemas.

Apesar do tratamento desrespeitoso dirigido aos brasileiros, importa salientar que estes imigrantes não representam um problema, mas parte das soluções do projeto estratégico europeu, haja vista que influenciam positivamente em aspectos como a falta de mão-de-obra, em vários níveis de qualificação em setores econômicos ou regiões da Europa; no déficit demográfico, no desequilíbrio financeiro dos sistemas públicos de seguridade social, haja vista o envelhecimento da população local, dentre outros.

Há uma face da emigração que interessa ao Brasil, que alivia problemas sociais internos, em especial porque gera remessas para o país de elevadas quantias de dólares por ano; promove os produtos e a cultura brasileira. Além disso, ainda em relação ao volume de remessas para o Brasil, evidencia-se a importância e a extensão das redes sociais, considerando que os emigrantes internalizam suas economias investindo em suas regiões de origem, mediante aquisições de imóveis e outros bens de consumo.

No intuito de eliminar os focos de tensões e pressões contra os brasileiros que vivem em território português em situação irregular, em 11/07/2003, foi assinado pelos governantes dos 2 países o “Acordo entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil sobre contratação recíproca de nacionais”, o denominado Acordo do LULA.

A intenção do Acordo de Reciprocidade entre

Brasil e Portugal é possibilitar a regularização de trabalhadores dos dois países que se encontram em seus territórios com situações irregulares de permanência, apesar de, em muitos dos casos, preencherem os requisitos, como residência e trabalho.

Inúmeras são as reclamações em relação aos entraves criados pela burocracia e pela legislação portuguesa, além de atitudes discriminatórias de funcionários dos órgãos governamentais portugueses relacionados com as questões de imigração e trabalho, contraditórias ao espírito do Acordo.

A escolha de Portugal como foco do trabalho deve-se ao crescente fluxo migratório de brasileiros para aquele país, com o qual o Brasil mantém históricos laços fraternos de amizade, mas onde os brasileiros enfrentam problemas relativos à legalização da permanência no território, em contradição aos termos do Acordo Bilateral em vigor, formalizado com base no Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, assinado em Porto Seguro, em 22 de Abril de 2000.

Em verdade, as fronteiras internas da União Européia encontram-se abertas para os nacionais dos Estados membros, porém, em decorrência do Acordo de Schengen – Luxemburgo –, as legislações internas foram alteradas/adequadas, de tal forma, que são muitos os dificultadores para as pessoas originárias de países não-membros. Há uma clara reserva de mercado.

Na dissertação transformada em livro e publicada pela conceituada Editora Almedina, em Coimbra/Portugal, procurou-se desenvolver a investigação e debater que fatores estariam influenciando contra a executividade do Acordo de reciprocidade de tratamento formalizado entre o Brasil e Portugal. Da mesma forma, foi possível verificar em que nível pode ocorrer a cooperação jurídica internacional, especialmente, porque, diante dos entraves legislativos e burocráticos, não raro encontra-se presente a atuação do crime organizado internacional no tráfico de pessoas e na clara exploração da mão-de-obra mantida na clandestinidade.

* Advogado, Consultor Jurídico Adjunto da Diretoria Jurídica do Banco do Brasil S/A-. Professor das disciplinas Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho nas Faculdades de Direito da Universidade Católica de Brasília e no IESB – Centro de Ensino Superior de Brasília. Mestre em Direito Internacional Econômico, pela Universidade Católica de Brasília.

O Fruto da árvore venenosa

Lucio Santoro de Constantino*

O artigo 157 do CPP, forte na nova Lei n. 11.690/2008, firma expressamente a inadmissibilidade processual das provas obtidas em violação as normas legais. Já o parágrafo primeiro, do mesmo diploma, trata da prova derivada da ilegal, outrossim, como inadmissível, a não ser que inexistia nexo de causalidade ou quando puder ser obtida por uma fonte independente. Nessa linha, o parágrafo segundo estabelece que fonte independente é aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, é capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Veja-se, então, que a teoria da prova proibida, cuja doutrina dividiu em ilícita (que viola disposição de direito material) e ilegítima (que ofende regra de caráter processual), também alcançará a intitulada prova ilegal por derivação. Assim, a prova que em si mesma é válida, mas em sua origem resta maculada, estará prejudicada pela raiz.

Logo, o chamado nexo de causalidade da prova é essencial para verificar a questão do vício legal, bem como da fonte independente.

É inegável que a questão da prova derivada, prevista no novo direito processual penal, vem inspirada em entendimento de doutrina estrangeira, forte na teoria do fruto da árvore venenosa

(the fruits of poisonous tree). Todavia, a legislação pátria não prescreve exceções ao vício por derivação, como fez o outro direito.

Assim, é possível se examinar o aval da suprema corte norte-americana sobre os limites que asseguram que a prova não estará maculada pela contaminação com a anterior ilegal, para se construir uma interpretação lógica à legislação brasileira. Conforme o direito norte-americano, a prova derivada será admitida quando ocorrer:

a) limitação da fonte independente (independent source limitation) - Quando a prova se origina de uma fonte autônoma, sem qualquer relação de dependência com a ilegalidade. Ex. A polícia ingressa em uma residência, sem mandado, e durante a invasão, com base nas informações colhidas anteriormente, obtém a ordem judicial e faz a apreensão.

b) limitação da descoberta inevitável (inevitable discover limitation) - Quando for possível que a prova seja descoberta por outros meios. Ex. Através de uma confissão obtida por tortura se chega ao encontro da arma do crime. Porém, frente às investigações que existiam, se conclui que a arma seria inevitavelmente descoberta.

c) limitação da contaminação expurgada (purged taint limitation) ou conexão atenuada

(attenuated connection limitation) - Quando a prova estiver viciada e surgir um determinado fato que venha a purgá-la. Ex. Agentes interceptam ilegalmente uma conversa telefônica e chegam até o criminoso que de forma espontânea confessa o delito.

d) limitação da boa-fé (the good faith exception) - Quando a prova for produzida com total pureza de intenção, que existe credo de se estar dentro dos termos legais. Ex. Cumpre-se o mandado de apreensão, o qual se acredita estar na forma da lei, porém posteriormente o mesmo é invalidado.

Dessa forma, as exceções trazidas pela teoria norte-americana dos frutos da árvore proibida podem servir de paradigma para as necessárias interpretações da legislação brasileira. Por certo, não se trata de mera reprodução, mas de oportunidade para uma melhor hermenêutica.



CARLOS BAILON

*Advogado criminalista e Presidente da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado do Rio Grande do Sul.

Tréplica sem réplica: por que não?

Jader Marques*

A Lei 10.689/08 provocou grandes e significativas alterações no procedimento do Tribunal do Júri. Alguns aspectos, entretanto, não foram alcançados pela reforma (pontual) do Código de Processo Penal. Veja-se o caso da divisão do tempo previsto para os debates, na Seção XII do novo procedimento. A redação dada ao art. 476, do CPP, determina que: encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

Depois da acusação, a palavra será dada para a defesa, nos termos do §3º: Finda a acusação, terá a palavra a defesa. A réplica e a tréplica estão previstas no §4º: A acusação poderá replicar e a defesa treplicar, sendo admitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário.

Apesar da nova redação, ainda vigora o entendimento de ter sido mantida a sistemática que permite ao acusador dispor do tempo de debate, já que ele decide se haverá ou não réplica. Este aspecto, aliás, é da tradição do julgamento pelo Tribunal do Júri no Brasil, ou seja, a discricionariedade do acusador em relação à existência ou não da réplica e, conseqüentemente, da tréplica. Por este raciocínio, não pode haver tréplica, sem réplica.

Seja como for, esta situação não pode ser mantida, diante da incongruência de deixar este aspecto da maior relevância para as duas partes "nas mãos" de uma delas, porque isto viola o princípio da igualdade. Não há qualquer justificativa para dotar o acusador do poder de dizer o procedimento, em prejuízo da atuação defensiva.

Ainda que se possa sustentar a impossibilidade de tréplica sem réplica, dentro de uma lógica formal, deve haver uma reflexão em torno da situação posta, segundo a qual a acusação define se prosseguirá sustentando sua tese ou se ficou satisfeita com a primeira manifestação. Esta questão deve merecer um novo tratamento, pois, no plano material, o acusador poderá utilizar a faculdade da réplica como estratégia processual, apta a gerar prejuízo para a defesa do acusado e permitir o alcance do resultado condenatório.

O acusador pode dispensar a réplica por entender que a defesa não teve êxito na exposição da tese, ou seja, há uma situação (indevida) de superioridade do acusador, incompatível com o atual estágio do processo penal. Por qualquer ângulo que se veja a questão, não há justificativa para o acusador deter o poder de dizer o procedimento, em prejuízo da defesa, pois, no embate das teses, ele poderá usar da faculdade da réplica quando entender que isto é importante para a melhor apreensão da tese acusatória. A defesa, por outro lado, não dispõe desta mesma possibilidade.

Com esta situação, o acusador sabe, desde o início do debate, como dirigir sua sustentação, pois pode contar ou não com a ampliação do tempo. A defesa, ao contrário, sempre deve estar preparada para atuar com menos tempo de exposição aos jurados, pois só pode contar com o período destinado à primeira manifestação, sendo temerário fazer o trabalho de Plenário já contando com o prosseguimento dos debates.

O direito à tréplica depende da vontade de quem acusa? Por quê?

Pela leitura da nova redação do §4o. do art. 476, não se pode afastar o raciocínio de

que: a acusação poderá replicar e a defesa (poderá) treplicar. A lei não vincula a tréplica à réplica. Ademais, é injustificada a concessão desta prerrogativa para o acusador, diante do princípio da paridade de armas que deve reger o processo penal e diante da possibilidade de manipulação antiética do tempo de debate. Caso a acusação esteja satisfeita, não há necessidade de fazer uso do tempo complementar de debate. A defesa, por outro lado, poderá sentir a necessidade de continuar a exposição da tese, não devendo ser impedida de falar e utilizar o tempo para o esclarecimento de pontos ainda obscuros ou não explicados na primeira parte.

Nesses termos, quando a defesa necessitar de mais tempo para a completa exposição da tese (defesa plena), deve requerer a concessão do direito à tréplica, embora o acusador tenha manifestado o desinteresse na réplica. O deferimento desse pedido não viola o texto legal e restaura o equilíbrio entre as partes, estando apoiado exatamente na garantia

constitucional da plenitude defensiva, que significa, em outros termos, uma defesa completa, integral, cabal, irrestrita, incondicional. Caso seja indeferido o pedido, incumbe ao defensor fazer constar o cerceamento de defesa em ata e levar o debate aos Tribunais Superiores, pela via recursal.

*Advogado Criminalista, Doutorando em Direito (Unisinos/RS), Autor do livro: TRIBUNAL DO JÚRI: Considerações Críticas à Lei nº 11.689/09 – Livraria do Advogado (Lançamento previsto para Novembro de 2008).

Maria Berenice Dias
advogados

Uma nova proposta de atuação, na busca de uma Justiça mais atenta à realidade da vida, com sensibilidade, coragem e transparência. É o primeiro escritório especializado em **Direito Homoafetivo**.

Os profissionais que integram a sociedade possuem ampla experiência e formação voltada para os ramos do **Direito das Famílias e das Sucessões**.

Maria Berenice Dias - OAB/RS 74.024
Ana Paula Neu Rechden - OAB/RS 46.194
Conrado Paulino da Rosa - OAB/RS 73.915
Glauto Lisboa Melo Júnior - OAB/RS 51.432
Marta Cauduro Oppermann - OAB/RS 61.028

advogados

Comendador Caminha, 312, conj. 401/402 Moinhos de Vento - Porto Alegre - RS
Fone (51) 3019.0080 secretaria@mbdias.com.br www.mbdias.com.br

Fundamentos de Epistemologia dos Direitos Fundamentais

Willis Santiago Guerra Filho*

Partimos do entendimento que a epistemologia jurídica, enquanto Teoria da Ciência do Direito – ou do conhecimento jurídico – pressupõe o estabelecimento de um conceito de Direito, assim como sua aplicação ao estudo dos direitos fundamentais deve produzir um conceito, jurídico, do que sejam esses direitos. Antes, porém, é preciso termos um “conceito de conceito”. Como pretendemos nos dirigir a um público mais amplo do que o dos especialistas em Direito, até para contribuir com a ruptura da mistificação que o envolve, com efeitos nefastos para a comunidade política, destinatária do Direito, vamos proceder a exposição em termos que esperamos sejam compreensíveis de um modo geral.

Produzir conceitos é algo próprio de um tipo de saber que surge, justamente, quando se começa a fazer isso de maneira explícita. Este saber é a filosofia. Esta é uma forma de saber que se diferenciou de outras justamente por buscar a elaboração de conceitos que captassem a verdade, a razão de ser, de tudo quanto fosse objeto de sua investigação, considerando esta verdade, esta razão de ser, como inerente ao objeto, seja por ser ele uma espécie de cópia imperfeita de uma idéia ou forma pura – o seu conceito –, seja por estar nele mesmo os elementos essenciais que o tornava uma espécie de um certo gênero, o qual corresponderia ao conceito. Essa divergência oporia, respectivamente, um mestre e seu discípulo, ambos célebres, Platão e Aristóteles, a quem se pode atribuir a fundação da filosofia como disciplina (de e do conhecimento), na esteira do mestre direto do primeiro (e tantos outros), Sócrates. Na atualidade – e já desde algum tempo –, disciplinas as mais diversas, em geral com caráter reconhecidamente científico – outras nem

tanto, como o direito, a teologia, a psicanálise etc. –, aplicam para seus propósitos (e, portanto, diferenciadamente) a operação filosófica de elaborar conceitos. É o que fazemos também no direito, com uma peculiaridade em relação às ciências – pelo menos, aquelas modernas, pois se o direito também o for, penso que será uma ciência antiga (ou “pós-moderna”, mais – ou menos – que simplesmente moderna): nossos conceitos vêm sendo elaborados, sob a influência da filosofia, há dois milênios e meio, já na Grécia Antiga, desde que se afirmou a filosofia como um saber diferenciado e, especialmente, sob a influência grega, na Roma Antiga. Daí que os conceitos, em Direito, têm uma longa tradição, a qual se deve levar em conta, ao trabalhar conceitos jurídicos, mas também não se pode simplesmente reproduzir esses conceitos tradicionais, caso se pretenda elaborar um conceito atualizado, pois deve-se prestar contas, também, com as necessidades do presente. E o presente traz um desafio ainda recente para os que lidam com o Direito, tanto aqui em nosso País, como também em vários outros, há pouco mais ou menos tempo que nós: elaborar de certo modo os conceitos jurídicos – ou seja, uma teoria jurídica, que tem nos conceitos um de seus aspectos principais – e fomentar uma determinada prática do Direito – a rigor, outro aspecto importante, fundamental, de uma teoria jurídica, que pelo menos desde os antigos romanos já se apresentava como uma teoria com relevância prática.

A teoria e prática do Direito que hoje se necessita, entre nós e em geral, é aquela voltada para o esclarecimento e realização do Estado de Direito nos quadros da Democracia, bem como dos direitos e garantias fundamentais, constitucionais,

que lhes são inerentes. Tais direitos podem ser entendidos como a tradução, para o plano do direito posto, dito positivo (do lat. *positum*), local, no âmbito da Constituição que temos há vinte anos, do que se considera como direitos humanos em um plano político, internacional, tal como firmado na Declaração de que este ano se comemora os sessenta anos.

A coincidência de denominações entre o tipo de conhecimento que é o Direito e o seu objeto vai além desse aspecto léxico, pois há uma dependência maior do que aquela que se verifica em outros campos de estudo entre o modo como o Direito estuda o seu objeto e aquilo que ele é – ou deve ser, pois o ser do Direito é um dever ser. Este dever ser que é o Direito, por outro lado, tem, novamente, diversos sentidos, seja aquele idealista, que é prescritivo ou normativo, seja aquele realista, que é descritivo ou empírico. Em um sentido idealista o Direito, em geral e nos seus diversos ramos, vem definido pelas várias correntes jusnaturalistas, que ao longo da história se desenvolveram – e em sentidos os mais diversos também, conforme a versão de jusnaturalismo adotada. Já o sentido realista é privilegiado por um tipo de abordagem que se torna predominante mais recentemente, e que se costuma denominar “positivismo”, havendo igualmente diversas versões dele – embora não tantas quanto as do jusnaturalismo, pois em geral haveriam versões mais sociológicas de positivismo jurídico e outras mais estritamente jurídicas, normativistas, dentre as quais se destaca aquela propugnada por Hans Kelsen e a escola vienense.

A concepção de Direito, no duplo sentido antes mencionado, que entendemos ser aquela adequada ao Direito do Estado Democrático, é uma síntese

que supera dialeticamente dicotomias e antíteses dessas outras concepções, forjadas para dar suporte ideológico a diversas formas de organização política – e também econômica, social, jurídica etc. – que não aquela, a qual formalmente adotamos em nosso País na Constituição de 1988. Essa concepção traz consigo a necessidade de uma revisão teórica de conceitos jurídicos fundamentais, atualizando-os em face de um “pós-positivismo” e do Estado Democrático de Direito, especialmente tendo em vista a centralidade que em ambos assumem os direitos fundamentais. Propomos uma epistemologia jurídica, adequada ao estudo dos direitos fundamentais e, com isso, também dos direitos humanos, que além de incorporar elementos conceituais positivistas, como o respeito à literalidade do que se encontra disposto nas normas jurídicas, elaboradas em atenção ao poder constituinte soberano do Povo, em seu benefício, também não abdica, portanto, da dimensão idealista, valorativa, do jusnaturalismo, embora procure situá-la em termos que se reconhece como ideológicos, adotando, assim, igualmente, a perspectiva das teorias críticas, de ascendência marxista.

*Livre Docente em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Professor Titular da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor dos Programas de Pós-Graduação “*stricto sensu*” em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, RJ. Professor da Pós-Graduação *latu sensu* e da Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

Súmulas vinculantes: benefícios, limites e desafios

Patrícia Perrone Campos Mellos*

A comunidade jurídica tem vivenciado, nos últimos meses, a edição de diversas súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. As opiniões se dividem entre aqueles que aplaudem a edição dos verbetes e aqueles que acreditam que o Supremo estaria legislando e interferindo na seara dos demais poderes.

Como é de conhecimento geral, as súmulas vinculantes são instrumentos bastante recentes. Foram previstas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulamentadas pela Lei 11.417/2006. As primeiras súmulas com tais efeitos foram editadas em meados de 2007.

Trata-se, portanto, de um instituto em fase de experiência e de implantação. Sua utilização demanda a atenção de toda a sociedade, a fim de que se possa efetivamente alcançar os fins para os quais foi criado e, paulatinamente, aperfeiçoar sua operação, de modo a neutralizar seus riscos.

Elas representam uma tendência crescente do ordenamento jurídico brasileiro de atribuir efeitos obrigatórios e gerais à jurisprudência produzida pelo Supremo em matéria constitucional, a exemplo do que já ocorria no controle concentrado de normas.

Trata-se de tendência que objetiva atingir alguns fins específicos. Busca-se maior segurança jurídica para os jurisdicionados, na medida em que a solução dada aos casos que embasaram a

produção da súmula deverá ser obrigatoriamente aplicada a ações idênticas. Garante-se tratamento igual a todos aqueles que se encontram em situação idêntica. Previnem-se arbitrariedades. Ganha-se em eficiência: a jurisprudência vinculante tende a provocar economia de tempo e de recursos, dispensando novas reflexões sobre matérias já pacificadas; torna mais claro o direito, desestimulando demandas aventureiras; possibilita a redução do número de litígios, funcionando como um importante instrumento para a diminuição da sobrecarga experimentada pelo Judiciário e para o aumento de sua velocidade de resposta a novos casos.

Nota-se, assim, que as súmulas vinculantes objetivam atender a demandas antigas da sociedade por um Judiciário mais eficiente, coerente e célere.

No entanto, não se conferiu à Suprema Corte um poder ilimitado na sua edição. A Emenda Constitucional nº 45/2004 exigiu, expressamente, que as mencionadas súmulas sejam produto de reiteradas decisões desta Corte sobre matéria constitucional.

Para que um verbeço vinculante seja produzido, o STF deve ter sido chamado a examinar questão idêntica por diversas vezes e deve ter produzido sobre o tema um entendimento apto a ser cristalizado em um enunciado que constituirá a súmula. O objeto desta súmula não pode ir além do que foi debatido e ficou efetivamente decidido,

colegiadamente, pelo STF, nos precedentes que a embasaram, como questões de direito necessárias à sua decisão.

Debates sobre assuntos laterais que não interferiram necessariamente no desfecho da causa, questões que não foram requeridas pelas partes ou votadas pela Corte como um todo não podem integrar o conteúdo das súmulas, sob pena de não se fundarem em reiteradas decisões do STF, como exigido pela Constituição. Nesta hipótese, haveria exercício excessivo do poder de sumular, a configurar a inconstitucionalidade do enunciado.

Respeitados tais limites, é legítima a sumulação pelo STF com efeitos vinculantes, na medida em que cabe a este dar a última palavra sobre questões constitucionais e que suas decisões devem ser respeitadas.

Além disso, as súmulas vinculantes, em virtude de sua relação com as reiteradas decisões que ensejaram a sua produção, devem, por isso mesmo, ser interpretadas à luz destas decisões. Em caso de dúvida sobre sua incidência em uma determinada hipótese, deve-se recorrer aos julgados que a embasaram e buscar esclarecer se a situação concreta neles contidas e a tese jurídica afirmada como premissa necessária a decidi-los abrangem ou não a nova situação em exame, o que nem sempre constitui tarefa simples.

Por fim, os entendimentos firmados por meio de súmulas vinculantes podem entrar em conflito com outros valores constitucionais e até mesmo com outras súmulas, em determinados casos concretos, exigindo das cortes vinculadas uma atividade interpretativa e valorativa na decisão por efetuar ou afastar a sua aplicação.

Nota-se, assim, que as súmulas vinculantes constituem um instrumento importante para aprimorar o trabalho do Judiciário e permitir que a comunidade como um todo receba dele respostas mais eficazes.

Cabe, contudo, à mesma comunidade a vigilância crítica quanto ao respeito aos limites constitucionais para a produção de tais súmulas vinculantes. Neste ponto, destaca-se a função a ser desempenhada pelas cortes vinculadas no processo de aprimoramento do sistema. Estas cortes, chamadas a aplicar os verbetes vinculantes a novos casos concretos, com suas peculiaridades, deverão interpretar, valorar e discutir o alcance normativo das súmulas, promovendo, com a corte vinculante, um diálogo que possibilite seu aperfeiçoamento.

* Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Advogada e parecerista. Professora convidada em cursos de pós-graduação oferecidos pela Fundação Getúlio Vargas.

Considerações sobre a conciliação judicial no Tribunal de Segunda Instância do Quebec

Louise Otis*

Certos fatores devem ser prioritariamente levados em consideração, antes das partes engajarem-se no caminho da conciliação judicial, para não comprometer seu êxito.

A evolução do conflito

Muitas vezes, observou-se que um certo nível de tensão deve ser atingido antes da conciliação ser vista pelas partes como uma medida de solução viável. Elas têm que ter definido sua posição em relação ao conflito antes de buscar o caminho do compromisso. Essa observação é muito relevante quanto ao momento oportuno de realizar uma sessão de conciliação.

A complexidade do conflito

A natureza e a extensão do conflito podem tornar difícil o exercício da conciliação. Assim, alguns conflitos colocam frente a frente várias partes ou levantam questões jurídicas bastante complexas. Essas observações devem ser cuidadosamente avaliadas antes da realização da sessão de conciliação para não alterar o seu desenrolar. Hoje em dia, a negociação entre várias partes é cada vez mais freqüente e existem técnicas de apoio que permitem simplificar o processo, conservando-lhe a agilidade. Essas negociações não apresentam dificuldades maiores que as negociações duais, se o processo for cuidadosamente preparado e o juiz conciliador compreender bem o que está em jogo e os interesses da cada uma das partes litigantes. Se o juiz conciliador chegar a ter certeza que a complexidade do processo irá impedir a conclusão de qualquer transação, lhe é sempre facultado limitar a conciliação a determinadas partes litigantes ou a certas questões em litígio e deixar o sistema de justiça contraditória resolver os demais aspectos do conflito. Desse modo, ele poderá desatar pelo menos parte do litígio judicial.

A vontade real de resolver o conflito

Certas partes podem, inconscientemente, desejar a conciliação judicial com o único intuito de manter e de prolongar a relação conflituosa que existe com a outra parte, e não de encontrar uma solução definitiva para o litígio. Acontece, também, que uma parte enceta o caminho da negociação com o único objetivo de reforçar seu dossiê factual para consolidar sua posição jurídica. Esses casos são raros, porém, eles devem ser rapidamente detectados pelo juiz conciliador. No intuito de garantir o êxito da conciliação e a gestão eficiente do seu tempo, o juiz conciliador

deve prontamente assegurar-se da real vontade das partes em encontrar uma solução final para o litígio que as opõe. A esse respeito, a conferência telefônica constitui uma ferramenta ímpar.

A relação de forças

O equilíbrio das forças conflituosas constitui um elemento de vital importância nas negociações que visam à procura de uma conciliação. Determinados fatores podem prejudicar esse equilíbrio e comprometer o desenrolar da conciliação. O juiz conciliador deve conhecer bem a dinâmica relacional que existe entre as partes antes de iniciar o processo de conciliação judicial.

Eis, sem entrar nos pormenores, esse método pragmático de solução dos conflitos que quer apresentar, para os litigantes, uma nova relação para com o direito e, para os magistrados, um enriquecimento da sua missão tradicional de fazer justiça através da construção de um diálogo judicial até então desconhecido.

A instauração do primeiro programa de conciliação judicial no Tribunal de segunda instância representou efetivamente uma mudança considerável na maneira de conceber e de fazer justiça. Associar a justiça participativa, encarnada na solução negociada, à justiça de autoridade, fundamentada no ato de julgar, precisava de um ato de fé na maturidade coletiva dos litigantes e da colaboração indefectível do mundo judicial.

O desenrolar da sessão

Em geral, seis etapas são seguidas no desenrolar das sessões de conciliação judicial no Tribunal de segunda instância do Quebec. Cada uma dessas etapas tem um objetivo, implica uma ação positiva e leva a um resultado.

O consentimento

Esta etapa diz respeito à vontade comum de conciliação. Conseguir o consentimento para a conciliação é dar vida ao próprio processo. No Tribunal de segunda instância do Quebec, o consentimento emana de uma demanda conjunta, assinada pelas partes litigantes e, se for o caso, pelos seus advogados. Se o juiz conciliador julgar que o objeto da controvérsia é passível de solução amigável do conflito, ele poderá realizar uma conferência telefônica para recomendar a conciliação. Muitas vezes, a recusa em aceitar uma demanda con-

junta resulta simplesmente do desconhecimento do procedimento, de reservas quanto à sua confidencialidade ou, ainda, de informações incorretas.

A abertura

Em geral, será o primeiro encontro entre o juiz conciliador, as partes e os advogados. Durante o processo de acolhida, o juiz conciliador vai expor às partes e aos advogados, em sessão plenária, o objetivo da conciliação e o desenrolar da sessão. Ele os tranquilizará quanto à confidencialidade da conciliação e os convidará a expor seu ponto de vista, de maneira preliminar.

A comunicação

Nessa etapa da sessão de conciliação, as partes, em sessão individual ou plenária, irão transmitir ao juiz conciliador as informações que julgam indispensáveis, o que possibilitará medir com exatidão a natureza do conflito que as opõe (conflitos de dados, conflitos de interesses, conflitos estruturais, conflitos de valores, conflitos relacionais etc.).

Durante a comunicação, poderá ter-se a impressão de que o discurso é improdutivo e, especialmente, inesgotável. Todavia, trata-se de uma das etapas mais relevantes do processo de conciliação. A título de exemplo, antes de fabricar um móvel, como um armário cavilhado, o marceneiro vai dedicar um tempo a recortar e juntar suas peças: cavilhas de madeira, peças torneadas, etc. Quando todas as peças estão espalhadas de modo linear na mesa de montagem, enxerga-se apenas uma massa sem forma e, em aparência, totalmente sem harmonia. Todavia, para o marceneiro, o armário inteiro já lhe aparece diante dos olhos, peça por peça, até que ele finalmente faça a montagem. Do mesmo modo, essa etapa da comunicação, ainda que aparente ser desordenada e estéril, constitui efetivamente a etapa onde o juiz conciliador experiente já enxerga o acordo em potencial a elaborar-se diante dos seus olhos, cláusula por cláusula.

A negociação

A negociação é a etapa da inovação ou da criatividade. Quando as partes confrontadas com um conflito aparentemente insolúvel se apresentam na sessão de conciliação, elas, muitas vezes, se sentem premidas, de pés e mãos atados. Para escapar desse beco sem saída, as partes vão ter de ser criativas: elas deverão ter imaginação e criar uma saída. Terão que se mexer, se

empenhar, caso contrário, elas vão ficar estratificadas no litígio judicial! Uma fábula do Mali, citada por Aminata Traoré, narra que nos Bamawanw, existe uma lenda chamada de "a pequena dança indançável". Se o dançarino der um passo para trás, seu pai morre, se der um passo para frente, sua mãe falece e, se ele não dançar, ele morre. Ele está preso numa armadilha. O que vai fazer o dançarino condenado à morte? Ele terá que ser criativo, ele terá que voar. Eis, portanto, a essência da negociação: a busca por uma solução viável e, às vezes, vital para ambas as partes. Quando a negociação é iniciada, as palavras são raras, cuidadosamente medidas, o fluxo é lento e o movimento se inicia. Com prudência, as partes chegam lentamente a voar para elevar-se acima do terreno minado do conflito.

A decisão

Essa etapa visa colocar a decisão em prática, ou seja, a redação do acordo que será depois homologado pelo Tribunal. Essa etapa de fundamental importância é entregue à responsabilidade dos advogados e o juiz conciliador deixará a sala de conciliação até que o acordo seja concluído. Acontece, no decorrer da redação do acordo, que medidas transitórias tenham que ser acomodadas para aprimorar a decisão das partes e, caso esse fato ocorra, o juiz conciliador volta a seu papel de facilitador.

O encerramento

Essa última etapa marca o final da sessão de conciliação. O juiz conciliador procede à leitura da decisão das partes, assegura-se de que o consentimento ainda está vivo e que sua expressão foi juridicamente traduzida na redação do acordo, que é então assinado pelas partes.

A leitura da decisão será feita em sessão plenária. Ela vai permitir que as partes tomem consciência da sua capacidade inerente de encontrar, por si mesmas, uma solução para sua controvérsia. Na realidade, o juiz conciliador, ao mesmo tempo em que atuou como intermediário na solução do litígio judicial terá ensinado às partes uma maneira de resolver os conflitos que podem surgir no seu dia-a-dia.

* Juíza no Tribunal de segunda instância do Quebec, Édifice Ernest-Cormier, 100 rue Notre-Dame Est, Montréal, Québec H2Y 4B6; ela instaurou, em 1998, o primeiro programa de conciliação judicial em segunda instância.

EXAME DE ORDEM

EAD

CURSO INTENSIVO - 1ª FASE com ênfase em resolução de questões da CESPE UNB

Início: 01/12/08

Carga horária: 180 h/a

Término previsto: 17/01/09

Segunda a sábado. Turno: manhã

Aulas ao vivo ou gravações disponíveis no site

51 3028.4888

IDC

CARREIRAS JURÍDICAS

www.idc.org.br/ead

Radio
Esperança
1390 am

Esperança Notícias
2ª edição

com Mauro Sérgio

Ouçã de segunda à sexta
das 16h às 18h no 1390 AM

Acesse

www.radioesperanca.com.br

Faça do nosso escritório seu correspondente em Brasília.

A Moretto & Pacheco presta serviços jurídicos de forma ágil e segura, a fim de encurtar distâncias.

Nossos serviços garantem economia e satisfação:

- Sustentação oral;
- Audiências em Tribunais Superiores;
- Acompanhamento de demandas;
- Carga dos autos;
- Protocolos;
- Cópias.

Visite nosso site para mais informações.

Moretto & Pacheco
Advogados Associados
www.moretopacheco.com.br

I Mostra Internacional de Cinema Jurídico de SC

Carmela Grune*

No dia 30 de outubro de 2008, a CAASC - Caixa de Assistência dos Advogados de Santa Catarina e o Jornal Estado de Direito com o apoio das Embaixadas da Ucrânia, Portugal e Canadá, realizou a I Mostra Internacional de Cinema Jurídico, no auditório da OAB/SC.

Os filmes escolhidos para exibição foram *Holodomor na Ucrânia*, *Rasganço*, *Um filme Falado* e *O Preço da Paz*. Com a participação de Renato Kadletz, Paulo Henrique Burg Conti, Michelle Barouki e Carmela Grune. Estabelecemos um diálogo sobre a nossa realidade e o Direito – verificamos por fatos históricos, lugares e valores como podemos trabalhar uma cultura jurídica pela sua forma preventiva.

Saliento o “Holomor na Ucrânia” que fala sobre os fatos que aconteceram em 1932 e 1933 em que mais de 7 milhões de ucranianos morreram pela fome e que hoje buscam o reconhecimento como genocídio. Registro “Um filme falado” que é uma aula de história, pois através de uma viagem retratada pela mãe e filha comentam a história de cada lugar e a dificuldade de comunicação entre os povos. Já o “Rasganço” filme em que tivemos a belíssima oportunidade de ouvir o comentário do Professor Paulo que analisou a exclusão social por diversos sinais que o filme apresenta. Encerro esse registro com o filme “O Preço do Paz” que mostra as dificuldades enfrentadas pela República Democrática do Congo, na guerra civil que já fez três milhões de vítimas. Também importante salientar o trabalho que a ONU vem realizando para colaborar na busca da democracia e pacificação do país através de estudo e busca de apoio com outros países para concretizar políticas públicas tão importantes para a efetivação da paz.

Meu especial agradecimento ao Presidente da CAASC, Renato Kadletz, por colaborar e acreditar no trabalho que venho desenvolvendo na busca de uma nova cultura jurídica voltada para os valores sociais, a fraternidade e justiça social. Hoje muitas pessoas conhecem o Direito quando já estão em litígio, enfrentamos uma



cultura que busca a solução de conflitos e a diminuição de processos no Judiciário – uma solução imediata. Acredito que devemos também pensar a longo prazo, observando a base da educação familiar e escolar - demonstrada pelos nossos valores – pela maneira que enfrentamos as dificuldades.

Desejo que mais empresas, instituições nacionais e internacionais colaborem nesse Projeto, pois somente com apoio efetivo poderemos efetivar uma cultura jurídica solidária. Agradeço a todos a possibilidade de continuar a oferecer gratuitamente o conhecimento jurídico através dos eventos e do Jornal Estado de Direito.

As ações de indenização por acidente do trabalho e a atual prestação jurisdicional

Maurício de Carvalho Góes*

Primeiramente, esclareço que, atualmente, o tema em questão possui uma relevância ímpar, não só pela sua dimensão social, mas por todos os efeitos oriundos de alterações significativas impostas na Constituição Federal quanto à competência judiciária para apreciação das ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes do acidente do trabalho.

Imperioso destacar que a ocorrência de um acidente do trabalho, ao qual se equipara a doença ocupacional, produz, efeitos em três ramos do Direito: 1) no Direito Previdenciário, pois pode gerar a percepção de benefícios previdenciários como o auxílio-doença-acidentário e, dependendo do caso, auxílio acidente, a serem prestados pelo INSS; 2) no âmbito do Direito do Trabalho, pois é possível que o empregado “acidentado” que tenha gozado do benefício previdenciário adquira garantia de emprego por 12 (doze) meses contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, do retorno do benefício; 3) e no campo do Direito Civil, mais precisamente no que diz respeito à responsabilidade civil do empregador e aos danos materiais e morais decorrentes do infortúnio laboral.

Pois bem, nesse momento, me atendo especificamente quanto às ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes do acidente do trabalho, vez que esse tópico é o que ainda suscita mais dúvidas e debate sobre alguns aspectos, situação esse que faz emergir dificuldades aos profissionais do Direito no deslinde de questões práticas no cotidiano profissional.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, o artigo 114 da Carta Federal foi alterado, ampliando, por consequência, a competência material da Justiça do Trabalho, ou seja, além das questões atinentes à relação de emprego, a partir da Emenda, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações cujo objeto decorra de uma relação de trabalho, dentre elas ações que versarem sobre indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes da relação de trabalho (art. 114, VI, da CF).

Passados quatro anos desde a sua promulgação, o cotidiano e a prática forense estão se encarregando de adequar este novo modelo à realidade do processo e do judiciário trabalhista. Falo em adequar, vez que com a citada Emenda depara-se com um novo panorama: a Justiça Especializada do Trabalho passa a julgar causas de matéria vinculada ao Direito Civil, possuidoras de características e princípios norteadores diferentes do Direito do Trabalho, como é o caso das ações indenizatórias por acidente do trabalho.

Nesse diapasão, a primeira dificuldade se vislumbra em qual o prazo prescricional aplicar, pois sendo o direito objeto do processo vinculado ao Direito

Civil, indaga-se se o prazo prescricional para ajuizamento da ação obedecerá a previsão do Direito Civil ou integrará a regra geral do Direito do Trabalho de 2 (dois) anos a contar da extinção da relação mantida. Conveniente ressaltar que nos tribunais trabalhistas tem prevalecido, mesmo entre divergências e posicionamentos contrários, o entendimento de que o prazo prescricional é o previsto no Código Civil, qual seja 3 (três) anos do fato. Outro grande desafio aos intérpretes do Direito é examinar se a responsabilidade do empregador que está sendo questionada numa ação indenizatória é objetiva ou subjetiva. A adoção do entendimento da responsabilidade subjetiva (art. 7º, inciso XXVIII da CF) ou da responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, do Código Civil) pode alterar os rumos do ônus de provar as alegações aduzidas e postuladas no processo.

A meu ver, outro grande sintoma das dificuldades existentes em relação ao tema é o procedimento adotado pela Justiça do Trabalho na apreciação e julgamento das ações indenizatórias de acidente decorrente do trabalho, cujo andamento está se adaptando ao novo e peculiar procedimento trabalhista, qual seja a realização de audiência inaugural, a tentativa mais incisiva de conciliação, a ausência de um departamento especializado em perícias médicas, o cumprimento de prazos diferenciados, o manejo de recursos diferentes, sem falar na típica execução trabalhista, a qual possui dispositivos diferenciados do processo civil – prazos e recurso, por exemplo – e que de regra impõe uma busca mais celere pela satisfação do crédito obreiro. Como exemplo mais atual desse quadro cita-se a satisfação dos honorários periciais quando o Reclamante estiver ao abrigo da Justiça Gratuita. Conforme o artigo 790-B da Consolidação das Leis do Trabalho, se incumbir ao reclamante o pagamento dos honorários periciais e ele estiver sob o pálio da Justiça Gratuita, em tese, o perito não recebe pelo trabalho. Diante disso e no intuito de corrigir tal injustiça o nosso Tribunal Regional do Trabalho expediu o Provimento nº 1 de 2007, cujo teor filia-se à Resolução nº 35 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e determina que nos casos de concessão de Benefício da Justiça Gratuita ao reclamante que incumbia o pagamento dos honorários periciais, o Perito poderá requerer o pagamento ao Tribunal, o qual possui o teto de R\$1.000,00 (hum mil reais) para tal verba.

De outra banda, diante da prática, possível destacar que o Tribunal Regional do Trabalho do nosso Estado determinou que as ações de competência territorial

da cidade de Porto Alegre tramitem apenas na 30ª Vara do Trabalho dessa cidade, criando assim uma Vara Trabalhista especializada para o julgamento de ações indenizatórias. Com isso, das 30 Varas existentes no Foro Trabalhista de Porto Alegre, apenas a 30ª examina tal matéria. Contudo, muito embora seja notória a proficua e competente atuação da 30ª Vara do Trabalho, observo que é provável que o número elevado de processos, a complexidade da matéria discutida e o clamor social pelo fim da morosidade do Poder Judiciário talvez demovam o Tribunal da idéia de Vara Especializada e imponha o retorno de distribuição aleatória, fazendo com que todas as Varas Trabalhistas do Foro de Porto Alegre julguem ações indenizatórias por acidente do trabalho.

Ademais, importante observar que a adequação em comento é buscada pela Instrução Normativa número 27 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo teor “ajusta”, de início e provisoriamente, as dificuldades decorrentes da ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, preconizando, de forma expressa, que em matéria de relação de trabalho, processualmente, aplica-se as disposições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho, porém, ressalva alguns aspectos em que se admite a aplicação do Código de Processo Civil, como é o caso dos honorários de sucumbência, indevidos no processo do trabalho, exceto quando da concessão da Assistência Judiciária Gratuita. Nota-se que o próprio teor da mencionada Instrução Normativa é contraditória, o que, logicamente, na prática, gera problemas ou divergências na sua interpretação.

Portanto, resta evidente que a matéria concernente ao acidente do trabalho constitui-se num tema complexo e ensejador de entendimentos diversos, sendo que, na minha opinião, apenas o tempo, por meio da jurisprudência, nos indicará o rumo que a Justiça do Trabalho tomou e tomará após a promulgação da aludida Emenda Constitucional na busca por uma satisfatória prestação jurisdicional ao trabalhador.

*Advogado Trabalhista, Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Sinos - UNISINOS, Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, Professor de Direito Processual do Trabalho na Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, Professor de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho no Curso de Pós - Graduação em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, Professor e Coordenador da Especialização em Direito e Processo do Trabalho no Instituto de Desenvolvimento Cultural - IDC,



Advogada Maria Berenice Dias no painel 20 anos da Constituição

“ O II Encontro Nacional Estado de Direito no Palco das Artes do Praia de Belas foi extremamente interessante. Os debates foram ricos e permitiram uma visão crítica sobre a questão do menor e a lei. Ademais, foi abordada de forma crítica a figura da família em equilíbrio com o Estado Social e Democrático. Todos estão de parabéns, inclusive o expressivo público presente. ”

Lúcio Santoro de Constantino
Professor



Juiz do Trabalho Ricardo Fraga contribui no painel 20 anos da Constituição com fatos que marcaram o Direito do Trabalho



Psicóloga da DECA, Suzana Braun e o Professor Lúcio de Constantino no painel 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente



Professor Ricardo Aronne falou sobre o Direito Privado na Sociedade do Espetáculo: o ser perdido pelo ter

DIÁRIO DE BORDO

Retornei de Brasília no dia 17 de agosto para Porto Alegre! Chegando lá realizamos no dia 19 de agosto a palestra sobre a Lei de Tóxico com o Desembargador Canosa que já está disponível no YOUTUBE. Foi uma correria... passaram-se alguns dias já estava impressa a 16ª edição do Jornal Estado de Direito.

Nesse período visitamos faculdades e repartições públicas no Rio Grande do Sul para divulgar o II Encontro Nacional Estado de Direito, no Palco das Artes do Praia de Belas Shopping, que aconteceu em Porto Alegre, no dia 21 de outubro!

Agradeço a todos que contribuíram pela realização em especial a Administração do Shopping que nos oportuniza o espaço para aproximar toda a comunidade com a cultura jurídica. Também agradeço a Rede Serrana de Comunicação que colaborou na divulgação por meio de inserção de chamadas gravadas comigo e com a Dra. Maria Berenice Dias - vejam tudo no YOUTUBE!!

Aos queridos professores Ricardo Fraga, Maria Berenice Dias, Suzana Braun, Lúcio Santoro de Constantino e Ricardo Aronne que contribuíram com seus conhecimentos levando de uma maneira simples e didática os 20 anos da Constituição, os 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito Privado na Sociedade do Espetáculo: o ser perdido pelo ter. Ao fotógrafo Carlos Bailon que conseguiu captar as belas imagens impressas nessa página!

Em 30 de outubro com o apoio da CAASC - Caixa de Assistência dos Advogados de Santa Catarina realizamos a I Mostra Internacional de Cinema Jurídico - com filmes cedidos pelas Embaixadas do Canadá, Ucrânia e Portugal. Foi um sucesso!

A nossa meta para 2009 é poder realizar eventos em outros Estados!

Cada passo dado é fruto de um trabalho coletivo e para que possamos concretizar mais ações precisamos do apoio de cada leitor divulgando as iniciativas para financiar a logística e despesas de organização e estrutura dos eventos.

Encerramos 2008 com a 17ª edição!!

Saliento o importante papel que devemos reconhecer as empresas que possibilitam eu transmitir os acontecimentos e a própria publicação que estão lendo.

Sejam transformadores do seu meio, propaguem esse trabalho, oportunizem o acesso, é fundamental a sua participação para nossa continuidade e crescimento das atividades do Jornal Estado de Direito.

Um grande abraço,

Carmela Grüne

Seja o patrocinador oficial da Rota Jurídica e colabore com a expansão de uma iniciativa pioneira no País que tem o nobre objetivo de levar Cultura Jurídica para toda a sociedade. Informações pelo telefone (51) 3246.0242.

Promoção

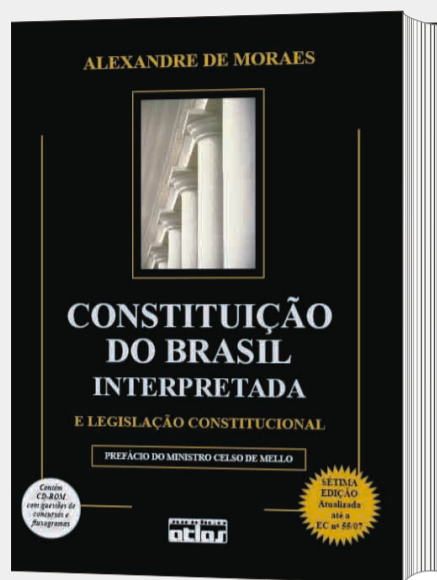
Estado de Direito!
informação **formando** opinião
www.estadodedireito.com.br

Praia de Belas
O melhor lugar do mundo é você.

Apoio

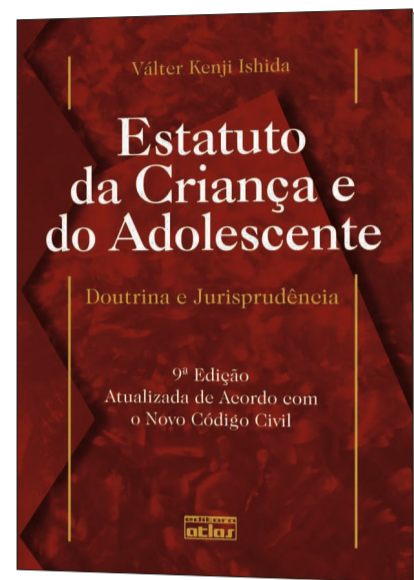


FUNDAMENTAL PARA O DESENVOLVIMENTO ACADÊMICO E PROFISSIONAL



CONSTITUIÇÃO DO BRASIL INTERPRETADA
e Legislação Constitucional
Alexandre de Moraes
2988 páginas | R\$ 315,00

Atualizada e revisada com recentes julgados do STF, do TSE e do STJ, além das novas Súmulas do STF (622 a 736), tem como grande novidade a análise da Reforma do Poder Judiciário (EC nº 45/04).



ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Doutrina e Jurisprudência
Válder Kenji Ishida
504 páginas | R\$ 77,00

Um estudo doutrinário da matéria, com divisão de acordo com os artigos do ECA, com resumo de doutrina, indicações legais e a resenha jurisprudencial atualizada e implicações do novo Código Civil no ECA.

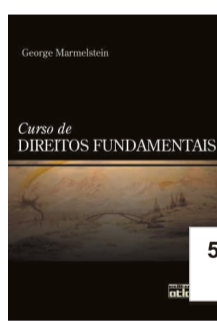
Lançamentos



264 páginas
R\$ 46,00

DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS
Sergio Pinto Martins

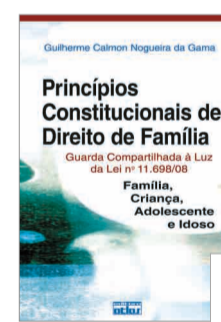
Estudo do assunto à luz da doutrina, da jurisprudência, mas também das normas internacionais, especialmente das Convenções da OIT, com o objetivo de tratar dos direitos fundamentais trabalhistas de modo geral.



552 páginas
R\$ 66,00

CURSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
George Marmelstein

Aborto, eutanásia, pesquisas com células-tronco, casamento de pessoas do mesmo sexo, racismo, tortura. Esses e outros assuntos são examinados sempre tendo como base teórica os princípios de interpretação constitucional.



304 páginas
R\$ 42,00

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA

Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08
Guilherme Calmon Nogueira da Gama

A metodologia civil-constitucional na abordagem dos princípios de Direito de Família, como orientação condizente aos novos tempos relacionados à concretização dos fundamentos e objetivos da República.

Procure em sua livraria ou ligue para **0800 17 1944**.
Você pode também comprar pelo Portal Atlas: www.EditoraAtlas.com.br