JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 140 • Abril 2012

BERNARDO CABRAL DE MANAUS PARA A HISTÓRIA

Editorial: EM RESPEITO À PRESIDENTA DA REPÚBLICA

zit GRÁFICA

Direto ao ponto

A Zit Gráfica começa 2012 e apresenta sua nova marca.

Reestilizada, atual e carregada de valores que ao longo de 42 anos a Zit construiu: seriedade, transparência, comprometimento, qualidade e objetividade em cada um destes.

Esta nova marca traz exatamente isso. A objetividade com que trabalhamos e na realização do melhor para clientes, fornecedores e parceiros, indo direto ao ponto, para que nossos relacionamentos sejam frutíferos e de longo prazo.

A Zit Gráfica está de marca nova e mais novidades virão ainda este ano, aguardem!

Rua Santa Mariana, 21 | Bonsucesso | Rio de Janeiro | (21) 2136 6969 | zit.com.br

Sumário

Foto: STF

10 Bernardo Cabral: de Manaus para a História

Foto: STF

12 O timoneiro e a travessia

Foto: STF

O Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça 21

Foto: Alerj

29 Arbitragem: a presença do advogado

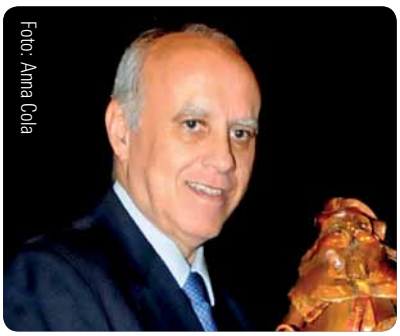


Foto: Anna Cola

O papel contramajoritário do STF 38

EDITORIAL 6

JOSÉ BERNARDO CABRAL 13

O PATRONO DAS ÁGUAS 14

CIDADÃO DO MUNDO 15

BERNARDO CABRAL UM ESTADISTA DA REPÚBLICA 16

PALADINO DA DEMOCRACIA 17

A ARBITRAGEM: DA MITOLOGIA AOS NOSSOS DIAS 18

O STF E OS DIREITOS EMERGENCIAIS 22

EM FOCO: Tribunais decidem aborto em caso de anencefalia 24

INDENIZAÇÃO POR MORTE E A FIGURA DO NÚCLEO FAMILIAR 26

DOM QUIXOTE: Remição pela leitura 32

A PRISÃO EM FLAGRANTE E A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO 34

JUSTIÇA FEDERAL E OS TRIBUNAIS DA COPA DE 2014 42

A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A ETERNA BUSCA PELO BEM-ESTAR ECONÔMICO DA SOCIEDADE 44

31 DE MARÇO DE 1964 – IGNOMÍNIA SUFOCO DO REGIME DEMOCRÁTICO 48

editora JC

Av. Rio Branco, 14 / 18º andar
Rio de Janeiro – RJ CEP: 20090-000
Tel./Fax (21) 2240-0429
editorajc@editorajc.com.br
www.editorajc.com.br

ISSN 1807-779X

ORPHEU SANTOS SALLES
Editor

TIAGO SALLES
Editor-Executivo

ERIKA BRANCO
Diretora de Redação

MARIANA FRÓES
Coordenadora de Arte e Produção

DIOGO TOMAZ
Diagramador e Manipulador de Imagens

CAROLINA SIMS
Revisora

AMANDA NÓBREGA
Responsável pela expedição

GISELLE SOUZA
Jornalista colaboradora

SUCURSAL:

BRASÍLIA
Arnaldo Gomes
SCN, Q.1 – Bl. E / Sl. 715
Edifício Central Park
Brasília – DF CEP: 70711-903
Tel. (61) 3327-1228/29

CTP, IMPRESSÃO E ACABAMENTO:
Zit Gráfica e Editora Ltda.

Filiada:

anatec

Apoio:

AMB Associação dos Magistrados Brasileiros

Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça

Instituto JUSTIÇA & CIDADANIA

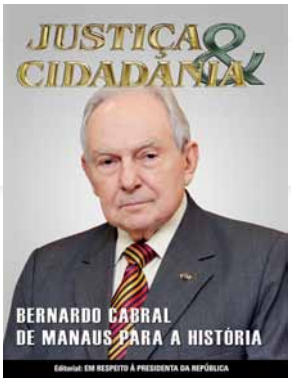


Foto: Ana Wander Bastos

EDIÇÃO 140 • ABRIL DE 2012

CONSELHO EDITORIAL

BERNARDO CABRAL
Presidente

ORPHEU SANTOS SALLES
Secretário

ADILSON VIEIRA MACABU
ANDRÉ FONTES
ANTONIO CARLOS MARTINS SOARES
ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE
ARI PARGENDLER
ARNALDO ESTEVES LIMA
ARNALDO LOPES SÜSSEKIND
AURÉLIO WANDER BASTOS
BENEDITO GONÇALVES
CARLOS ANTÔNIO NAVEGA
CARLOS AYRES BRITTO
CARLOS MÁRIO VELLOSO
CESAR ASFOR ROCHA
DALMO DE ABREU DALLARI
DARCI NORTE REBELO
EDSON CARVALHO VIDIGAL
ELIANA CALMON
ELLIS HERMYDIO FIGUEIRA
ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI
ERNANE GALVÊAS
EROS ROBERTO GRAU
FÁBIO DE SALLES MEIRELLES
FERNANDO NEVES
FREDERICO JOSÉ GUEIROS
GILMAR FERREIRA MENDES
HUMBERTO GOMES DE BARROS
IVES GANDRA MARTINS
JERSON KELMAN
JOSÉ AUGUSTO DELGADO
JOSÉ CARLOS MURTA RIBEIRO
JOSÉ GERALDO DA FONSECA
LÉLIS MARCOS TEIXEIRA
LUIS FELIPE SALOMÃO
LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
LUIZ FUX
MARCO AURÉLIO MELLO
MARCUS FAVER
MASSAMI UYEDA
MAURICIO DINEPI
MAURO CAMPBELL
MAXIMINO GONÇALVES FONTES
NELSON HENRIQUE CALANDRA
NELSON TOMAZ BRAGA
NEY PRADO
PAULO FREITAS BARATA
ROBERTO ROSAS
SERGIO CAVALIERI FILHO
SIRO DARLAN
SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA
TIAGO SALLES

www.jcom.com.br

DIÁRIOS ASSOCIADOS

VOCÊ MEDE UM JORNAL PELO BRILHO DO SEU PASSADO
E PELO FUTURO BRILHANTE QUE SEUS LEITORES TÊM PELA FRENTE.

todos nós

JORNAL DO COMMERCIO, 183 ANOS.
SEMPRE BRILHANTE. AINDA PROMISSOR.

Jornal do Commercio
BRASIL

EM RESPEITO À PRESIDENTA DA REPÚBLICA

"A luz do sol contribui para a melhoria das relações da sociedade"
Norberto Bobbio

Causam estranheza as declarações do general da reserva Luiz Eduardo Rocha Paiva, prestadas aos conceituados jornalistas Miriam Leitão e Cláudio Renato, publicadas em *O Globo* de 2 de março corrente. É incrível que um cidadão portador da mais alta patente do Exército brasileiro, portanto, militar com dever e obrigação de conhecer e se subordinar à hierarquia, além de também ser obrigado pelas lições e pelos exemplos de educação que lhes foram ministrados na Escola Militar e nos diversos cursos que frequentou até chegar ao generalato, tenha sido tão arrogante e atrevido, ao tratar a Presidenta da República com desrespeito, falta de civilidade e de obediência a que está obrigado.

A tristeza das suas declarações, que vieram acompanhadas pelos generais de reserva Luiz Cesário da Silveira Filho, Rui Alves Catão, Maynard Marques de Santa Rosa, Antônio Araújo de Medeiros e demais sediciosos, fazem lembrar a insubordinação que outros desavisados e insubordinados generais praticaram em 1964, que desaguou na quartelada insuflada pelo falastrão e intolerante político Carlos Lacerda e outras vivandeiras de quartéis, os quais levaram a Nação à ditadura militar por duas décadas. Os resultados dividiram a Pátria e deram a conhecer a sanha de militares que mancharam as fardas com os terríveis atos de sequestros, prisões, cruéis torturas, violências inomináveis contra mulheres e crianças indefesas, estupros, mortes atrozes com afogamentos, sufocamento com gazes de escapamento de veículo militar, esquartejamento de corpos e desaparecimento de cadáveres, merecendo esses algozes a alcunha dita pelo escritor italiano GIOVANNI PAPINI (1881-1956): "são gente que não tem rosto, tem focinho; não tem mãos, tem garras e se constituem em verdadeiras excrescências humanas" e que, infelizmente e por vergonha da sociedade, usavam as fardas das nossas gloriosas Forças Armadas.

As instituições Exército, Marinha e Aeronáutica não se confundem nem assimilam os desdouros e as atitudes de pessoas que mancharam uma farda, ou uma posição de mando, e se arrogavam de uma imunidade que não tinham, indivíduos que, escudados nessa premissa, praticaram vilanias, torpezas, crueldade, imoralidades e indignidades que não são compatíveis com as mínimas das rígidas normas cívicas, como ensinadas nos colégios e nas escolas militares.

Dentre os que assinaram o despropositado manifesto militar, infelizmente, causando espanto para seus inúmeros amigos e admiradores pelo inusitado, consta o nome do general de Exército aposentado Valdésio Guilherme de Figueiredo, ex-ministro do Tribunal Superior Militar, cuja ação e cujo passado profissional lhe granjearam a admiração da sociedade pela postura, integridade e pelo respeito à hierarquia, com os quais exerceu, com brilho e distinção, os vários comandos, especialmente o Comando Militar da Amazônia.

A Comissão da Verdade, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela presidenta Dilma Rousseff, é Lei, está em vigor e será posta em execução tão logo a Chefe da Nação designar os membros que deverão compô-la.

O que se propõe e vai ao encontro da vontade da Nação é o esclarecimento das barbaridades e violências cometidas

e saber quem as praticou, quem as ordenou, não importa de que lado da refrega estivessem durante a ditadura militar eclodida em 1964, para que aqueles acontecimentos e fatos ocorridos venham à luz do sol. Como pregou Norberto Bobbio: "A luz do sol contribui para a melhoria das relações da sociedade".

É o que tem de acontecer, sem que haja retaliações, revanchismo ou punições físicas, **mesmo porque os crimes praticados, de ambos os lados, foram anistiados**, mas as barbaridades cometidas não podem ser esquecidas.

Ainda que restem bolsões de inconformados com o regime democrático, procurar e divulgar informações sobre barbáries ocultadas pela ditadura é indispensável à memória histórica do País e a uma renovação do pensamento das Forças Armadas sobre o papel que desempenharam durante a ditadura militar, usadas que foram como biombo para ocultar crimes hediondos contra direitos humanos. E ninguém pode ousar insurgir-se contra isto.

Mesmo porque ninguém pode encontrar abrigo numa instituição que tem que ser a guardiã dos valores nacionais, a começar pelos preceitos fixados na Constituição Federal. Qualquer outra postura seria tentativa de subverter uma ordem democrática duramente conquistada, a custo de muitas vidas e muitos anos de esforço cívico. Seria inadmissível qualquer segmento da sociedade arrogar-se da pretensão de pautar o que deve ou não ser divulgado ou investigado.

Foto: Roberto Stuckert Filho/PR

Presidenta da República, Dilma Rousseff

Há que buscar o esclarecimento pleno desses delitos. Para isto, o trabalho da Comissão da Verdade é indispensável até para que não sejam atribuídos às Forças Armadas crimes hediondos, em qualquer tempo e sob qualquer lei, praticados por psicopatas que buscam abrigar-se sob um coletivo patriótico para escaparem impunes em sua insanidade individual.

Bem andou o embaixador Celso Amorim, Ministro da Defesa, tentando amainar a crise militar, ao transferir para os três comandantes das Forças Armadas a aplicação das punições aos oficiais da reserva, que agrediram a lei e os regulamentos castrenses, chegando a ofender a chefe maior das Forças Armadas, a presidenta Dilma Rousseff. Isso, principalmente, no que se refere a oficiais superiores do Exército, cujo comandante, general de Exército Enzo Martins Peri, goza de alto conceito, prestígio e acatamento dos seus subordinados, alicerçados na sua notória responsabilidade aos princípios hierárquicos e disciplinares das Forças Armadas.

O Governo da República tem de preservar o Estado Democrático que vivenciamos. Não pode, em circunstância alguma, tolerar a insubordinação que sediciosos praticam abertamente contra o governo constituído, tentando, inclusive, em manifestações públicas, desmoralizar a presidenta Dilma Rousseff. Permitir isso seria ver instalada no país a baderna, como aconteceu em 1964 quando chefes militares envolvidos pela catilinária da UDN golpista abdicaram do devido respeito ao chefe da Nação e traíram seus compromissos com a Pátria.

Orpheu Santos Salles
Editor

NA PETROBRAS É ASSIM: A ENERGIA QUE MOVIMENTA VOCÊ TAMBÉM SE TRANSFORMA EM DESENVOLVIMENTO PARA O BRASIL.

Produzir a energia que move a sua vida e a de muita gente. Esse é um dos desafios da Petrobras, uma das maiores empresas integradas de energia do mundo. A mais de 6 mil metros no fundo do mar ou bem perto de você, a Petrobras quer continuar construindo o futuro com tecnologia, emprego, respeito e compromisso com os brasileiros.

www.petrobras.com.br

HEADS

PETROBRAS

O DESAFIO É A NOSSA ENERGIA

Ministério de
Minas e Energia

GOVERNO FEDERAL
BRASIL
PAÍS RICO É PAÍS SEM POBREZA

BERNARDO CABRAL
DE MANAUS PARA A HISTÓRIA

Marco Aurélio Mello
Membro do Conselho Editorial
Ministro do STF

José Bernardo Cabral nasceu na cidade de Manaus em 27 de março de 1932. Próximo a completar oitenta anos, possui currículo exemplar, tendo ocupado postos-chave no cenário nacional – Deputado Estadual e Federal, Senador, Ministro da Justiça, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, membro e relator da Assembleia Nacional Constituinte. Segundo a tradição francesa, há pessoas cujo nome dispensa o pronome de tratamento ou a menção a cargos exercidos, por ser uma referência por si só. Assim é o caso de Bernardo Cabral. Entretanto, em benefício da memória pública e das gerações futuras, com grande honra, aceitei a incumbência de prestar esta singela homenagem, que perpassa pela lembrança das realizações desse homem público.

Obteve o bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas aos vinte e um anos – o mais jovem na turma em que se graduou. Imediatamente, tornou-se advogado e, destacando-se no ofício, veio a ocupar, sucessivamente, as funções de Delegado, Promotor de Justiça, Chefe de Polícia e Secretário de Segurança Pública, sempre no Estado de origem. Aos vinte e sete, foi nomeado Chefe da Casa Civil do Governo e, em seguida, Procurador do Estado do Amazonas. Ainda moço, aos trinta anos, chegou a ter assento na Assembleia Legislativa do Estado natal, na legislatura de 1962 a 1966.

Se o prólogo já revela uma existência em que caberiam muitas vidas, a partir daí, Bernardo Cabral assumiu papel de protagonista na vida política brasileira, passando a influenciar o futuro dos concidadãos. Nas eleições subsequentes, aos trinta e cinco anos, elegeu-se Deputado Federal. Infelizmente, permaneceu no cargo por apenas um ano, porque teve o mandato cassado pelo Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, em razão de opiniões emitidas, nos meios de comunicação, que causaram incômodo à ditadura então insurgente. A cassação suspendeu a trajetória política de Bernardo Cabral pelo período de dez anos, mas, mesmo assim, ele se manteve fiel à causa pública. Logo se mudou para o Rio de Janeiro, momento em que se destacou na defesa de presos políticos e na divulgação das ilegalidades e violações a direitos humanos cometidas pelo regime militar. Escusado dizer que o fazia sob o risco da própria vida e liberdade.

Apenas para elucidar o clima da época, vale relembrar a carta-bomba encaminhada, em 1980, ao então Presidente da Ordem, Eduardo Seabra Fagundes, que resultou na morte da secretária Lyda Monteiro da Silva, que abrira a correspondência. No dia do atentado, em resposta ao incidente, Bernardo Cabral, com outros treze advogados de primeira grandeza, foi nomeado para integrar a Comissão de Direitos Humanos da entidade.

A vocação para a liderança levou-o ao cargo de Presidente da Ordem, no biênio 1981/1983. Nessa posição, empreendeu duras críticas ao recorrente desrespeito à Carta Federal por parte do governo militar. Em 1982, denunciou as manobras do regime para evitar a vitória da oposição nas eleições legislativas de novembro daquele ano. Segundo conta John W. F. Dulle – biógrafo do advogado Sobral Pinto –, encaminhava telegramas ao Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, solicitando providências quanto aos assuntos defendidos por Sobral e Heleno Fragoso, todos relacionados à militância política. E assim se expunha às duras reprimendas do regime

Foto: Fellipe Sampaio/SCO/STF

e dos grupos de extrema-direita. Afinal, foi durante o mandato de Bernardo Cabral que ocorreu o atentado ao Riocentro, menos de um ano após o episódio da carta-bomba. A explosão precoce do artefato acabou ocasionando a morte de um dos militares que o transportava.

A contribuição inestimável para a República Federativa do Brasil veio no final da década de 1980. Com os direitos políticos restabelecidos, voltou a ser eleito Deputado Federal para exercer mandato entre 1987 e 1991, compondo a Assembleia Nacional Constituinte. Em votação dramática, venceu a disputa pela relatoria da comissão de sistematização dos trabalhos realizados pelas subcomissões da Constituinte, aclamado pela bancada do Partido da Mobilização Democrática Brasileira. Conhecido pelo caráter conciliador e vivaz, capaz de dialogar com interlocutores de diversas vertentes políticas, logrou, com trabalho e paciência, desvencilhar-se de armadilhas oriundas de grupos de pressão, lobistas e políticos insatisfeitos. Entregou, alfim, o documento democrático produzido pela política brasileira.

Sempre manteve excelentes relações com o Poder Judiciário. Ao lado de comissão formada pelos Juízes do Tribunal Federal de Recursos, lutou, na Constituinte, pela criação do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Como homem público, anteviu que a expansão do acesso à justiça causaria o abarrotamento dos Tribunais. Sem a regionalização, a Justiça Federal estaria paralisada. Colaborou com a inserção constitucional da autonomia financeira da magistratura, evitando que as promoções de juízes dependessem da concordância do Poder Executivo. Defendeu a aprovação das emendas supressivas atinentes à arguição de relevância e ao Conselho Nacional de Justiça, que acabariam por surgir com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Notabilizou-se na preferência pelo regime parlamentar e pelo voto distrital misto, temas que, de tempos em tempos – como se um cometa fossem –, reaparecem no cenário brasileiro.

Em 1990, ocupou por sete meses o cargo de Ministro da Justiça do Governo Fernando Collor de Mello. Retornou ao parlamento, para exercer o mandato de Senador da República, entre 1995 e 2003. Ainda no campo da defesa do Judiciário, sustentou a criação dos Regionais Federais da 6ª e 7ª regiões, até hoje pendente. Com justiça, foi agraciado com o título de doutor *honoris causa* pela Universidade Federal do Amazonas e pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e condecorado pelo Brasil e por instituições de diversos outros países. Na carreira acadêmica, lecionou em prestigiosas universidades estrangeiras. O essencial, como costuma dizer o homenageado, é o pergaminho da experiência de vida.

Com o término da Constituinte e a promulgação da Carta, tornou-se árduo defensor da efetividade do novo marco político e social brasileiro. Essa tem sido a bandeira. O tempo fez compreender o laconismo das respostas que dava aos detratores da Constituinte: em meio a crises institucionais e ao reformismo crônico, a Lei Maior de 1988 sobreviveu, refletindo as esperanças de um futuro melhor para a República Federativa do Brasil. Se, em pouco mais de duas décadas, caminhamos do regime de exceção à supremacia da Constituição, parte desse fenômeno se deve ao idealismo e à luta política de Bernardo Cabral.

O TIMONEIRO E A TRAVESSIA

Foto: Revista JC

Gilmar Mendes
Membro do Conselho Editorial
Ministro do STF

Sim, lá se vão vinte e cinco anos da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, o bastante para que a marcha implacável dos ciclos apague da memória os mais impactantes fatos, os mais impressionantes feitos. Por isso, vez por outra é preciso retomar a nau do tempo, colocá-la novamente em mares navegáveis, de modo a não deixar partir-se o fio tênue da História.

Portanto, para bem dimensionar o tamanho da engenharia política necessária para extrair daquele caldeirão efervescente o documento que iria alicerçar a redemocratização do Brasil, é preciso, antes de qualquer coisa, contextualizar a jornada daquela Constituinte: saíamos de ditadura tão truculenta quanto longeva; não fora eleito parlamento dedicado exclusivamente à excruciante tarefa de erigir nova ordem constitucional; nosso afã de independência barrara desde o início a importação de modelos externos ou pré-fabricados – tanto quanto possível, a Constituição teria a marca inédita da nossa própria individualidade, como se, assim, pudéssemos pôr a salvo nossa suprema brasilidade, adensando-a cada vez mais como traço diferencial decisivo.

Lá fora, o mundo também fervilhava: a disputa ideológica entre os regimes capitalista e comunista chegava ao clímax com a queda do muro de Berlim e a implosão da Cortina de Ferro. A bordo de revolução tecnológica sem precedentes, a globalização batia à porta, impaciente, avassaladora. Como nunca, as palavras de ordem se condensavam mais e mais num só verbete: liberdade.

Era preciso, então, timoneiro à altura da desafiante empreitada de construir nova ordem constitucional, capaz de reunir num só bornal conhecimento técnico, liderança, experiência; haveria de trazer consigo o brilho da lucidez, da acuidade intelectual, a marca do descortino, o pendor inato para a conciliação e o respeito irrestrito à alteridade.

Jurista, jornalista, parlamentar cassado pela força militar, Bernardo Cabral afigurou-se de pronto como opção natural para assumir o extenuante encargo de Relator dos trabalhos constituintes. Foi também escolha emblemática: só quem sentiu no próprio dorso o açoite do algoz consegue bem aquilatar o pleno valor da liberdade; quem combateu o obscurantismo autoritário sabe como ninguém reverenciar a aura sempre benfazeja da soberania democrática.

À luz da trajetória coerente e corajosa de Cabral, compreende-se perfeitamente o documento progressista que, dois séculos depois da Independência, injetou nas veias do País – de uma vez por todas – "o ar saudável das liberdades públicas e civis", para usar as sempre apropriadas palavras do mais ilustre dos amazonenses.

De fato, somente um democrata empedernido – no caso, por convicção e natureza – poderia conciliar com tanta lhaneza o que, à primeira vista, transparecia inegociável, tal o conflito de interesses a envolver, num momento de transição da história política, temas tão díspares quanto anistia, reforma agrária, recursos minerais e divisão de competências e receitas tributárias. Ao fim, prevaleceu, felizmente, a moderação criteriosa que sobrepôs os interesses coletivos aos do Estado gigante e perdulário, que consagrou, como traço modernizador da Carta, a notória vertente antidiscriminatória dos cidadãos.

E tudo isso num cenário que contava com o ingrediente admirável e inédito da mobilização dos cidadãos no intuito de apresentar sugestões ao novo texto constitucional: ali, no máximo da participação democrática, vivia-se o momento "em que a atividade política era *res publica*, coisa de todos, de todos nós, brasileiros", como bem sintetizou o então Relator da Constituinte.

A Constituição de 1988, além de passaporte para a maturidade política, é o sustentáculo do Estado de Direito brasileiro, cada vez mais forte, dia após dia revigorado que é com o aperfeiçoamento das instituições democráticas, com o aprendizado diuturno da cidadania cotidiana. Orgulhamo-nos desse diploma que nos dá condição de sermos considerados um povo moral, ética e politicamente desenvolvido. E agradecemos à liderança sempre tão competente de homens como Bernardo Cabral, cuja missão como brasileiro imprescindível longe está do desfecho. Basta lembrar – num átimo, porque urge encerrar esta homenagem – o papel ímpar que desempenhou na Reforma do Judiciário, delineando as diretrizes, contornando obstáculos, pavimentando os acessos para que a Justiça pátria se tornasse, para além de reduto da cidadania, a viga mestra do Estado Constitucional.

Longa vida, então, ao grande mestre Bernardo Cabral! Paz, saúde, felicidade, caro amigo! É o que os brasileiros, sinceramente reconhecidos e em uníssono, sempre haveremos de lhe desejar.

JOSÉ BERNARDO CABRAL

Ernane Galvêas
Membro do Conselho Editorial
Consultor Econômico da CNC

Foto: CNC

Agradeço, sensibilizado, a oportunidade que me concede o amigo Orpheu Salles para participar da homenagem que a *Revista Justiça & Cidadania* presta, neste momento, ao querido amigo José Bernardo Cabral, na comemoração de seu 80º aniversário.

A vida do Senador Bernardo Cabral é exemplar, um cidadão e homem público, que dedicou sua carreira profissional à sua família e ao seu país. Desde cedo, Bernardo se destacou por sua inteligência privilegiada e sua vocação para o estudo dos problemas nacionais. Em 1954, foi o primeiro colocado na turma de bacharéis de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Como eu já tive oportunidade de registrar, em ocasião anterior, era a porta que se abria para o Brasil, um salto para o mundo, para uma carreira profissional vitoriosa e gloriosa.

Poucos brasileiros possuem o currículo profissional de Bernardo Cabral, que exerceu todos os cargos de sua carreira com extraordinária eficiência e espírito público.

"Os homes de bem, quando julgam o que foi a sua vida ao longo da existência, pagam o tributo alto de sua responsabilidade, mas guardam consigo as cicatrizes orgulhosas do dever cumprido". Com essas palavras, o saudoso pai de Bernardo Cabral antecipava, em muitas décadas, o que foi e tem sido a vida de seu filho.

Nosso amigo comum, Professor Ney Prado, disse de Bernardo Cabral, ao ensejo de sua posse na Academia Internacional de Direito e Economia: "A vida de Bernardo é um exemplo para todos nós, tenha sido sua experiência política como deputado estadual, deputado federal e senador e na administração pública como Ministro da Justiça. Na presidência da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Bernardo deixou o registro de sua personalidade, de sua cultura jurídica e de sua coragem cívica, angariando a admiração e o respeito de seus pares, na comunidade jurídica, de Norte a Sul do País".

Naquela mesma ocasião, disse outro amigo comum, Ives Gandra Martins, presidente de honra da Academia: "A Academia Internacional de Direito e Economia sente-se, pois, enaltecida em receber em seus quadros um talentoso brasileiro, apaixonado por ideais, e um exemplo de combatividade e destemor na defesa dos princípios, principalmente quando ameaçados pelo arbítrio. O brilho de sua inteligência, sua vasta cultura geral, sua alentada produção jurídica, sua notória competência profissional, comprovada no exercício da advocacia, do magistério, da política e, em especial, da relatoria do texto de nossa Constituição atual, o tornaram merecedor do honroso título de Membro Efetivo, outorgado pela Academia".

Conheço Bernardo Cabral há cerca de 40 anos. Sempre fomos amigos, sempre procurei em Bernardo um exemplo de vida e de patriotismo. Nos últimos dez anos, trabalhamos lado a lado na Confederação Nacional do Comércio e esse convívio diário fez aumentar a minha admiração pela cultura e elevada postura ética nos assuntos profissionais. Por tudo isso, ocorreu-me associar a figura de Bernardo à imagem de Dom Quixote (Confraria da qual ele é o *Chanceler*), sonhador, idealista, com o espírito e a imaginação voltados para a defesa dos interesses nacionais. Mas Bernardo é um Dom Quixote com os pés plantados na realidade nacional. Que sonha e realiza. Assim tem sido em toda a sua vida e em sua fulgurante carreira profissional.

O PATRONO DAS ÁGUAS

Jerson Kelman
Membro do Conselho Editorial
Diretor-presidente da Light, ex-diretor-geral da ANEEL e ex-diretor-presidente da ANA

"A água é o ouro do Século XXI"
Senador Bernardo Cabral (1997)

Bernardo Cabral é chamado de "Patrono das Águas" por justo merecimento. Relator da Constituição de 1988, da "Lei das Águas" (Lei 9.433/97) e da lei de criação da Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984/00), Cabral sempre se interessou em dotar o país do arcabouço legal e institucional para que a utilização dos corpos hídricos – rios e lagos – fosse sustentável em nosso país. Como é de seu estilo, não se limitou a encampar causas justas. Foi muito além, por meio do estudo a fundo da temática e divulgação dos resultados de suas pesquisas e reflexões.

São muitas as publicações de Bernardo Cabral sobre águas. Apenas para citar algumas, menciono *Direito Administrativo – Tema: Água* (1997), *Legislação Estadual de Recursos Hídricos* (1997), *Recursos Hídricos e o Desenvolvimento Sustentável* (1999), *A Criação da ANA* (2002) e *Quem é responsável pela administração dos rios?* (no qual, para minha máxima honra, figurei como co-autor, publicada aqui mesmo, na *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 36, 2003).

Em 2 de junho de 2000, por ocasião da Semana do Meio Ambiente, o então senador Bernardo Cabral fez um memorável discurso sobre a necessidade de criação da ANA. Disse que no Nordeste já não se usava apenas o carro-pipa, mas o "jumento-pipa" e o "homem-pipa", que carregavam água no lombo ou nas costas. Chamou a atenção para o projeto da ANA, que iniciaria suas atividades nas regiões em que a água fosse insuficiente ou de baixa qualidade, com conflitos deflagrados ou em vias de irrupção. Fez um apelo ao plenário para que, ainda naquele mês, aprovasse a criação da ANA. O apelo teve resultado. Em regime de urgência, o projeto de criação da ANA foi aprovado pelo Senado no dia 20 de junho.

Além da atuação parlamentar, Bernardo Cabral contribuiu para a implantação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Foi chefe da delegação brasileira que negociou com a Organização Meteorológica Mundial – OMM, em outubro de 2001, um importante termo de cooperação, na esfera do Tratado do Pacto Amazônico, para o aprofundamento do conhecimento sobre a hidrologia da região.

Foto: ABr

Tenho imenso orgulho de ser amigo de Bernardo Cabral. De poder, vez ou outra, conversar com ele. De sempre aprender – e muito! – com sua profunda erudição e seu conhecimento pragmático. Acima de tudo, de aprender com sua serenidade frente aos fatos bons e ruins que a vida sempre nos apresenta.

CIDADÃO DO MUNDO

Gaitano Antonaccio
Presidente da Associação Comercial do Amazonas

Mais uma justa homenagem para um filósofo da Ciência Jurídica foi a que fez a egrégia Academia Brasileira de Filosofia, para Bernardo Cabral, no dia 27 de março de 2012, evento com um duplo sabor, porque a data marca o aniversário do laureado.

Em verdade, poder-se-ia dizer, sem cometer equívocos, que o jurista, intelectual, político e filósofo Dr. José Bernardo Cabral é um homem além do seu tempo. Mas seria muito pouco para quem tem a esfinge de um *Cidadão do Mundo*. Sobre homens considerados capazes de viver além de seu tempo, pela excepcional qualidade humana, tornaram-se, assim, definidos: Leonardo da Vinci, Galileu Galilei, José Bonifácio de Andrada e Silva – o patriarca da independência do Brasil –, Van Gogh, Josué de Castro, Francisco Xavier e outros seres humanos que, com suas ideias e filosofias de vida, transformaram o mundo.

Bernardo, um incansável colecionador de lauréis, não pode ser contemplado sob determinado aspecto humano, posto que, sendo multifacetado em suas várias atribuições, faz-se necessário estudar, em cada atuação deste amazônida, o gigantismo que o acompanha desde o nascimento, quando sem escolher, Deus o agasalhou no esplendor universal de sua natureza, dando-lhe como berço para nascer, a grandeza do Amazonas.

E foi singrando as águas do maior rio do universo – o Amazonas soberbo e caudaloso – que de lá Bernardo partiu e aportou no mundo. A sua competência jurídica, a sua essência política, a larga intelectualidade, que lhe outorga a versatilidade de suas orações confeitadas pelo doce da poesia e a leveza da sedução, dão-lhe o encanto pessoal, que só as árvores frondosas da floresta amazônica permitem aos cidadãos do mundo, que sentem o sopro de suas folhas, e que com ela se casam e nunca perdem a paixão telúrica.

E por que Cidadão do Mundo? Porque Cabral, onde quer que se faça presente, no Brasil ou no exterior, jamais deixou de ser referendado, diplomado, laureado, ovacionado e homenageado pelo seu desempenho espetacular. E foi assim em Roma, Paris, Tel Aviv, Hungria, Portugal, Espanha, Estados Unidos e tantos outros países que tiveram o privilégio de ouvir suas conferências.

Foto: Arquivo pessoal

Como já expressei em recente saudação que lhe fiz, é um cidadão condecorado em municípios, estados, países e nas mais significativas entidades nacionais e internacionais, e este andarilho maravilhoso das conferências aqui e alhures, não é mais um cidadão brasileiro, como se pretende querer, nós que o admiramos e o veneramos, porque Bernardo Cabral é um cidadão sem fronteiras, um homem além do seu próprio tempo de realizações e, sem dúvida, já ingressou, com méritos, na História do Brasil. Cabral é um Cidadão do Mundo, diante do qual deveremos renunciar à pretensão de que nos pertence num sentimento de brasilidade. Feito para o mundo, é filho do mundo, sem deixar de ser um brasileiro amante do Amazonas.

BERNARDO CABRAL
UM ESTADISTA DA REPÚBLICA

Júlio Antonio Lopes
Diretor Jurídico da Rede Calderaro de Comunicação (RCC)

Conheci Bernardo Cabral quando, nos idos de 1988, eu presidia o Centro Acadêmico da Faculdade de Direito do Amazonas e fiz-lhe um convite para vir palestrar aos estudantes.

Confesso que o fiz sem a certeza de que ele aqui estaria. Afinal de contas, Cabral acabara de relatar, com intenso trabalho e imenso brilho, a Constituição Cidadã e a sua agenda estaria compreensivelmente tomada. Por isso, foi com grata surpresa e muita alegria que eu e meus colegas recebemos a resposta positiva, por meio de ofício assinado de próprio punho, o qual guardo até hoje entre os meus relicários. Cabral estaria na "Velha Jaqueira", como era chamada carinhosamente a nossa Faculdade, onde ele também estudara e concluíra o seu curso. Aquele homem, que já virara Cidadão do Mundo, graças às lutas que travou em prol da liberdade e dos direitos humanos, sempre reservaria, aprendíamos então, um amor imorredouro prioritário pela Terra que o teve por berço.

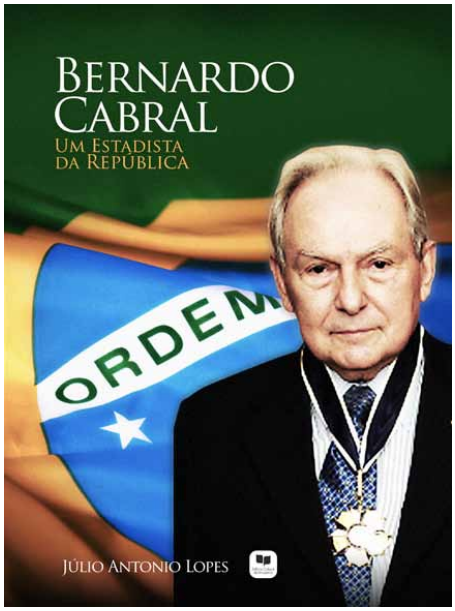
Dele, naquela oportunidade, recebi um exemplar da nova Constituição, devidamente autografado. E hoje, ao lado da Bíblia, ela ocupa um lugar cativo na minha cabeceira, porquanto é preciso que conheçamos a lei dos homens, mas é preciso que saibamos, também, aplicá-la com base na lei de Deus, que é eterna.

Passados os anos, voltamos a nos encontrar quando Bernardo Cabral candidatou-se a Senador e ficamos amigos, ele que, fonte de benquerer, tantos amigos possui.

Agora me lancei numa tarefa ao mesmo tempo ousada e apaixonante: traçar em livro o seu perfil biográfico. Ousada, porque muitos já escreveram sobre Bernardo Cabral; apaixonante porque se cuida de uma trajetória épica, exemplar, que precisa ser contada e, mais do que isto, ensinada às novas gerações.

É que se não tivesse feito mais nada na vida, Bernardo Cabral já estaria consagrado pela honra de ter sido o Relator-Geral da Constituição Brasileira de 1988, tarefa igual a que coube a apenas cinco de seus concidadãos ao longo dos 512 anos de nossa história.

Mas Cabral também foi presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em plena ditadura militar e teve a sua nascente e fulgurante carreira parlamentar (ele era, na ocasião, deputado federal pelo Amazonas) interrompida pelo golpe de 1964, que o baniu injustamente da política por dez anos.



Capa do livro a ser publicado em julho 2012

Com a distensão do regime, elegeu-se Deputado Federal novamente, só que desta vez constituinte e venceu, no voto, dois poderosos candidatos ao cargo de Relator, a saber: Pimenta da Veiga, Deputado Federal por Minas Gerais e o Senador por São Paulo, Fernando Henrique Cardoso, este que, depois, tornou-se Presidente da República.

Ministro da Justiça, Senador, Escritor, Tribuno, Político de visão e de antevisão, Bernardo Cabral é, sem nenhuma dúvida, um dos últimos heróis da Pátria, aquele tipo de homem – e de político honesto – que, infelizmente, a cada dia se torna mais raro. Um Estadista, mesmo, da República.

O livro sai em julho. Era algo que precisava ser feito. E eu costumo fazer aquelas coisas que o coração, o senso de justiça e o dever cívico comandam, como registrar o contributo inestimável de Bernardo Cabral para as causas mais caras ao aperfeiçoamento da humanidade.

PALADINO DA DEMOCRACIA

Arlindo Porto
Presidente da Academia Amazonense de Letras

No dia 20 de outubro de 1988, por ocasião de uma esplendorosa homenagem das classes empresariais do Amazonas a Bernardo Cabral, aqui em Manaus, pronunciei, cheio de alegria pela incumbência, saudando aquele ilustríssimo amigo, o discurso que se segue.

Retiro a peça das páginas do livro de minha autoria, *Bernardo Cabral – Um paladino da democracia,* e corroborando com isso o reconhecimento que ora se faz, em nova homenagem a esse valoroso caboclo.

Missão cumprida

"Não cometerei a imodéstia de afirmar, no início destas palavras, que elas poderiam ser ditas por pessoa mais indicada, dentro do conjunto enorme de amigos do deputado Bernardo Cabral. Se cabe da parte dos aqui presentes a permissão para o vitupério, eu diria ser neste instante, pelo imperativo da amizade, o homem certo no lugar certo.

Não que me sobrem apanágios de cultura que permitam o pronunciamento de uma peça capaz de emocionar os julgadores do Nobel de Literatura... Mas de uma coisa estou convicto e proclamo: ao falar nessa homenagem feita pelos amigos de Bernardo Cabral, assumo a empreitada com a plena certeza de que, na alta responsabilidade do encargo que as circunstâncias benfazejas da vida a mim concederam, vai um sentido de honesta sinceridade tão grande, que mesmo aqueles que não me conhecem mais de perto, sentirão que as minhas palavras são a expressão da verdade mais fraterna e não a simples manifestação de alguém apenas desejoso de se desincumbir de um encargo.

Alinho-me, como tantos amigos que se encontram neste recinto, entre aqueles que não apenas deram o seu voto isolado, como trabalharam duramente pela eleição de Bernardo Cabral à Câmara dos Deputados. O que esperávamos dele? Compensações posteriores pelo voto concedido, pedindo-lhe favores, empregos ou vantagens? Nem pensar. Eu tinha em mente, como estou certo de que os demais também tinham, em primeiro plano, o conhecimento da comprovada competência do nosso candidato, pelo repassar de tua vida pregressa desde os bancos escolares até a presidência da Ordem dos Advogados do Brasil, em plano posterior, mas nem por isso menos importante, a plena noção do que ele representara, de atuante e eficiente, como representante mais votado do Amazonas na Câmara Federal, até a cassação do seu bravo mandato, em 1968.

E o tempo apenas se encarregou de mostrar que aqueles que haviam sufragado o nome de Bernardo Cabral, aqueles que haviam depositado no relicário do seu caráter o voto de tua confiança e da certeza de que ele corresponderia à missão que lhe estava sendo confiada, haviam acertado plenamente e só tinham, antes como agora, razões para se sentirem orgulhosos de tua opção.

A democracia é construída com escolhas assim. É certo que os sufragistas podem, às vezes, indicar para os postos eletivos pessoas desprovidas de qualquer sentimento que não seja o do mais frio, cruel e insensível egoísmo, pessoas que após eleitas passam a considerar o povo tão distante de si como os habitantes de galáxias distintas. Mas no momento em que se escolhe um homem com a retidão moral e com a formação humanística de um Bernardo Cabral, o instituto do voto secreto, livre e universal se redime de pleno direito perante as consciências e dá aos que defendem o regime da representatividade popular em parlamentos, as armas de que carecem para manter viva e desfraldada a bandeira alvinitente e pura da democracia.

Saúdo, portanto, a ti, Bernardo Cabral, filho de Antonio Andorinha Cabral e Cecília Cabral, em nome da tua legião de amigos e companheiros de lutas; dos que estão presentes e dos que não puderam estar aqui; dos que vivem no Amazonas e dos que se espalham pelo país todo; dos que estão no Brasil e dos que residem no estrangeiro; dos que te admiram pelo que tu és, pelo o que tu representas como paradigma da dignidade política, pelo que tu significas como exemplo a ser seguido, nesta hora triste de vacilações e temores, em que muitos homens públicos não se mostram a altura do desafio dos tempos difíceis em que vivemos; dos camaradas vivos e dos que partiram há muito; de todos, enfim, que te estimam e te respeitam.

Que Deus, o supremo artífice dos mundos, o grande arquiteto do universo, o ser magnificente que vela pela humanidade, derrame sobre a tua cabeça as bençãos misericordiosas do seu amor e que tu tenhas pela frente muitos e muitos anos de vida, para poderes dar à terra amada da tua nascença, e ao Brasil, outras manifestações incomparáveis do teu talento, do teu amor brasílico, do teu caráter retilíneo, da tua capacidade de seres autêntico, tal como fizeste agora, exaltando o Amazonas e honrando a tua e a nossa condição de caboclos, como relator-artífice da Constituição brasileira de 1988.

Muito obrigado, Cabral."

ARBITRAGEM
DA MITOLOGIA AOS NOSSOS DIAS

Sylvio Capanema
Membro do Conselho Editorial
Desembargador aposentado do TJERJ

Ao contrário do que imaginam os leigos, a arbitragem antecede, e muito, à solução judicial, remontando aos primórdios da civilização humana.

Sem pretender fazer um trabalho de "arqueologia jurídica", é interessante lembrar que a arbitragem era praticada na Grécia antiga, remontando na sua origem à própria Mitologia, que se refere a Paris, atuando como árbitro entre Atena, Priamo e Afrodite, para decidir qual era a mais bela, e que receberia a "maçã de ouro".

Na Ilíada, de Homero, refere-se ele a um "juiz-árbitro", denominado Istor, que significa "o que sabe", ou o "sábio".

Aristóteles, na Retórica, confirma que "o árbitro visa à equidade, enquanto o juiz visa à lei".

Da Grécia, passou a arbitragem ao Direito Romano, e há uma interessante referência à ela, na "Oratio pro Roscio Comoedo", de Cícero, onde ele traça um paralelo entre o árbitro e o juiz, dizendo: "Uma coisa é o julgamento, outra a arbitragem. Comparece-se ao julgamento para ganhar ou perder tudo".

Praticada na Idade Média, e adotada no Direito Canônico, a arbitragem resistiu mesmo depois do surgimento dos Estados modernos, que avocaram para si o monopólio da solução dos conflitos de interesses, com a criação do Poder Judiciário.

A Constituição Imperial já a admitia em seu artigo 164 e chegou a arbitragem a se tornar obrigatória para a resolução de litígios envolvendo os contratos de locação e de seguros, no período entre 1827 e 1866.

Como se vê, em matéria de locação, em nossa origem jurídica, a arbitragem era reconhecida como meio legítimo de solução de conflitos, em razão de suas vantagens sobre a solução judiciária.

O Código Comercial de 1850 ampliou a obrigatoriedade da arbitragem para todas as questões mercantis, nos artigos 245 e 294 que se referem, respectivamente, à locação mercantil e a conflitos entre sócios.

A Lei 1.350, de 1866, aboliu a arbitragem obrigatória, mas manteve a "voluntária".

Chegou então a arbitragem ao nosso primeiro Código Civil (Lei 3.071, de 1/1/16), tratada no Livro III, Título II (Dos efeitos das Obrigações), Capítulo X (Do compromisso), artigos 1037 a 1048.

Dispunha o artigo 1037 do Código Beviláqua:

> As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais e extrajudiciais.

Como se não bastasse, o artigo 1041 do mesmo Código equipara a jurisdição estatal à jurisdição arbitral, nos seguintes termos:

> Os árbitros são juízes de direito e de fato, não sendo sujeito o seu julgamento a alçada ou recurso, exceto se o contrário convencionaram as partes.

No plano processual, a arbitragem foi regulada tanto no CPC de 1939, nos artigos 1031 a 1046, como no atual, de 1973, nos artigos 1072 a 1102, incluídos no Capítulo XIV (Do Juízo Arbitral) do Título I (Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa), constante do Livro IV (Dos Procedimentos Especiais).

Na frustrada tentativa do Código Bustamante, de 1928, que visava a unificação do Direito Civil e Comercial dos países americanos, e do qual foi signatário o Brasil, dois de seus artigos, os de números 210 e 211, dispunham sobre a jurisdição arbitral, admitindo-a.

A Constituição Federal de 1988 silenciou quanto à jurisdição arbitral, dando ênfase especial aos chamados direitos fundamentais, inscritos no artigo 5º e, entre eles, o do devido processo legal e da inafastabilidade do Poder Judiciário, para solucionar os conflitos de interesses.

A omissão levou algumas vozes apressadas a sustentar que a arbitragem havia sido banida da ordem jurídica brasileira, o que, felizmente, não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reafirmou a admissibilidade da arbitragem voluntária, sustentando, inclusive, que a ela poderia submeter-se o próprio Estado, desde que não se tratasse de matéria, afeta à sua soberania.

Como se vê, nunca foi absoluto o chamado "monopólio da jurisdição estatal", sempre se tendo admitido soluções alternativas para a composição dos conflitos, e, entre elas, a arbitragem.

Mas, embora sempre existente, a arbitragem não foi bem recepcionada pela cultura jurídica brasileira, sendo quase ignorada pela maior parte de nossa sociedade.

Apesar das críticas dirigidas ao Poder Judiciário, referentes à sua morosidade e onerosidade, os brasileiros continuavam apegados à tradição de submeter os seus litígios aos juízes togados, já que os consideravam mais preparados para exercer a difícil missão de julgar, melhor apreciando as provas e conhecendo as leis aplicáveis ao caso concreto.

Foto: Rosane Naylor

Um dos maiores entraves à admissão da arbitragem era a imperiosa necessidade de se submeter o "laudo arbitral" à homologação do Poder Judiciário, procedimento sempre demorado, o que lhe tirava o caráter prático e célere.

Enquanto não homologado pelo Judiciário, não se revestia o "laudo" de força executória, para obrigar a parte vencida a cumpri-lo.

Como se vê, acabavam as partes tendo que recorrer à jurisdição estatal, sem a qual não se convertia o "laudo" em título executivo.

Dois relevantíssimos eventos vieram modificar fundamentalmente a arbitragem, resgatando-a do ostracismo a que esteve relegada pela sociedade brasileira.

O primeiro foi o advento da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, conhecida como "Lei de Arbitragem", e o segundo, a promulgação do Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002). A Lei de Arbitragem representou a carta de alforria do sistema, até então quase desprezado.

E, como se esperava, foi recepcionada com enormes resistências, principalmente pela classe dos advogados, que temiam perder espaço no seu mercado de trabalho e pelos magistrados, que, por sua vez, não admitiam o enfraquecimento de seu poder político e prestígio, junto à sociedade brasileira.

Durante anos a lei foi duramente combatida, através de sucessivas arguições de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Atacava-se, principalmente, o seu artigo 7º, que conferia força obrigatória à cláusula compromissória, dispensando, neste

> **As vantagens da arbitragem, no campo locativo, são de ofuscante clareza, e as maiores delas são a celeridade da entrega da sentença e a impossibilidade de interposição de recursos.**

caso, a jurisdição estatal. Acusava-se a lei de ter revogado o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, incluído como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988.

Também se considerava perigoso precedente a equiparação do antigo "laudo arbitral", agora denominado "sentença arbitral", convertido em título executivo judicial, o que passou a dispensar sua homologação, conferindo agora efetividade à decisão.

Como se disse, alongaram-se os debates na Corte Suprema, sendo acirrada a controvérsia, até que, finalmente, e por apertada margem, considerou-se constitucional a lei e os seus questionados dispositivos.

Só então se poderá dizer que a lei efetivamente "nasceu", já que até então ficara em "compasso de espera".

O segundo evento, como se disse, foi o advento do novo Código Civil, que não só manteve a arbitragem como método de solução dos litígios, como lhe deu nova paginação e estrutura jurídica.

No Código de 1916, a arbitragem, com a denominação de "compromisso", estava incluída entre as modalidades de extinção das obrigações, como se vê de seu artigo 1037.

Aparecia, assim, ao lado do pagamento por consignação, do pagamento com sub-rogação, imputação, dação, compensação, novação, confusão, remissão e transação.

O Código de 2002 elevou o compromisso à condição de contrato (artigo 851), o mesmo ocorrendo em relação à transação.

Na precisa dicção do artigo 853, "admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial".

Não se operou, assim, uma simples modificação topográfica, mas também da natureza jurídica do compromisso, o que lhe confere maior *status* e força cogente entre as partes.

A partir de então, a arbitragem vem se consolidando, cada vez mais, entre nós, como solução eficiente e útil de conflitos de interesses, adotada, principalmente, pelas empresas que, na maioria das vezes, não podem aguardar a exasperante demora da entrega da prestação jurisdicional.

Confiáveis e respeitadas Câmaras ou Tribunais Arbitrais estão em funcionamento no Brasil, podendo-se citar, apenas como exemplos, no Rio de Janeiro, a da Fundação Getúlio Vargas, da Associação Comercial (Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem) e, recentemente, a Arbim (Câmara de Mediação e Arbitragem do Mercado Imobiliário), em São Paulo a Câmara de Arbitragem da FIESP e no Paraná a Câmara de Mediação e Arbitragem.

A força obrigatória da cláusula compromissória é hoje de reconhecimento pacífico em nossa construção pretoriana, inclusive no Supremo Tribunal Federal, já havendo inúmeras decisões no sentido de condenar a parte recalcitrante a instaurar o procedimento arbitral.

No que concerne ao contrato de locação do imóvel urbano, a Lei do Inquilinato não se refere, expressamente, à arbitragem, mas em momento algum a afasta, sendo admitida, até em decorrência de seu artigo 79, segundo o qual no que for ela omissa aplicar-se-ão as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil.

Sempre sustentamos, em várias oportunidades, que a arbitragem seria uma via ideal, especialmente em algumas questões pontuais, como a fixação de aluguel, nas renovações do contrato, revisão do valor locativo ou desalijo do locatário.

As vantagens da arbitragem, no campo locativo, são de ofuscante clareza, e as maiores delas são a celeridade da entrega da sentença e a impossibilidade de interposição de recursos.

O desafogo do Judiciário, inundado por uma avalanche de demandas, contribuirá para resgatar-se o seu prestígio perante a opinião pública.

É mais do que sabido pelos que militam neste mercado que a exasperante demora na entrega da prestação jurisdicional, principalmente nas ações de despejo, é um dos mais relevantes fatores de desestímulo dos investidores, que não se sentem animados a construir ou adquirir unidades imobiliárias para destiná-las à locação.

Abre-se, portanto, um novo caminho para os mercados econômicos, cujo desenvolvimento se ancora na celeridade com que sejam resolvidos seus conflitos de interesse.

Esperamos que os que neles atuam saibam trilhá-lo.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Carlos Velloso
Membro do Conselho Editorial
Ex-presidente do STF e do TSE
Advogado

Decisões do Supremo Tribunal, que têm por objeto o Conselho Nacional de Justiça, não vêm sendo corretamente interpretadas. É o caso, por exemplo, de liminar recentemente deferida a respeito da competência do CNJ para instaurar investigações contra juízes e tribunais. As notícias são no sentido de que essas decisões esvaziariam o poder de fiscalização do Conselho.

Não é isso o que ocorre. Vejamos.

A Constituição, redação da Emenda 45, estabelece a competência do CNJ: o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art.103-B, §4º). Essa competência, é exercida primeiro sobre a legalidade dos atos administrativos do Judiciário. Cabe ao CNJ zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstitui-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas (§ 4º, II). Tem-se, no caso, conforme foi dito, o controle da legalidade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Judiciário.

Segue-se a competência correicional inscrita nos incisos III, IV e V do § 4º: compete ao CNJ conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive seus serviços auxiliares, serventias, órgãos notariais e de registro. No ponto, todavia, o dispositivo constitucional ressalva a "competência disciplinar e correicional dos tribunais", podendo o CNJ avocar processos disciplinares em curso – nos casos de omissão por exemplo, das corregedorias – (§ 4º, III) e "rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano (§ 4º, V). E mais: compete ao CNJ "representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade" (§ 4º, IV).

Verifica-se, então, numa interpretação harmoniosa dos dispositivos constitucionais indicados, que a competência correicional do CNJ é subsidiária, porque a Constituição assegura a autonomia administrativa dos tribunais – autonomia, aliás, que

Foto: STF

deve o CNJ zelar (§ 4º, I) – estabelecendo que aos tribunais compete, privativamente, além de outras questões, velar pelo exercício da atividade correicional respectiva (CF, art. 96, I, "b").

É de elementar hermenêutica que o direito é um todo orgânico e que as normas legais devem ser interpretadas no seu conjunto.

Dir-se-á que há corregedorias de tribunais que não estariam cumprindo com o seu dever. Nesta hipótese, que o CNJ não se omita, dado que pode avocar processos disciplinares em curso (§ 4º, III) e rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano (§ 4º, V), devendo representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade (§ 4º, IV).

Assim, há de ser posta a questão, que deve ser examinada sem *parti pris*. E é bom lembrar que a Constituição vigente, a mais democrática das Constituições que tivemos, estabelece o devido processo legal, e nesse se incluem autoridade administrativa e juiz competentes, independentes e imparciais (CF, art. 5º, LV), característica do Estado Democrático de Direito.

Sem dúvida que é desejável a atuação firme do CNJ no punir e afastar o juiz que não honra a toga. Com observância, entretanto, do devido processo legal, garantia constitucional que ao Supremo Tribunal cabe assegurar.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS EMERGENCIAIS

Aurélio Wander Bastos
Membro do Conselho Editorial
Advogado
Cientista político

A tutela jurisdicional dos novos direitos não tem ocupado o espaço exigível nas revistas jurídicas técnicas, mas, com frequência, tem ocupado o quotidiano dos jornais, normalmente porque provocam inquietações no seu reconhecimento processual ou desestabilizam a leitura clássica dos fenômenos jurídicos. Todavia, a dinâmica da sociedade moderna, em ritmo significativo, demonstra que esses fenômenos se não podem escapar da ação compreensiva do direito, também não podem ser reduzidos à compreensão processual tradicional ou esquecidos como fatos sociais novos e infensos ao alcance jurídico.

Politicamente, essas questões, enquanto matéria determinante da vida política, têm sido enfrentadas mais pela iniciativa das medidas provisórias criadas pela Constituição de 1988 (art. 62) – como iniciativa do Poder Executivo – do que como projetos de lei do Poder Legislativo, sempre determinado pelas regras de suas funções tradicionais, comprometidas com a produção das leis gerais. Atualmente, alega-se que as medidas provisórias que não seguirem o rito legislativo do § 9º do artigo citado para se converterem em lei chegaram a mais de 500 (quinhentos) e não apenas atravessaram 6 (seis) ou 7 (sete) governos, um período médio de 20 (vinte) anos, como também são, não apenas em tese, mas a própria ordem jurídica brasileira sobre assuntos emergenciais, nas áreas de meio ambiente, direito econômico, inclusão social, enfrentamento da miséria, impostos sociais, ensino universitário e técnico, moradias, alimentação e sobrevivência familiar de baixo extratos da população.

No contexto geral desta situação, ao contrário, a tradição jurídica brasileira sempre esteve presidida por decisões apoiadas no estrito direito positivo de alcance emergencial insignificante. Ainda, até muito recentemente, o princípio do *dura lex, sed lex* subsidiou o processo de formação acadêmica e instruiu as demandas judiciais, servindo mesmo como princípio indicador da segurança jurídica, abrindo-se em condições especialíssimas para o *summum jus, summa injuria*, que se explica no mesmo contexto das normas positivas.

A Constituição brasileira de 1988 abriu juridicamente este quadro, a ponto do próprio ex-presidente José Sarney entendê-la como inviável, mas os seus efeitos são principalmente notados na definição das garantias dos direitos fundamentais, o que tem viabilizado a transformação das decisões de mérito e também do encaminhamento processual final da definição do direito concreto em juízo. Neste contexto, temos assistido sucessivamente decisões que caminham no sentido de constitucionalizar o direito civil, o direito penal e, em dimensão incomum, o direito processual.

Este quadro, cada vez mais baliza seus procedimentos e suas apreciações casuísticas, apoiado no princípio do devido processo legal, rompendo o direito às resistências do quotidiano burocrático dos tribunais. Este fato, de qualquer forma, tem provocado grandes aberturas legais, ampliando o poder discricionário dos juízes, incomum na tradição jurídica brasileira, mas, muitas vezes, servindo-se das leis de regulamentação específica das aberturas constitucionais.

Ocorre, todavia, que apesar dos sucessivos sinais de rompimento de órgãos da estrutura judiciária com o saturado legalismo, como ocorreu, por exemplo, no caso do acórdão sobre a lei da ficha limpa – ou mesmo no caso das competências do Conselho Nacional de Justiça –, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a criação do Instituto Chico Mendes, tomou uma natureza marcante, e não apenas divisória. Esta decisão do Supremo, não se restringiu apenas a uma decisão sobre direito

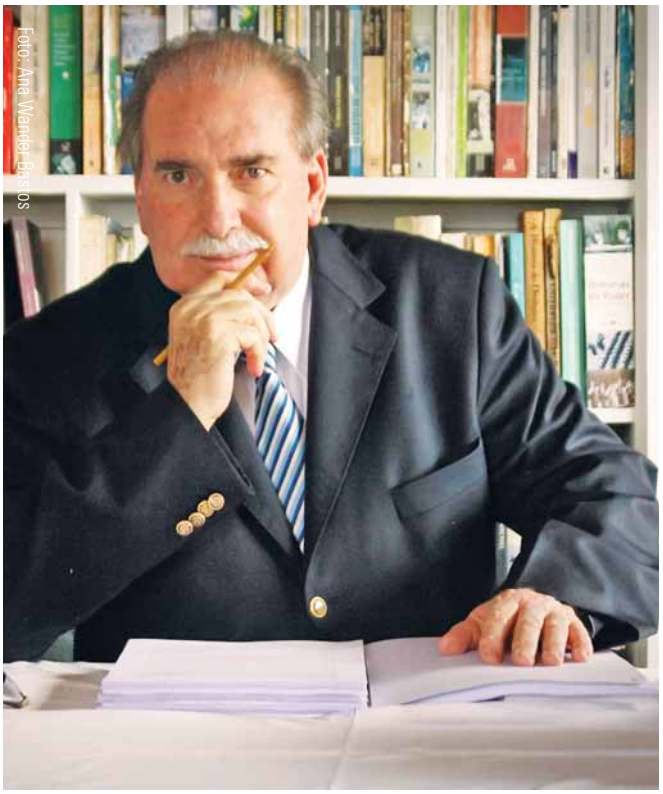


Foto: Ana Wander Barros

novo, mas numa reversão incontinente de matéria decidida imediatamente antes, criando um precedente não propriamente determinado em lei, mas, pelo constrangimento da extensão fática de leis originárias da conversão de medidas provisórias.

Admitindo como dispensável, até aquela data, a apreciação parlamentar prévia das medidas provisórias, anteriormente à sua aprovação plenária por Comissão Mista da Câmara e do Senado, tornou-se a mais inédita abertura do processo de decisões da Suprema Corte brasileira, deixando visível uma ampla faixa da vida legislativa vigente, cuja vigência não se instalou necessariamente a partir de absoluto descumprimento de regra legislativa. Esta decisão, aliás, não propriamente deve ser considerada de uma perspectiva modificativa, mas, demonstra os esforços da Suprema Corte para implementar uma percepção mais razoável dos impositivos limites da interpretação tradicional, abrindo-se para o seu novo papel na construção da sociedade brasileira emergente, como tem demonstrado, buscando, semelhantemente, alcançar, senão os parâmetros criativos da Corte Suprema americana, uma certa adaptabilidade a situações impositivas dos fatos novos juridicamente relevantes, como se antevê no caso do projeto em apreciação sobre o aborto anencéfalo.

Neste contexto, é bem verdade que a fundamentação pública da decisão é imprescindível à preservação da segurança jurídica para se evitar os sucessivos transtornos colaterais, sendo razoável que assim o seja, porque se preserva o Direito como referência de organização da sociedade. Não há como desconhecer, todavia, que, prescrevendo-se a validade do dispositivo constitucional saneador, a comissão mista do Congresso para apreciar Medida Provisória a partir do reconhecimento de constitucionalidade do Instituto Chico Mendes, o Supremo Tribunal Federal – STF, ciente de que as proposições políticas de Estado estão comprometidas com políticas de inclusão social, não deixa de reconhecer que o princípio da segurança jurídica pode vincular-se também às políticas de mudanças sociais comprometidas com as camadas sociais emergentes.

Na verdade, não há como desconhecer que as questões emergenciais do Brasil real estão sendo enfrentadas por este especial caminho em que, por razões também técnicas, o provisório se converte em definitivo, permitindo-se afirmar que, dado que as comissões prévias mistas do Congresso não funcionam no prazo constitucional (14 dias), deixa-se ao relator da Medida Provisória o encaminhamento da decisão. O Brasil emergencial, a se tomar como referência o grande número de medidas provisórias convertidas em leis sem que se obedecesse o exato trâmite, é o que se conclui, é inconstitucional, ou seja, está apoiado lamentavelmente, em robustos parâmetros, para não dizer autoritários, de uma tênue legalidade.

Neste sentido, o fenômeno que veio a público devido a uma retomada de consciência do Supremo Tribunal é um efetivo reconhecimento de que, ao se desconhecer a tênue linha da constitucionalidade, apoiando-se no razoável suporte do artigo 27 da lei federal nº 9.868/99 de 10 de novembro de 1999 – que permite a remodelação da declaração de inconstitucionalidade (modulação da temporalidade) –, estar-se-ia evitando que, se não absolutamente pelo menos relativamente, sobrevivêssemos sobre tênue linha constitucional.

De qualquer forma, vale observar que o sempre "previdente" ex-presidente do STF e também ex-ministro da Justiça, Nelson Jobim – de quem tive a honra de ser secretário de Direito Econômico –, em observação recente concluiu que "é sempre possível reconhecer que a imprevidência da inconstitucionalidade", na percepção de seus efeitos catastróficos, pode sempre retomar a sua natureza constitucional. Esta "é a solução jurídica alemã para evitar o caos, declara(ndo) a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* (desde agora), e o que pelo menos em princípio, não fortalece a declaração de constitucionalidade de efeitos *ex tunc* (desde antes)".

Finalmente a situação jurídica, todavia constitucional, continua confusa, porque a decisão e a lição do ex-presidente do STF inibe a inconstitucionalidade antecedente mas pode não suspendê-la antecedentemente. Isto significa que, para que prevaleçam estas práticas é (seria) preciso que se emende(dasse) a Constituição, mas, não sendo emendada, seria preciso que a decisão do Supremo tivesse um alcance extensivo, o que não é uma prática cursiva do casuísmo jurisdicional brasileiro.

De qualquer forma, reconforta o reconhecimento das dificuldades do potencial conflito normativo de grande extensão política que, nos Estados Unidos – cuja corte Suprema tem sido um exemplo para o constitucionalismo moderno, dentro de suas prerrogativas, mas evitando o açodamento desconstrutivo, no risco de insegurança jurídica – é razoável entender que, em decisões subsequentes, que tratem de assuntos semelhantes em ações antecedentes, não é de todo impossível assentar soluções constitucionais de adaptação corretiva, evitando o risco extensivo da inconstitucionalidade.

TRIBUNAIS DECIDEM
ABORTO EM CASO DE ANENCEFALIA

A indefinição por parte do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto em casos de anencefalia não tem impedido as primeira e segunda instâncias do Poder Judiciário de se manifestar sobre o tema e, desta maneira, construir jurisprudência acerca do procedimento. A última decisão veio do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que no início de março garantiu a uma jovem de 25 anos o direito de interromper a gravidez de feto portador da doença, que se caracteriza pela ausência parcial do encéfalo. O problema, segundo especialistas, é que as decisões proferidas pelas diversas cortes não são unânimes, o que pode gerar insegurança jurídica.

No caso do Rio de Janeiro, a decisão foi proferida pela 2ª Câmara Criminal do TJ. Os desembargadores que compõem o órgão optaram por autorizar o aborto ao analisar *habeas corpus* preventivo, impetrado pela Defensoria Pública contra a 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias, que havia negado o pedido da jovem. Ao analisar os fatos, a Câmara determinou a expedição imediata de alvará para a realização do procedimento médico necessário, de acordo com o pedido formulado na ação.

Na decisão, o desembargador e relator do caso, José Muiños Piñeiro Filho, defendeu que a questão, antes de tudo, era de saúde pública e não apenas jurídica. O magistrado fez críticas à omissão estatal em tornar efetivo o direito social à saúde, garantido pela Constituição Federal, e alertou que as reiteradas negativas de autorização para a interrupção da gestação ou a demora do Judiciário em analisar os pedidos podem culminar com a realização do procedimento em clínicas clandestinas, resultando em alta taxa de mortalidade materna.

"O Estado brasileiro destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, exatamente como disposto no Preâmbulo da Constituição, não pode se acovardar e, mais uma vez, se omitir diante de tal realidade", afirmou na decisão.

O desembargador justificou a decisão dele na literatura médica, que considera a anencefalia uma malformação tão grave que a qualifica como "monstruosidade", caracterizada pela ausência do cérebro e da medula. "Quando chega a nascer, pouco lembra a aparência de um ser humano, tem apenas traços humanoides", afirmou. Para o magistrado, "a ausência de norma escrita não é, e jamais será, óbice a que se preste a jurisdição, especialmente diante de todas as normas constitucionais".

No Supremo Tribunal Federal, o caso tramita desde 2004, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Em setembro de 2008, a mais alta corte de Justiça do país realizou audiências públicas para discutir o tema. Foram quatro dias de argumentos, opiniões, palestras e dados científicos. Foram ouvidos representantes de 25 diferentes instituições, ministros de Estado e cientistas, entre outros.

O advogado Luis Roberto Barroso, que propôs a ADPF 54 em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, destacou que o diagnóstico da anencefalia é feito com 100% de certeza e é irreversível. Ele explicou que a doença é letal. Para ele, prosseguir com a gravidez traz risco para a saúde da mulher. Por isso, a interrupção deve ser tratada como antecipação terapêutica do parto e não aborto. "A anencefalia não se confunde com deficiência, pois não há crianças ou adultos com anencefalia", disse na oportunidade.

O relator da ação, ministro Marco Aurélio, elogiou os debates. Na ocasião, ele afirmou que as audiências públicas foram "norteadas pela espontaneidade e pela liberdade em seu sentido maior". As questões levantadas, de acordo com ele, permitiriam à corte Suprema concluir o processo com mais segurança, de forma a atender aos interesses da sociedade em geral.

A anencefalia é uma doença que atinge um a cada mil bebês. Em julho de 2009, a Procuradoria-Geral da República – PGR encaminhou parecer ao Supremo a favor da constitucionalidade do aborto nos casos em que a doença é diagnosticada por médico habilitado. De acordo com o parecer, deve ser reconhecido à gestante o direito de se submeter a esse procedimento, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

Na avaliação da PGR, a proibição de antecipar a gravidez de fetos com anencefalia vai contra o direito à liberdade, à privacidade e à autonomia reprodutiva, além de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde. A interrupção desse tipo de gravidez é direito fundamental da gestante, além de não lesar o bem jurídico tutelado pelos artigos 124 a 128 do Código Penal – no caso, a vida potencial do feto.

No parecer, a PGR defendeu que o Código Penal excluiu a sanção criminal nas hipóteses da gestação ensejar risco de vida para a gestante, assim como da gravidez resultante de estupro. "O legislador do passado não contemplou a hipótese de interrupção da gravidez decorrente de grave anomalia fetal impeditiva de vida extrauterina, porque não podia adivinhar que futuros avanços tecnológicos possibilitassem um diagnóstico seguro em tais casos", argumentou.

"A antecipação terapêutica do parto na anencefalia constitui exercício de direito fundamental da gestante. A escolha sobre o que fazer, nesta difícil situação, tem de competir à gestante, que deve julgar de acordo com os seus valores e a sua consciência, e não ao Estado. A este, cabe apenas garantir os meios materiais necessários para que a vontade livre da mulher possa ser cumprida, num ou noutro sentido", disse ainda a Procuradoria no documento.

A expectativa é que o caso entre na pauta de julgamentos do Supremo ainda nesse ano. Enquanto isso, os tribunais estaduais seguem apreciando e proferindo decisões sobre o tema. A determinação do TJ-RJ é exemplo disso. O presidente da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal e conselheiro federal OAB-RJ, Cláudio de Souza Neto, elogiou a posição adotada pela 2ª Câmara Criminal fluminense ao analisar a questão.

Ele afirmou que o órgão teve "correção e humanidade" ao permitir a interrupção de gestação de feto anencéfalo, beneficiando a jovem grávida de 25 anos de idade. O advogado ressaltou que a proibição do aborto na legislação penal brasileira serve à proteção da vida do feto. No entanto, no caso de anencefalia, o feto morre no curso da gravidez, no nascimento ou nos momentos que se seguem a ele, podendo viver, no máximo, por alguns poucos dias.

"Não há vida a ser protegida. Nessas condições, proibir que a gestante interrompesse a gestação seria interferência estatal hedionda, absolutamente incompatível com a dignidade humana, um verdadeiro suplício medieval", afirmou.

Foto: sxc.hu

O advogado Mauro César Bullara Arjona, do escritório Salusse Marangoni Advogados, afirmou que a decisão é importante porque vem confirmar o entendimento atual, no sentido de que a gestante tem o direito de fazer o aborto nessas circunstâncias de anencefalia.

"Mas, nesse caso específico, não creio que seja necessário qualquer tipo de influência ao STF. É claro que haver decisões no mesmo sentido em instâncias inferiores é um prenúncio, mas é absolutamente normal, principalmente em matéria penal, que o STF ou STJ discordem dos tribunais inferiores. Contudo, no caso de aborto de anencéfalo, acredito que os membros do STF já tenham suas posições definidas independente deste julgamento. O ministro Marco Aurélio, inclusive, já concedeu liminar autorizando o aborto em caso de fetos anencéfalos", conclui.

INDENIZAÇÃO POR MORTE E A FIGURA DO NÚCLEO FAMILIAR

LIMITES DA LEGITIMIDADE

Alexandre Gonçalves
Advogado

A crescente busca ao Poder Judiciário para o ajuizamento de demandas a perquirir dano moral por pessoas que se sentem lesadas pela morte de outras, chama a atenção. O cenário natural, em que apenas os entes mais próximos da vítima buscavam indenização, modificou-se, levando a demandar também pessoas sem qualquer vínculo de parentesco ou com liame distante, sob a simples justificativa de que a perda gerou sofrimento.

Esta situação traz questionamentos que devem ser enfrentados: Quem seriam os reais legitimados a buscar indenização moral nestes casos? A lei traz algum critério limitativo? A indenização aos parentes mais próximos excluiria a obrigação relativa aos mais distantes? O núcleo familiar pode ser representado em juízo para buscar uma indenização coletiva e única?

A matéria é controvertida. Quando se trata de parentes, a doutrina divide-se para estabelecer os possíveis legitimados. Corrente tradicionalista adota a regra de direito sucessório, entendendo que apenas parentes até o quarto grau, na linha hereditária, possuem legitimidade para requerer compensação moral, excluindo o direito dos demais. Outra parte da doutrina entende aplicar-se analogicamente a regra do artigo 948, II, do Código Civil, limitando-se a indenização aos dependentes da vítima, tese reforçada pelo parágrafo único do artigo 20 do mesmo diploma legal. Por fim, o entendimento que a jurisprudência vem adotando amplamente, afirma que o direito a ser indenizado por morte de outrem é de qualquer pessoa que se sinta ofendida, possuindo ou não vínculo de parentesco.

Tais posicionamentos são díspares e parecem não ter dado a solução mais justa ao impasse, merecendo críticas. Os dois primeiros afrontariam diretamente o direito ao acesso à Justiça garantido constitucionalmente, até porque a relação não é de cunho sucessório, mas obrigacional. Já o terceiro, por sua amplitude, permitiria que um número infindável de pessoas acionasse o Poder Judiciário, diante da subjetividade, bastando sentir-se lesado para pleitear reparação.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela lavra do Ministro João Otávio Noronha, reformou acórdão do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), concluindo que a indenização por dano moral paga aos familiares mais próximos de uma vítima fatal de acidente, não exclui, automaticamente, a possibilidade de que outros parentes venham a ser indenizados, sob a justificativa de não haver solidariedade entre estes, no que diz respeito ao pedido indenizatório, pois cada um possui direito autônomo, oriundo da relação afetiva e de parentesco.[1]

Tal posicionamento vem sendo adotado reiteradamente pelo STJ, afirmando que a compensação decorre de dano individual, personalíssimo, sofrido por cada membro da família ligado

imediatamente à vítima, em gradações diversas, o que deve ser levado em conta para fins de arbitramento da indenização.[2]

No entanto, tratando-se de dano moral puro, a questão da legitimidade torna-se complexa, haja vista a inexistência de ordenamento jurídico específico disciplinando a amplitude desse direito, não havendo, portanto, previsão legal estabelecendo quem possa pleitear indenização. Preconiza-se que, nesses casos, a característica principal é a relação de afetividade presumida apenas em relação aos parentes próximos, entenda-se, cônjuge/companheiro, descendentes e ascendentes[3].

Ora, quando terceiros se julgam reflexamente ofendidos pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo da repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação da dor moral[4]. Portanto, caberia aqui refletir se a indenização paga aos parentes mais próximos excluiria a obrigação relativa aos mais distantes e a terceiros, pois, se assim não o fosse, estar-se-ia diante de verdadeira indústria da indenização, tornando-a, muita das vezes, fonte de enriquecimento sem causa àqueles que desejam se valer do infortúnio de um terceiro.

Com vistas a tentar solucionar o dilema, ao menos com relação aos parentes, a doutrina, modernamente, vem aceitando a figura do "núcleo familiar" como legitimada a buscar indenização.

Foto: Ana Wander Bastos

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) ampliou a proteção à família para além das formadas pelo casamento, reconhecendo os mesmos direitos e as mesmas garantias à união estável entre o homem e a mulher, e à comunidade monoparental formada por qualquer dos pais, independentemente de existência de vínculo conjugal, e seus descendentes.[5]

Atualmente, o que se entende por elo familiar é a ligação duradoura de afeto, mútua assistência e solidariedade entre duas ou mais pessoas, tenham elas ou não vínculos de parentesco[6] e sejam ou não do mesmo sexo, eis que o Supremo Tribunal Federal (STF), em recente julgado, estabeleceu ser possível o reconhecimento da união homoafetiva[7], o que já está evoluindo ao reconhecimento judicial do direito ao próprio casamento entre pessoas do mesmo sexo, também conforme precedentes.

Em termos práticos, a atribuição de legitimidade ao núcleo familiar, para se pleitear indenização por dano moral, foi uma solução encontrada pela doutrina atenta ao ajuizamento indiscriminado, malicioso, de múltiplas ações ou "ações em cascata", muitas das vezes, pelo mesmo advogado, relacionadas ao mesmo fato, beirando o locupletamento.

Tal solução, apesar de extremamente razoável, esbarra no pressuposto processual da legitimidade, eis que o rol de

legitimados não contempla o "núcleo familiar", por não ser este dotado de personalidade jurídica ou ser reconhecido como ente despersonalizado, apto a figurar em demanda judicial.

A CRFB/88 conferiu, a cada indivíduo, autonomia plena para a propositura de ação de indenização quando restar configurado o dano, assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, não excluindo da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito[8].

Não obstante, razoável a asserção de que o reconhecimento do dano moral por lesão ou ofensa deve ser analisado individualmente, segundo as circunstâncias e as condições da pessoa ofendida, não havendo como estabelecer, previamente, critérios padronizados, indenizações tarifadas ou não havendo como fixar posição única, pois a equação que se apresenta não é de apenas aceitar ou repudiar a tese, mas de examinar sua aplicação quando preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos que informam o instituto e quantificam a extensão do sofrimento.

Assim, tendo em vista que o acesso à justiça é livre e indiscriminado, para minorar a situação não eventual de busca do amparo jurisdicional de forma temerária e ímproba, o Poder Judiciário, quando instado a se pronunciar, deve ser firme no propósito de desestimular a indústria do dano moral, devendo estar atento ao conjunto probatório dos autos, eis que para a fixação de indenização, nestes casos, imprescindível se faz a demonstração cabal da dor, da lesão suportada com o evento "morte de outrem" originada por ato ilícito, não sendo razoável a imputação de produção de prova negativa pelo alegado ofensor.

Sob este enfoque, impende destacar que, em casos de indenização por morte oriundas de acidente de trânsito, o instituto da responsabilidade objetiva, previsto no art. 37, § 6º, da CRFB/88, cria uma situação desfavorável às prestadoras de serviço público, ao exigir destas a prova da inexistência do liame afetivo, pois isto extrapola a sua capacidade probatória. Não raro, protegido pelo manto da hipossuficiência técnico-probatória, é deferida a inversão do ônus da prova ao demandante, o que sequer deveria ocorrer nestes casos, em que as partes não se enquadram na condição de consumidor (direto ou por equiparação) e prestador de serviços, causando uma situação injusta ao demandado.

A evolução do direito rígido ao mais humano, lastreado em princípios com força de lei, aliado à prevalência dos valores individuais sob os materiais, atribuiu ao Poder Judiciário uma responsabilidade que jamais se viu no direito brasileiro, qual seja: a de entregar a prestação jurisdicional da forma mais justa, mediante a solução de conflitos baseada não somente em leis, mas na sensibilidade do julgador.

Não se pode deixar, no entanto, que a proteção ao hipossuficiente, frente aos demandados em geral, imponha a estes uma situação injusta, consistente no dever de compensar uma dor moral a um terceiro que se beneficia dos preceitos da responsabilidade objetiva, sem que este sequer realize a prova de seu direito, mediante a demonstração do liame afetivo e do sofrimento da perda.

A subjetividade intrínseca no dano moral não pode permitir que o suposto ofensor esteja condenado a ficar *ad eternum* refém de novas demandas, limitadas apenas ao instituto temporal da prescrição e decadência, sob pena de gerar uma situação de insegurança jurídica.

O presente não tem a pretensão de esgotar a discussão emergente acerca da legitimidade do núcleo familiar de ser parte em uma demanda judicial, mas apenas a de levar o leitor a refletir que o Poder Judiciário deve agir para evitar o descrédito do instituto do dano moral – o qual necessitou de fortes embates jurídicos para ser conquistado e assegurado pela Carta Magna, através da repressão, ao atuar temerário da busca por indenização a qualquer custo e do estabelecimento de limites a se evitar que a legitimidade processual de demandar seja ilimitada.

Caberá à jurisprudência a sedimentação de conceitos e o estabelecimento das diretrizes, e, em especial, às instâncias extraordinárias a fixação de padrões, evitando precedentes, injustiças e prestigiando a isonomia substancial, haja vista que a possível desconformidade dos julgados concorre para a instabilidade e insegurança jurídica.

NOTAS

[1] (AgRg no REsp nº 1.236.987 – RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 2/8/11)

[2] (REsp no 1101213/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2/4/2009, DJe 27/4/2009); (AgRg no Ag 1.255.755/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/5/2011, DJe 13/5/2011); (REsp 1.139.612/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/3/2011, DJe 23/3/2011)

[3] SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 79

[4] THEODORO JUNIOR, Humberto. *A liquidação do Dano Moral. Ensaios jurídicos – O Direito em Revista.* Rio de Janeiro: IBAJ – Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996, v. 2, p. 513)

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

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

[6] §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[7] ADI 4277 e ADPF 132

[8] Art. 5º, inciso II: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Art. 5º, inciso V: É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Art. 5º, inciso XXXV: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Art. 5º, inciso X: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Art. 186 do CC: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 do CC: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Foto: Aleij

ARBITRAGEM
A PRESENÇA DO ADVOGADO

Roberto Rosas
Membro do Conselho Editorial
Advogado

A arbitragem não teve sucesso no Brasil até o advento da Lei nº 9.307, de 23/9/96, que a disciplinou. Nesses quinze anos, já pode ser vista como meio de solução de conflitos, ao lado da mediação. O Supremo Tribunal Federal colaborou intensamente para o prestígio do instituto, no julgamento da Sentença Estrangeira nº 5206-7, afastando qualquer inconstitucionalidade legal.

Quando da discussão parlamentar do projeto dessa lei, houve certa resistência dos advogados, daqueles que viam a possibilidade de exclusão da classe, no ponto em que a presença do causídico seria facultativa, e não obrigatória, à participação do advogado na arbitragem. Esse é um aspecto que merece atenção.

A Constituição Federal reconheceu que o advogado é indispensável à administração da Justiça (art. 133, CF/1988), sendo que , certamente, é um conceito que vai muito além de Poder Judiciário.

De forma muito simplificada, se extrai dessa norma constitucional a imprescindibilidade de que o causídico esteja presente no desenrolar de questões – a exemplo da arbitragem – cuja própria natureza, ainda que não jurisdicional, faz nascer, permanecer ou encerrar um direito oponível por seu constituinte a outrem, ou por outrem ao seu constituinte.

Existe uma motivação, um móvel, que leva o legislador a inserir determinado comando no ordenamento positivado, sobretudo quando se trata de norma de expressão constitucional.

Cabe ao advogado, pela confiança de que se vê investido e pela especialidade técnica de que se reveste, auxiliar seu constituinte nos 'contornos' e 'atalhos' do arbítrio, apontando-lhe a melhor solução no atendimento de suas aspirações.

O advogado, evidentemente, não é uma categoria especial, mas, sem dúvida, é especializada. E aí reside sua imprescindibilidade no que toca ao juízo arbitral.

Ora, por mais "simples" que seja um procedimento de saúde ou uma questão estrutural em sua casa, mais seguro o cidadão sente-se na presença do médico ou engenheiro, respectivamente. Perante uma decisão que irá refletir na sua esfera pessoal, jurídica e patrimonial-legal não é diferente.

Portanto, a questão extrapola a simples zona de conforto e segurança. Trata-se de uma decisão racional de disposição para lidar com consequências muitas vezes imprevisíveis e que não se limitam ao âmbito subjetivo individual. Ao declinar de um médico, engenheiro ou advogado, o sujeito assumirá uma responsabilidade pessoal e irrevogável. Não é um risco racionalmente aceitável.

Ao primeiro relance – e somente assim –, na nova sistemática da arbitragem, impressionou a não obrigatoriedade da participação do advogado no processo conciliatório, porquanto facultativa (art. 21, § 3º, Lei 9.307). Entretanto, tal faculdade não exclui o advogado do processo arbitral por ser figura que sempre será ouvida nas questões essenciais ligadas à Justiça.

A arbitragem é direito ou equidade. Na equidade, impõe-se a demonstração das regras equitativas, por certo com base jurídica. Ora, a equidade é também princípio da Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais, o que demonstra essência eminentemente de direito.

Surge a arbitragem, pois, de convenção por termos nos autos (judicial) ou por escrito particular (extrajudicial). Certamente, ninguém entrará em aventura jurídica sem a presença de patrono sob pena de que exatamente assim se defina sua empreitada: aventuresca.

Se a arbitragem visa a resolução célere e eficiente de uma situação, a ausência do advogado pode transformá-la na circunstância preparatória para um problema maior que não mais será passível de resolução extrajudicial. O papel do causídico aí é essencial para prevenir, traçar diretrizes, orientar e garantir o melhor resultado possível e esperado.

Ruy Barbosa disse que "Não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão dar contornos definidos e inequívocos à condição que o limita". Sim, a arbitragem tem regras, limitações, restrições e trâmites aos quais a parte, muitas vezes insegura e emocionalmente envolvida, não irá compreender e ultrapassar sozinha.

Cabe ao advogado, pela confiança de que se vê investido e pela especialidade técnica de que se reveste, auxiliar seu constituinte nos "contornos" e "atalhos" do arbítrio, apontando-lhe a melhor solução no atendimento de suas aspirações.

Carlos Alberto Carmona, um dos três membros da Comissão Relatora do Anteprojeto da Lei de Arbitragem e autor de diversas obras e artigos a respeito do tema, em lapidar exposição na sua obra, explica que "o advogado exerce, pelo menos, quatro papéis bem definidos no processo arbitral: advogado da parte, consultor da parte, consultor do órgão arbitral e árbitro".

Carmona explica ainda que no processo arbitral é exigido mais do advogado do que no contencioso, porquanto as regras são outras: dispensa-se a agressividade que outrora – em juízo – teria sua utilidade; demanda-se com frequência conhecimento de legislação internacional, senão de outros idiomas, e, por fim, há renúncia aos recursos e às manobras procrastinatórias. De fato, o autor conclui que as partes não são obrigadas a nomear advogados, mas pondera: "será difícil, efetivamente, imaginar uma arbitragem de porte médio que seja sem a presença direta e constante de um advogado"[1].

A prudência imporá às partes, na arbitragem, o socorro a advogados. Ninguém deixará a atuação do causídico a pretexto da utilização do especialista, do perito ou árbitro; pela mesma razão que ninguém pedirá ao farmacêutico, na presença do médico, que lhe examine; ou ao encanador, na presença do engenheiro, que projete a rede hidráulica de sua casa. Prudência e bom senso.

Falando em prudência e bom senso, um ponto que merece especial atenção é a cláusula compromissória. Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do "Americel" (REsp nº 450.881), reconheceu a validade da cláusula compromissória e decidiu que, depois de firmada, a parte não poderá desistir da arbitragem e ingressar no Judiciário. Assim, seja na elaboração da referida cláusula, seja ao longo do processo arbitral já instaurado, como sustentar a dispensa do advogado? Se o objetivo é exatamente evitar o ingresso posterior no Judiciário, de que outro modo, se não com o respaldo do advogado, as partes terão segurança para aceitar a proposta da parte adversária e realizar uma conciliação definitiva e bem sucedida?

Se a parte não quiser implementar a arbitragem, será compelida em juízo (art. 7º, § 3º). É necessária a presença de advogado na hipótese judicial. Acentua-se a atuação do advogado nos depoimentos, nas testemunhas e perícias. Não é crível a dispensa do advogado e a utilização dos usos e costumes.

Há, na lei, via de consequência, uma série de hipóteses de presença indispensável do advogado: nulidade da convenção da arbitragem (art. 20, § 1º); ação incidental sobre direitos indisponíveis (art. 25); nulidade da sentença arbitral (art. 33); a sentença condenatória arbitral ser título executivo (art. 30). Também a homologação da sentença arbitral estrangeira dependerá de requisição por advogado, perante o STJ.

A formação jurídica da discussão arbitral sempre imporá a convocação do advogado, porque ainda sem recurso ou homologação do laudo em juízo, o debate resvalará para o plano judiciário. As questões postas são importantes e certamente a presença do advogado é impositiva, e não optativa.

A arbitragem agora veio para ficar. Desafia o passado quando não se consolidou, seja pelas dificuldades inerentes ao importante instituto, pelo pouco tempo de vida da lei (15 anos) ou pela reticência – inexistência – em sua aplicação.

A arbitragem é viável? É importante? Sim. O fato de ter vencido a resistência histórica para se firmar como meio alternativo para a solução de controvérsias no Brasil é prova inequívoca disso. Nada obstante, também os grandes entusiastas que a viam como "a panaceia para os males de que padece o Poder Judiciário"[2] foram obrigados a aceitar as limitações impostas pela realidade: há longo caminho a percorrer.

As críticas existem e sempre existirão, como também em relação ao Judiciário. Mas elas fortalecem o caráter e ajudam no crescimento.

Na busca pelo ajuste fino, fruto da maturidade perseguida, é pertinente destacar a consciência da importância na escolha do árbitro adequado. No Judiciário, o juiz pode não conhecer a matéria, não ser especialista. Na arbitragem, não. Se há erro dos árbitros, a decisão é irrecorrível. E se a decisão estiver errada? Pode ser corrigida? Muitas vezes, não.

Em 15 anos (2011), a Lei 9.307 e, portanto, a instituição da Arbitragem, só tem louvores. O seu exercício, a sua atuação, permitiram o visível aperfeiçoamento. Certamente hoje, muitos advogados participam na arbitragem, ora como árbitros, ora como patronos das partes ou consultores. Daí a importância de que tenham aval para atuar em todas as fases do processo.

A recente popularização da arbitragem no Brasil é um indicativo de mudança de paradigmas sociais. A Ministra do STJ, Fátima Nancy Andrighi, há aproximados 15 anos escreveu sobre o tema. Afirmava, já em 1996, no artigo *Arbitragem: solução alternativa de conflitos* que "A promulgação da nova Lei de Arbitragem, há muito esperada, abrigou grandes esperanças da comunidade jurídica nacional, no sentido de que a Administração da Justiça esteja no caminho da democratização".

Sagrada autoridade no assunto, a Min. Nancy foi relatora de casos exponenciais, *leading cases* submetidos à apreciação do STJ que firmaram as diretrizes a serem seguidas pelo instituto. Ademais, conduziu campanhas nacionais para divulgar a arbitragem e defender seu melhor aproveitamento, especialmente quanto às relações de consumo. Visionária que é, antecipou o papel da conciliação na Copa do Mundo de Futebol a realizar-se no país em 2014.

Essa mudança – da qual a Min. Nancy Andrighi é uma das mais ilustres precursoras – demonstra evolução cultural do Direito que é, qualquer acadêmico o sabe, destinado a garantir a ordem, a paz e a justiça sociais. Ora, a arbitragem, neste ínterim, compõe o Direito como instrumento de manutenção da ordem social.

Na administração da justiça, via de consequência, entra o advogado. Seja por força de determinação constitucional, seja pela imposição do bom senso, seja mesmo para garantir a segurança subjetiva e o conforto emocional do litigante durante o processo de composição.

O futuro se lhe abre adiante tão certo quanto o incerto pode ser. Cheio de promessas. É típico nos jovens – e a arbitragem não é diferente – a vontade e a crença de poder mudar o mundo. Fazer diferença, fazer diferente. Desafiar paradigmas. Acreditar que, ao ser percebida pela primeira vez, já está suficientemente madura.

Nessa jornada, a ser seguida por tão louvável instituto, muitos os profissionais e leigos disponíveis e bem intencionados a assisti-la. O advogado, contudo, irá se sobressair dentre eles.

Ser advogado é prestar compromisso. É ser patrono, protetor, não apenas do constituinte ou da norma positivada, mas do Ordenamento Jurídico e da Justiça. É papel que dispensa convocação.

A presença do advogado na arbitragem, portanto, é a consequência natural da evolução do instituto e de sua radiação no cotidiano da sociedade, de modo a repassar segurança aos envolvidos no processo conciliatório e legitimidade às soluções adotadas.

NOTAS

[1] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: Um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2009. 299-300 pp.
[2] Op. cit. p. 2.

REMIÇÃO PELA LEITURA

PROJETO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, DESENVOLVIDO NAS PENITENCIÁRIAS FEDERAIS, TEM TIRADO PRESOS DA OCIOSIDADE E CONTRIBUÍDO PARA A RESSOCIALIZAÇÃO

Entrevista: Arcelino Vieira Damasceno, diretor do Sistema Penitenciário Federal

Presos considerados de alta periculosidade, cada vez mais, vêm alcançando a "liberdade" por meio da leitura. Eles participam de um projeto do Ministério da Justiça, desenvolvido nos presídios de segurança máxima de Catanduva, Paraná, e Campo Grande, Mato Grosso do Sul. De acordo com Arcelino Vieira Damasceno, diretor do Sistema Penitenciário Federal, mais de 800 livros foram adquiridos para os detentos. Na lista, constam obras tais como: *O símbolo perdido*, de Dan Brown; *A cabana*, de Wiliam Yong; a saga *Crepúsculo*, de Stephenie Meyer, entre tantos outros.

Damasceno explicou que a participação traz benefícios aos presos, como a redução da pena. "Além da remição da pena pelo estudo formal, nas penitenciárias federais de Catanduva e Campo Grande, existe o projeto Remição pela Leitura, pelo qual o preso tem de fazer resenhas da obra lida. Por essa iniciativa, os presos participantes têm direito à remição", explicou.

Mais de R$ 34 mil serão gastos na aquisição das obras para o projeto, que também se estenderá às penitenciárias federais de Mossoró e Porto Velho, no Rio Grande do Norte e Rondônia, respectivamente. "No Sistema Penitenciário Federal, por seus requisitos de segurança, o preso permanece por muito tempo em sua cela individual. Dessa forma, surgiram os projetos de leitura, pelo fato de serem de simples implantação e baixo custo, podendo o preso exercer os trabalhos em sua cela, individualmente, ocupando melhor o seu tempo e oportunizando atividades úteis que possam influenciar no seu intelecto e na sua reabilitação", destacou Damasceno as vantagens do projeto.

Confira a íntegra da entrevista:

Revista Justiça & Cidadania – Como surgiu o projeto que visa a estimular a leitura entre os detentos?

Arcelino Vieira Damasceno – O projeto foi discutido, inicialmente, em uma reunião com o conselho da comunidade da penitenciária federal, em Catanduva, na qual estava presente o juiz federal corregedor à época, que emitiu despacho judicial favorável à remição da pena pela leitura. No dia 30 de junho de 2009, ele determinou a forma de execução do projeto, fornecendo as obras a serem trabalhadas e sua execução como uma primeira experiência.

JC – Em quais unidades prisionais o projeto foi implantado e quantos presos estão sendo atendidos?

AVD – O projeto foi implantado nas penitenciárias federais de Catanduva e Campo Grande, atendendo a 65 e 22 presos, respectivamente.

JC – Que tipos de livros são fornecidos aos presos?

AVD – Livros como *Crime e Castigo*, *Incidente em Antares*, entre outros.

JC – A iniciativa traz que tipos de benefícios aos presos?

AVD – Além da remição da pena pelo estudo formal, nas penitenciárias federais de Catanduva e Campo Grande, existe o projeto Remição pela Leitura, pelo qual o preso tem de fazer resenhas da obra lida. Por essa iniciativa, os presos participantes têm direito à remição. Vale lembrar que, recentemente, por meio da Lei 12.433, de 29 de junho 2011, houve alteração na Lei de Execução Penal (7.210/1984), dispondo também pela remição de parte do tempo de execução da pena pelo estudo e não mais só pelo trabalho, como previa anteriormente.

JC – De acordo com a legislação, a remição pelo estudo reduz um dia de pena a cada doze horas de frequência escolar. Como é com a leitura?

AVD – No caso da Penitenciária Federal em Catanduva, o juiz concede quatro dias de remição para 12 dias de atividades, que deverão envolver a leitura e a produção da resenha, assim como a análise desta pela Comissão de Avaliação. O autor da melhor resenha ganha mais um dia de remição, totalizando cinco dias. Já na Penitenciária Federal em Campo Grande, são três dias de remição pelo prazo de 20 dias de efetiva atividade. Diversas obras da Literatura brasileira já fizeram parte do projeto. Foi elaborada Minuta de Portaria Conjunta DEPEN/JF do projeto

Remição pela Leitura, em análise, com vistas à institucionalização do referido projeto no âmbito do Sistema Penitenciário Federal, bem como a padronização das atividades e dos dias de remição.

JC – Quando o projeto começou nessas penitenciárias?
AVD – Diversos projetos de incentivo à leitura já foram implantados nas penitenciárias federais, porém a remição pela leitura e confecção de resenhas teve início em 2009, em Catanduvas e 2010, em Campo Grande.

JC – O projeto da leitura vem acompanhado de alguma outra atividade, como palestra com especialistas, cursos de profissionalização ou educação formal?
AVD – O projeto vem sendo integrado a outras iniciativas da mesma natureza, executados nas penitenciárias federais, como por exemplo, o projeto Uma Janela para o Mundo – Leitura nas Prisões, o qual é fruto de uma parceria com a Unesco e Ministérios da Educação, Cultura e Desenvolvimento Agrário. Essa iniciativa consiste na realização de oficinas de leitura ministradas por escritores e especialistas no estímulo ao incentivo à leitura, tanto para presos como para servidores do Sistema Penitenciário Federal. Além disso, as penitenciárias federais contam com educação formal e cursos profissionalizantes.

JC – Quantos livros estão sendo adquiridos para as penitenciárias?
AVD – 816, sendo 204 livros para cada penitenciária federal.

JC – As penitenciárias têm bibliotecas?
AVD – Sim, o projeto de todas as penitenciárias prevê a criação de bibliotecas. Os livros que compõem o acervo das bibliotecas são frutos de doações de familiares de presos, parte da Justiça Federal e de alguns órgãos como Ministério da Educação, Ministério da Cultura e Ministério do Desenvolvimento Agrário, por exemplo.

JC – O projeto também será estendido a Mossoró e Porto Velho?
AVD – Mossoró e Porto Velho ainda aguardam a manifestação de seus respectivos juízes federais corregedores quanto à autorização para início do projeto.

JC – Mas há alguma previsão de data para a iniciativa começar em Mossoró e Porto Velho?
AVD – Ainda não temos previsão.

JC – A escolha dos livros é feita por uma comissão que lê a resenha. Quem a compõe?
AVD – A comissão é composta por membros do conselho da comunidade local, ou seja, integrantes da sociedade civil brasileira, que trabalham de forma voluntária, como assistentes sociais, pedagogos, psicólogos e terapeutas ocupacionais.

JC – Qual é o valor do investimento realizado no projeto?
AVD – Estima-se em R$ 34.170,85 o valor total da aquisição das obras.

Foto: Arquivo pessoal

JC – Qual é o acervo das penitenciárias?
AVD – O acervo atual das unidades, sem contar ainda com os livros adquiridos pelo DEPEN, os quais estão em fase de entrega, é o seguinte: Catanduvas, 3.592 livros; Campo Grande, 2.958 livros.

JC – De que forma o projeto tem ajudado a ressocializar os presos?
AVD – No Sistema Penitenciário Federal, por seus requisitos de segurança, o preso permanece por muito tempo em sua cela individual. A oferta de trabalho é limitada, não só pelas ditas normas de segurança como também pelos espaços físicos existentes. Dessa forma, surgiram os projetos de leitura, pelo fato de serem de simples implantação e baixo custo, podendo o preso exercer os trabalhos em sua cela, individualmente, ocupando melhor o seu tempo e oportunizando atividades úteis que possam influenciar no seu intelecto e na sua reabilitação.

JC – A ociosidade dos presos é um dos principais males do sistema carcerário atualmente. Muitos estados realizam iniciativas para combater isso, mas não existe uma padronização nem disseminação das práticas realizadas. Em sua opinião, deveria haver alguma lei regulando isso?
AVD – A Lei de Execução Penal já prevê as modalidades assistenciais aos presos. Busca-se o integral cumprimento dessa legislação em consonância com as especificidades do Sistema Penitenciário Federal.

JC – O cárcere, hoje, no Brasil é classificado por muitos como "escola do crime". O senhor concorda com essa afirmação? Na sua avaliação, o que pode ser feito para melhorar o sistema?
AVD – A efetivação progressiva das modalidades assistenciais aos presos garante um ambiente menos vulnerável durante o cumprimento da pena. Nesse sentido, a individualização da pena, promovida por equipes multidisciplinares e pelas comissões técnicas de classificação de cada uma das penitenciárias federais, configura-se como principal instrumento no âmbito da execução penal.

A PRISÃO EM FLAGRANTE E A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

Fábio Calheiros do Nascimento
Juiz de Direito do TJESP

A principal característica dos direitos fundamentais de primeira geração ou, como preferem alguns, de primeira dimensão, para não se causar a impressão de que eles se substituem no tempo, quando, em verdade, se acumulam, é a limitação à atuação estatal.

Exige-se do Estado uma posição passiva de respeito à liberdade dos indivíduos, o que, na clássica divisão de Georg Jellinek denominou-se de *status* negativo.

Há autores que preferem chamá-los de direito de defesa[1] ou de direito de resistência[2], justamente para evidenciar o seu caráter protetivo em relação ao Estado e seus tentáculos.

Em geral, essa omissão do Estado prestigia as chamadas liberdades públicas, que envolvem a liberdade de expressão, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa, a liberdade de informação, e outras tantas.

Mas ela não se limita a esse fim.

Dentro desse amplo conceito de liberdade se visa preservar também o que os americanos chamam genericamente de *right to privacy*, que no ordenamento brasileiro abrange, segundo posição de André Ramos Tavares, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo, dentre outros.[3]

A fim de assegurar essa esfera de liberdade e de privacidade *lato sensu* dos indivíduos, após longos anos de luta contra abusos estatais, sobretudo no período do absolutismo, é que a doutrina pátria costuma sustentar que é critério de interpretação a atribuição da máxima eficácia possível aos direitos fundamentais.

> **Em outras palavras, na interpretação de um direito fundamental deve-se fazê-lo com a intenção de conceder-lhe o maior âmbito possível de geração de efeitos jurídicos, e não o contrário.**

Em outras palavras, na interpretação de um direito fundamental deve-se fazê-lo com a intenção de conceder-lhe o maior âmbito possível de geração de efeitos jurídicos, e não o contrário.

Na seara dos direitos fundamentais de primeira dimensão, esse princípio interpretativo se expressa pelo brocardo *in dubio pro libertate*. Destarte, havendo dúvida quanto à correta interpretação que se deve dar ao direito fundamental de primeira dimensão, que se faça em favor do seu alargamento, em favor do indivíduo, e não da sua restrição, em favor do Estado.

Ocorre que chama atenção, há algum tempo, a quantidade de prisões em flagrante que ocorrem no interior de domicílios, sob justificativa de que o crime praticado pelo meliante é permanente, sobretudo quando se trata de tráfico de entorpecentes.

Existe, de fato, crime dessa natureza, pois com relação a isso não se discute. Nesse sentido, o artigo 303 do Código de Processo Penal é claro e a doutrina penal é pacífica.

Contudo, essa justificativa é usualmente utilizada de forma indevida, só se compatibilizando com uma interpretação restritiva ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que é inaceitável.

Senão, veja-se:

O direito à inviolabilidade do domicílio, previsto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 contém o seguinte texto: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Quanto ao objeto de proteção desse artigo, em atenção àqueles critérios de interpretação e considerando que esse direito é uma extensão do direito à privacidade, o STF entendeu que ele abrange "qualquer compartimento habitado, qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade".[4]

Qualquer pessoa que esteja em um desses locais, portanto, está protegida pela norma constitucional.

O que interessa mais de perto, entretanto, são as exceções à inviolabilidade, sobretudo aquela concernente ao flagrante.

Como se verificou, cinco são as exceções: consentimento do titular do direito, cumprimento de ordem judicial, prestação de socorro, desastre ou flagrante delito.

Deixando de lado a exceção relativa ao ingresso com consentimento de quem de direito, que é uma situação peculiar, indaga-se: basta a existência de uma dessas quatro circunstâncias para que uma pessoa possa ingressar em domicílio alheio ou, mais do que isso, ela precisa estar ciente da existência dessa circunstância para que esse ingresso esteja em consonância com a ordem constitucional vigente?

A princípio, a resposta é clara, fazendo até parecer que a pergunta é vazia de finalidade.

É evidente que a pessoa que ingressa em domicílio alheio, em caso de desastre ou para prestar socorro, tinha ciência da ocorrência de uma dessas situações fáticas antes de ingressar no domicílio. Ela o fez, justamente, em razão da ocorrência do desastre ou da necessidade de prestar socorro ao titular do direito protegido constitucionalmente.

Foto: Arquivo pessoal

Quanto à exceção constitucional relativa ao cumprimento de ordem judicial, a conclusão não é diferente.

O agente do Estado ou quem esteja a serviço do Estado, sem dúvida, tem ciência da ordem judicial previamente ao ingresso em domicílio alheio.

Nesse diapasão, poder-se-ia dizer com tranquilidade que o flagrante só justifica com o ingresso em domicílio alheio, quando a pessoa que pretende efetuar a prisão, antes de ingressar no domicílio do criminoso, tem ciência de que ele pratica o crime naquele momento e naquele local.

Na consciência do agente, que está prestes a efetuar a prisão em flagrante, portanto, deve existir o seguinte pensamento: "flagro-o cometendo um crime, logo ingresso no seu domicílio para prendê-lo".

Essa é a interpretação que se extrai do contexto do artigo em comento, sendo também a interpretação teleológica que parece deva prevalecer.

A própria origem histórica do termo flagrante passa essa ideia.

Segundo se extrai da doutrina, ela deriva do latim *flagrans, flagrantis*, que, por sua vez, decorrem do verbo *flagrare*, que significa queimar, arder, crepitar. Em suma, é aquilo que está em chamas, daí dizer que se surpreende alguém em flagrante delito, ou seja, enquanto ele é cometido, enquanto "ainda está ardendo".[5]

Quando se trata de crime permanente, no entanto, não é raro observar-se uma interpretação diversa dessa.

Segundo a doutrina, crime permanente é aquele cuja consumação se protrai no tempo. Diferentemente dos outros crimes, cuja consumação se dá num determinado momento e depois deixa de existir, tal como no furto, que se consuma com a obtenção da posse mansa e pacífica do bem alheio ou do homicídio, em que a morte da vítima corresponde à consumação, no crime permanente a consumação se inicia, mas não termina imediatamente.

No tráfico de entorpecentes, essa permanência se observa em diversas condutas, dentre aquelas previstas no artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/2006, tais como: preparar, produzir, expor à venda e transportar. Mas as condutas que mais comumente acarretam prisões em flagrante irregulares consistem em ter em depósito e trazer consigo.

Isso ocorre porque essas duas condutas se caracterizam por não permitirem a imediata visualização do entorpecente, diferentemente do que ocorre com a entrega a consumo ou o fornecimento.

Em geral, nessas duas figuras típicas a droga se encontra escondida, camuflada, seja sob as vestes do criminoso, no caso dele estar trazendo-a consigo, ou dentro de algum cômodo de um imóvel, o qual também pode ser o domicílio dele, no caso dele mantê-la em depósito.

Desse modo, dificulta-se a prisão em flagrante, já que, a rigor, não há como se saber que a pessoa traz consigo ou tem em depósito entorpecente sem uma prévia revista policial.

Pois bem, é aí que reside o problema.

Exemplifique-se com fatos que ocorrem diuturnamente.

A polícia militar recebe "denúncia anônima" de que um sujeito com certas características trafica entorpecente num determinado local. Chegando a esse local, os policiais se deparam com esse sujeito, cujas características coincidem com aquelas constantes da referida "denúncia anônima". Por alguma razão qualquer, até mesmo por estar trazendo drogas consigo ou por ter drogas em depósito dentro do imóvel, o sujeito ingressa em seu domicílio correndo.

Os policiais, considerando essa atitude do sujeito suspeita, correm atrás e ingressam no domicílio dele, ocasião em que acabam flagrando-o com entorpecentes.

Trata-se de prisão em flagrante correta ou não?

Se partir-se do pressuposto de que o crime permanente permite a prisão em flagrante a qualquer momento, a resposta seria positiva.

A interpretação constitucional que se deve conferir ao artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, entretanto, deixa evidente a inconstitucionalidade do flagrante, que inarredavelmente ensejará o relaxamento da prisão.

Com efeito, o ingresso dos policiais no domicílio desse sujeito não foi precedido pela flagrante de qualquer crime.

Eles entraram em domicílio alheio sem que houvesse autorização de quem de direito, nem desastre, nem para prestar socorro, nem em cumprimento a ordem judicial, tampouco por ter havido flagrante.

No momento em que violaram o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, não havia nenhuma dessas exceções constitucionalmente previstas na consciência deles.

Justamente por isso que se pergunta, em momento anterior: bastava a existência da exceção constitucional ou se fazia necessária a ciência por parte do agente do Estado de que essa exceção constitucional existia?

Inverteu-se a regra anteriormente referida: flagro-o cometendo um crime, logo ingresso no domicílio dele para prendê-lo em flagrante.

Na espécie, o que os policiais tinham em mente quando violaram o direito em tela era o seguinte: ingresso no domicílio dele, logo flagro-o e prendo-o.

Não se tem dúvida de que se trata de uma singeleza, de um detalhe, mas que faz toda a diferença, porque reduz sensivelmente a eficácia jurídica desse fundamental direito.

Mas qual seria a atitude correta por parte dos policiais numa situação como essa?

Ora, a própria Constituição Federal de 1988 dá a resposta: ordem judicial.

Claro, porque somente o juiz, ponderando os valores constitucionais envolvidos, pode dizer se é o caso de limitar certo direito em favor de outro, realizando a devida ponderação, com fulcro em investigações realizadas pela polícia judiciária.

É o mesmo que ocorre quando se recorre ao Judiciário para se obter a interceptação telefônica das conversas de um suspeito ou a obtenção de dados bancários e fiscais de outro.

Além disso, essa posição evita problema prático, que se não é comum, também não é raro: o flagrante forjado.

Sim, porque é da natureza humana a tendência de realçar as virtudes e esconder os defeitos, sobretudo quando um desses defeitos consistiu em um erro na atuação profissional que pode redundar em acusação criminal por abuso de poder e por outros tantos crimes, e, na esfera administrativa, na perda do cargo.

Exatamente nessa linha manifesta-se Tourinho Filho:

> Infelizmente já se tornou lugar-comum o procedimento de certos policiais que colocam substância entorpecente no bolso do cidadão ou em seu veículo, ou, no caso de busca domiciliar, para que esta não resulte infrutífera, apreendem, em qualquer dos cômodos, certa quantidade de maconha ou cocaína, por eles ali colocada, e dão voz de prisão ao infeliz.... É o flagrante forjado. Daí porque devem os policiais, nesses casos, antes da busca, seja pessoal, seja domiciliar, convidar civis para assistirem à diligência.[6]

Todos têm que se sustentar e à sua família. Essa pressão é mais do que suficiente para que mesmo um bom policial, v.g., sucumba e acabe por forjar flagrante para preservar a sua liberdade e o seu cargo.

Dessa maneira, não se pode esperar que o agente do Estado que ingressa em domicílio alheio por conta de mera suspeita, não seguida da apreensão de drogas e da configuração do crime

de tráfico de entorpecentes, arque com essas consequências sem titubear.

Não se pode perder de vista, ainda, que essa posição assegura tanto mais a igualdade fática, uma vez que a experiência mostra que é muito mais fácil que o abuso policial ocorra em periferias e locais de baixa renda e instrução.

Sem dúvida que, para os defensores da segurança pública a todo custo, que justificam os meios pelos fins, essa posição não agrada, mas é o preço que se paga para se viver em um Estado Democrático de Direito, não em um Estado policial.

Verifica-se que, interpretando-se o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, de acordo com os critérios sistemático, teleológico e histórico, somente tem cabimento falar-se em prisão em flagrante, quando, efetivamente, se verifica presencialmente a prática de delito.

Dessa forma, em se tratando de crime permanente, nada impede que seja feita a prisão em flagrante, no interior do domicílio do criminoso, desde que o agente do Estado, ou, se for o caso, qualquer do povo, consiga realizar essa verificação de forma clara.

Afastada a possibilidade, portanto, de se ingressar em domicílio alheio apenas com base em suspeita, ainda que essa suspeita seja fundada, eis que essa análise quem deve fazer é o juiz, e apenas ele, como se pode verificar do artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal.

Desrespeitada essa regra, mesmo que encontrada a prova da prática do delito, o flagrante deve ser relaxado por ser inconstitucional.

Com isso, além de se aplicar a norma constitucional da forma que se exige em um Estado Democrático de Direito, evita-se, como consequência, a realização de flagrantes forjados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTAS

[1] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 178p

[2] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. 56p

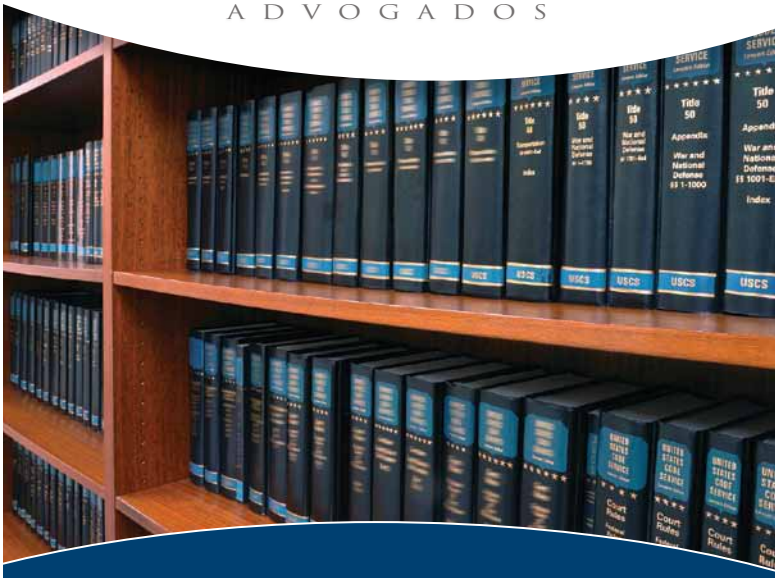
[3] TAVARES, André. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 675-676pp

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS-MV 23.595, DJ de 1º-2-2000, Rel. Min. Celso de Mello

[5] FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 423p

[6] FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 467p

BERGQVIST & ALVAREZ
ADVOGADOS



O escritório tem sede na cidade do Rio de Janeiro, com filiais em São Paulo e Salvador, além de manter estreito relacionamento operacional com outros proeminentes escritórios de advocacia nas principais cidades do Brasil, tais como Brasília e Belo Horizonte.

Nossa equipe de profissionais possui rigorosa formação técnica e experiência adquirida em inúmeros casos, de modo a apresentar soluções para os mais diversos problemas trazidos pelos clientes.

O escritório atua intensamente na área do Direito empresarial, com grande ênfase no contencioso cível e fiscal. Nossos profissionais também estão aptos a prestar assessoria jurídica a pessoas físicas e jurídicas nas áreas societária, fiscal, trabalhista, previdenciária, comercial, administrativa, ambiental, imobiliária e defesa da concorrência, entre outras.

ÁREAS DE ATUAÇÃO

Direito Tributário • Direito Civil
Direito Comercial • Direito Societário
Direito Previdenciário • Direito do Trabalho

Rio de Janeiro: Rua Sete de Setembro, 99, 15º andar – Centro Tel: (21) 2222-0107

São Paulo: Rua Padre João Manoel, 755, 15º andar, conj. 152 Cerqueira César • Tel: (11) 3896-1777

Bahia: Av. Tancredo Neves, 1.283, Sls. 403/404, Ed. Empresarial Ômega – Caminho das Árvores • Tel: (71) 3341-0707

www.ba-advogados.com.br

Foto: Ana Colla

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO STF

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
Desembargador do TJERJ

No atual cenário, embora em constante mutação, do constitucionalismo contemporâneo assume especial destaque o papel contramajoritário do Poder Judiciário, em particular das Cortes Constitucionais, como o nosso STF.

Veja-se, desde logo, pelo texto do art. 102, I, "a" da CRFB:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I – processar e julgar, originariamente:
> a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993);

No mesmo sentido, ainda que com diferentes alcance e extensão, merecem referência a alínea "q" e os §§ 1º e 2º, bem como o inciso III, alíneas "a", "b" e "c" do mesmo art. 102, e o art. 103, § 2º, igualmente da CRFB:

> (...)
> q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente

da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
(...)
§ 1º – A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.
§ 2º – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.
(...)
III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
(...)
§ 2º – Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Como facilmente se depreende, posto que com profundidade e eficácia manifestamente diversas, em todas essas situações verifica-se contraposição do papel do STF em relação aos Poderes assentados na representatividade e, na maioria, como critérios de escolha e decisão, ou seja, nomeadamente o Executivo e o Legislativo.

Somente assim pode-se tornar efetivo um sistema político-jurídico de supremacia da Constituição, sobre a qual se pronuncia, com sua habitual maestria, JOSÉ AFONSO DA ILVA:

II. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO
6. Rigidez e supremacia constitucional
A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da *supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, "é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político". Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.
(...)
8. Supremacia Constitucional Federal
Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.
(*Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 18 ed., 2000, p. 47/48)

"Já se vão longe, felizmente, os tempos em que os preceitos constitucionais eram considerados meramente programáticos, sempre dependentes, para sua aplicação concreta, de regulamentação pelo legislador ordinário, com isso se exigindo condição que, na prática, muitas vezes, os transformava em figuras de ficção."

Por outro lado, ainda sob o enfoque do constitucionalismo contemporâneo em sua dimensão pós-positivista, tem-se na atualidade o conceito de constituição aberta, interagindo com os direitos fundamentais e apresentando, em assinalada novidade a reforçar a atuação da democracia participativa e republicana, enorme repercussão na vida e na expressão política da cidadania.

Já se vão longe, felizmente, os tempos em que os preceitos constitucionais eram considerados meramente programáticos,

sempre dependentes, para sua aplicação concreta, de regulamentação pelo legislador ordinário, com isso se exigindo condição que, na prática, muitas vezes, os transformava em figuras de ficção.

Nesse sentido, importante relembrar a lição de PAULO BONAVIDES, considerado como verdadeiro patrono do novo constitucionalismo brasileiro:

> Dantes regia-se o Direito maiormente pelo dogma positivista e absoluto do princípio da legalidade, princípio que colocava, em certa maneira, a lei acima da Constituição, por haver a Carta Magna qual mera plataforma programática, com a força inspiradora da ideia, mas sem a energia vinculante da regra de Direito e, por isso mesmo, portadora de uma densidade normativa extremamente baixa, que os positivistas só reconheciam, por subsidiária, quando faziam uso dos princípios de Direito nas províncias jusprivatistas da Velha Hermenêutica.
>
> Apartado, porém, da legitimidade, de todo o ponto perdida ou erodida, com a queda dos valores clássicos da velha corrente liberal associada ainda ao privilégio (as exclusões burguesas), o princípio da legalidade chegou ao termo de sua hegemonia. Cedeu passo, numa dimensão menos formal e mais material, a outro, agora de grau superlativo e categórico: o da constitucionalidade.
>
> Este derradeiro princípio se expandiu na doutrina e entrou a incorporar elementos e conteúdos de legitimação do mais subido teor axiológico, até fundar o Direito contemporâneo com a supremacia inatacável dos princípios constitucionais, trasladados, por inteiro, da orla jusnaturalista, metafísica, abstrata e programática para a esfera juspositivista, concretista, executória e pragmática, onde avultam por sua qualidade, já incontrastável e irrecusável, de normas das normas na hierarquia do sistema.
>
> (...)
>
> O futuro das Constituições pertence, pois, ao princípio da legitimidade. Um princípio qualificado pela democracia participativa no universo político contemporâneo, onde a cidadania do gênero humano é a cidadania do mundo; onde as Cartas constitucionais exaradas pelo povo, em sua versão legítima, hão de sancionar e consagrar a tetradimensionalidade dos direitos fundamentais. Essa é, pelo menos, a plataforma constitucional de seus valores de libertação.
>
> (*Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, Malheiros Editores, 2 ed., 2003, p. 314/315)

Diante da caminhada, tão clara quanto significativa, desse neo-constitucionalismo, caracterizado por uma abertura, uma densidade e uma expressão concreta sem precedentes, a própria humanidade vem seguindo trajetória – mas que de simples formulação – de acentuada efetivação dos direitos fundamentais, assim referidos e assegurados nas cartas constitucionais das modernas democracias participativas, em movimento que irradia sua expansão para os mais diversos cantos do planeta.

Nesse contexto, aparece o papel do Judicário, como guardião da Constituição, de contramajoritário, controlando – exatamente na perspectiva de sua constitucionalidade – a atuação dos poderes Executivo e Legislativo, bem como das entidades paraestatais e, até mesmo, das empresas e sociedades privadas, abrangendo, com isso, a política, o mercado e todas as forças sociais.

Se assim acontece com o Judiciário como um todo, por meio do controle difuso de constitucionalidade, com muito maior intensidade se manifesta o fenômeno pela atividade exercida de controle concentrado exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha de raciocínio, não mais prevalece o chamado império da lei, mas, muito ao contrário, apenas daquela lei cujo conteúdo normativo esteja conforme à Constituição Federal, não se podendo mais argumentar com sua autoridade como decorrente da vontade de maiorias governamentais ou parlamentares que, antes de tudo, devem pautar suas condutas pela supremacia da Constituição, submetida esta à incontrastável interpretação do STF.

É valiosa a respeito do tema a apreciação formulada por LUIGI FERRAJOLI, professor da Universidade de Camerino, Itália, em magnífico artigo intitulado "*O Direito como sistema de gaants*":

> É nesta sujeição do juiz à constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade *endroits*: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes. É este o sentido da frase "há tribunais em Berlim": tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a

condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável à absovição.
Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sobre os quais se baseia aquilo a que chamamos "democracia substancial". (*O novo em Direito e Política*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 7 ed., págs. 101/102)

Da presente exposição, não é difícil concluir acerca da essencialidade do papel contramajoritário do Poder Judiciário, em geral, e muito especialmente do STF, a quem compete precipuamente a atividade de intérprete final e de guardião da Constituição Federal.

Não será por outro motivo que o STF, marcadamente nesse tempo de tão grandes transição e transformações políticas, sociais e econômicas, vem sendo chamado a julgar a constitucionalidade de normas referentes a uma gama cada vez mais variada de assuntos relevantes para o país, lembrando-se, como alguns dos mais recentes, o da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, o da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, o da união estável homoafetiva, o da chamada marcha da maconha, o da aplicação – no mesmo ano – de sua publicação da lei sobre a elegibilidade dos que não apresentavam "fichas limpas", entre outros de enorme repercussão.

Por outro lado, importa ressaltar que nem mesmo as emendas constitucionais escapam ao crivo do controle de constitucionalidade, ao qual também não podem deixar de se submeter as maiorias governamentais e/ou o constituinte derivado. Convém salientar que a soberania do povo, encontrada na Carta Política, deve estar ao abrigo de propostas – ainda que bem intencionadas – e de delírios escondidos sob a capa supostamente respeitável de "reformas constitucionais".

Diante de tudo isso, ainda que a tese encontre pensamentos refratários, possivelmente por confundirem investidura em poder estatal como sempre decorrente de eleição ou sufrágio, por isso mesmo como representação da maioria, assim como ocorre com os Poderes Legislativo e Executivo, pode-se sustentar, com razoável tranquilidade, a legitimação democrática – que nem por isso representa qualquer seguro contra mazelas – e a importância para a democracia participativa do papel contramajoritário do Poder Judiciário e, com especial relevância, do Supremo Tribunal Federal.

B|M Bergher & Mattos Advogados Associados | Advocacia Criminal

Rua da Assembleia, 77 . 7º andar . Centro . Rio de Janeiro . RJ . 20011-001 . Tel (21) 2224 4007 . Fax (21) 2224 4382 . www. bmda.com.br

Rio de Janeiro • Brasília • São Paulo • Porto Alegre

JUSTIÇA FEDERAL E OS TRIBUNAIS DA COPA DE 2014

Eduardo Luiz Rocha Cubas
Juiz Federal do TRF-1ª Região
Coordenador Nacional pela AMB dos Centros de Pacificação Social

Chegando a hora do gol, crescem as expectativas para o show que se espera do Brasil na próxima Copa Mundo. Na mesma medida, aumentam-se as preocupações em relação às medidas preparatórias para o grande evento, destacando-se, entre elas, a Lei Geral da Copa, que tem o grande mérito de trazer novamente o Poder Judiciário para o centro das atenções. Falemos, pois, de quem apitará essa partida: o "Juiz".

Nesse contexto internacional, ao assumir o compromisso de realizar um evento do porte que é uma Copa do Mundo, o Brasil ofereceu garantias para a FIFA, notadamente de cunho comercial, cuja defesa a eventuais violações requer uma pronta resposta da Justiça Brasileira. Estamos preparados para esse desafio?

De fato, equivocadamente, tem se publicado nos meios de comunicação não especializados que a FIFA pretende instalar no Brasil Tribunais de Exceção para julgamento dos fatos relativos ao evento, em razão da previsão contida no art. 37 do Projeto da Lei Geral da Copa, no sentido de que "poderão ser criados juizados especiais, varas, turmas ou câmaras especializadas para o processamento e julgamento das causas relacionadas aos Eventos".

Ora, da simples leitura do disposto já se verifica, de plano, que nada há de excepcional ou inédito na previsão, porque uma das primeiras lições que se aprende nas faculdades jurídicas é a de que a organização judiciária brasileira se dá por definições de competências: horizontais (normalmente por matérias: cíveis, criminais, de fazenda, etc.) ou verticais (juízes de 1ª instâncias, Tribunais de 2º Grau e Tribunais Superiores).

Nesse sentido, a previsão contida no referido projeto nada se refere à criação de Tribunais de Exceção. Muito pelo contrário, satisfaz a uma necessidade urgente da Justiça Brasileira de criar mecanismos para seu amplo acesso (art. 5º, inc. XXXV, CF/88) e para julgamentos rápidos e efetivos (art. 5º, inc. LXXVIII, CF/88) elencados no rol dos direitos e garantias individuais.

Diga-se mais, se o evento Copa do Mundo traz benefícios sociais inegáveis, entre os quais a melhora de infraestrutura do país (sistema de transporte, de turismo, segurança, acessibilidade, etc.), a medida em referência deve ser entendida como mais um efeito positivo da realização desses jogos no país, tão carente que é de Justiça.

Com efeito, do Projeto de Lei da Copa em tramitação na Câmara dos Deputados se vê que essa estrutura se destina à Justiça Federal, em razão dos compromissos assumidos pela União Federal e da competência estabelecida pela Constituição Federal, cujo art. 109, inc. I, estabelece que "Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União (...) for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente". Assim, a eventual estrutura a ser utilizada pela FIFA é a da Justiça Federal.

E não pode ser outra a conclusão, na medida em que o Projeto de Lei da Copa estabelece expressamente, em seu art. 35, que "A União será obrigatoriamente intimada nas causas demandadas contra a FIFA (...)". Inafastável, assim, a competência federal.

Aliás, será obrigatório o foro federal em toda causa que versar sobre violações aos direitos da FIFA, porque o art. 30 do referido projeto já pauta a responsabilidade da União, assumindo a mesma todos os ônus relativos à esfera civil,

Foto: Arquivo pessoal

se sub-rogando, inclusive, nesses direitos. Aqui, eventual denunciação à lide será obrigatória, na forma da lei processual (não pretendo descer amiúdes).

Portanto, o que se vê, apenas, foi uma impropriedade na redação do art. 35 do Projeto, eis que poderia ser mais expresso, de plano, ao indicar que a estrutura judiciária a ser utilizada pela FIFA será a federal, tratando desde logo em citar os juizados especiais federais, as varas federais e os Tribunais Regionais Federais.

Devo salientar que a Justiça Federal historicamente nasceu errada em sua concepção territorial, com graves violações relativas ao pacto federativo, frise-se, plenamente observado pelos organizadores do evento que souberam prestigiar diversas unidades da federação de modo justo: teremos jogos no Norte, Nordeste, Sul, Centro-oeste e Sudeste.

De fato, o mesmo não se pode dizer da Justiça Federal, que conta com apenas cinco Tribunais Federais, sendo um deles – o da 1ª Região e mais afogado – responsável por 14 Estados, abarcando cinco cidades escolhidas como sede: Manaus, Brasília, Cuiabá, Salvador e Belo Horizonte. À guisa de notícia, sequer houve o cumprimento da chamada Meta 2 do CNJ (julgamento dos processos distribuídos até o ano de 2002) por parte do TRF da 1ª Região, a indicar a situação de calamidade por que passa a Justiça Federal.

A solução para tanto já está pronta na Câmara dos Deputados, pois só falta a votação, já em segundo turno, da PEC 544, que vem reorganizar a Justiça Federal de 1º e 2º graus, e estabelece o prazo de 6 meses para a implantação e reestruturação desses órgãos, que já contam com espaços cedidos por diversos Governadores para as instalações, praticamente sem nenhum custo para a União. Aliás, 4 cidades sedes serão diretamente beneficiadas por ela: Curitiba, Salvador, Belo Horizonte e Manaus, com gritante benefício para as demais.

Além disso, está em tramitação na mesma Câmara dos Deputados o PL 1.597/2011 que prevê a criação de mais 225 cargos de juízes federais, visando a instalação de turmas recursais para atender a demanda dos juizados especiais federais. Isso para atender o que se chama o segundo grau de jurisdição.

Vale aqui observar que em termos de observância da Lei Geral da Copa, se poderia aproveitar a oportunidade de se prever no próprio PL 1.597/2011 o aumento de varas, tanto federais quanto varas de juizado, nas cidades sede da copa para que o Brasil possa atender, efetivamente, a demanda que surgirá em razão desse grandioso evento.

Se é certo que alguns estádios poderão ficar subutilizados após a copa – com o perdão das torcidas do Ceilandense ou do Guará, times inexpressivos da cidade de Brasília os quais se beneficiarão com o novo estádio, em que se investiu mais de 800 milhões de reais –, a criação de novas varas na Justiça Federal é medida urgente, que certamente beneficiará milhares de pessoas.

Portanto, em nenhum momento há a permissão para criação de Juízos ou Tribunais de Exceção, mas apenas aprimoramento do Poder Judiciário Federal como beneficiário direto da Copa Mundial de Futebol. Agradecem os mutuários da Caixa, os segurados do INSS, os servidores federais e a própria Receita Federal (União Federal) que arrecadará e fiscalizará mais.

Que venham mais juízes e os novos Tribunais da copa sem o perigo de se tornarem elefantes brancos. Bom para o Brasil, apito final!

A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A ETERNA BUSCA PELO BEM-ESTAR ECONÔMICO DA SOCIEDADE

Alex Azevedo Messeder
Advogado

O presente artigo tem por objetivo discutir aspectos relativos à interpretação da legislação de defesa da concorrência, haja vista a proximidade da entrada em vigor da Lei 12.529/11 (Nova Lei de Defesa da Concorrência) prevista para a data de 29/5/2012. A reflexão se faz oportuna, uma vez que a instituição do regime prévio obrigatório de análise de atos de concentração econômica reaviva a busca pela sedimentação de conceitos-chave para a adequada compreensão e aplicação da legislação concorrencial no Brasil.

Assim como na Lei 8.884/94, a leitura sistemática da Lei 12.529/11, nova Lei de Defesa da Concorrência – LDC, indica que a concorrência não é juridicamente tutelada como um fim em si, mas sim um meio para se criar uma economia eficiente e se preservar o bem-estar econômico da sociedade.

O estabelecimento dessa compreensão fundamental advém do fato eloquente de que o bem-estar econômico da sociedade, fim último da legislação protetiva da concorrência, pode ser alcançado tanto por meio de estruturas concentradas quanto desconcentradas de mercado, a depender das características específicas do setor da economia em questão e da ponderação cuidadosa entre os efeitos positivos e negativos de uma dada conduta ou concentração empresarial, sobre a eficiência econômica do ambiente potencialmente afetado[1].

Nesse sentido, é absolutamente essencial a compreensão de que a Lei de Defesa da Concorrência não existe para reprimir o crescimento dos agentes econômicos do mercado, seus investimentos e seus lucros, nem, muito menos, para concretizar as condições dos modelos abstratos de competição perfeita, idealizados em uma estrutura atomizada de mercado onde os agentes econômicos não disporiam de qualquer poder de mercado e onde os lucros extraordinários seriam iguais a zero[2].

Em realidade, em sua busca pela promoção do bem-estar econômico da sociedade, a LDC convive harmonicamente com diferentes níveis de concentração de mercados, desde mercados marcados por forte pulverização do poder de mercado de seus agentes, até mercados extremamente concentrados, sendo caracterizadores das situações de monopólios, oligopólios, monopônios e oligopsônios.

Exemplos claros do afirmado acima são: (i) monopólios conquistados pelo pioneirismo e pela capacidade de inovação de um agente econômico, os quais podem ou não ser protegidos por direitos patentários; e (ii) monopólios naturais[3], nos quais os custos são menores se produzida uma dada quantidade do produto em uma única firma do que em duas[4].

Destarte, diferentes estruturas de mercado convivem harmonicamente com os preceitos da LDC, na medida em que o surgimento do poder de mercado dos agentes econômicos e o seu exercício se dêem em obediência às regras que impõem o controle dos atos de concentração econômica e de práticas anticompetitivas. É o que se passa a discorrer.

Modalidades de atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

O controle do surgimento do poder econômico e o seu exercício por parte dos agentes econômicos é feito pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, nos termos da Lei 12.529/11, por meio de três modalidades de atuação:

I Prevenção antitruste: caracterizada pelo controle das estruturas de mercado, através da análise dos atos e contratos de concentração, ou seja, no exame de operações societárias – fusões, aquisições, incorporações, *joint ventures* e acordos cooperativos empresariais;

II Repressão antitruste: consistente no controle das condutas que possam caracterizar infração à ordem econômica;

III Advocacia da concorrência: papel pedagógico que visa difundir a cultura da concorrência e seus benefícios.

O controle de estruturas ou o controle das concentrações econômicas

Sob o aspecto da prevenção antitruste – ou controle de concentrações econômicas –, imposto pelo art. 88 da LDC, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE controla as operações de crescimento empresarial externo ou inorgânico, que são realizadas por meio da união de agentes econômicos relevantes, antes independentes e constituídas segundo as formas previstas no art. 90[5] da LDC, avaliando seus efeitos líquidos para o bem-estar econômico em seus mercados de atuação[6].

Por definição, o controle de concentrações econômicas é exercido apenas sobre atos e contratos que caracterizem crescimento empresarial externo ou inorgânico, ou seja, que envolvam ganhos de participação artificial de mercados por meio da união dos agentes econômicos que antes atuavam de forma independente.

Eis a redação do art. 88 da LDC:

> Art. 88. Serão submetidos ao CADE, pelas partes envolvidas na operação, os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:
>
> I pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e
>
> II pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

As operações de concentração econômica a que se referem o dispositivo e que exigem sua aprovação pelo CADE também podem ser denominadas *operações de crescimento empresarial derivado*, dado o seu caráter artificial.

O termo "artificial" é empregado para designar o fato de que a aquisição ou a ampliação da participação de mercado

Foto: Ana Wander Bastos

dos agentes econômicos envolvidos na operação se dá por meio da soma de suas quotas ou participações de mercado proporcionado pela integração empresarial, e não pela gradual conquista de mercado obtida através de efetiva competição.

Por conta deste denominado "artificialismo", na obtenção de maior participação de mercado e possivelmente maior poderio econômico, a LDC sujeita tais atos à aprovação do SBDC, nos termos do supracitado art. 88.

Existe, contudo, uma ampla gama de operações de crescimento empresarial que não se subsumem aos termos do art. 88 da LDC. São elas as operações que consubstanciam crescimento empresarial interno, orgânico ou originário, no qual os ganhos de participação de mercado gerados, incremento do porte empresarial do agente e aumento de sua lucratividade são paulatinamente conquistados pelos investimentos por ele realizados, seu pioneirismo, criatividade, eficiência e êxito frente aos concorrentes.

Tais operações, por serem consideradas mecanismos lícitos e legítimos, por excelência de competição no mercado, não requerem qualquer aprovação ou censura por parte do SBDC.

O controle das condutas ou controle das práticas anticompetitivas

Outra importante vertente de atuação da LDC consiste no controle e na repressão às condutas anticompetitivas.

> **A Lei de Defesa da Concorrência parte de conceitos-chave para sua aplicação. O primeiro, consiste na delimitação dos destinatários de suas normas, ou seja, dos agentes econômicos que são por ela tutelados e investigados quanto ao seu comportamento perante a concorrência.**

No exercício dessa função, o CADE apura a prática de comportamentos nocivos ao ambiente concorrencial levados a cabo por empresas que detêm poder sobre determinado mercado. Tais condutas são classificadas em práticas restritivas horizontais e verticais.

As práticas restritivas horizontais são assim denominadas por afetarem agentes econômicos que são competidores entre si, vale dizer que ofertam o mesmo produto ou serviço em um mesmo mercado relevante[7]. São exemplos de práticas restritivas horizontais: o cartel e a prática de preços predatórios.

Já as práticas restritivas verticais envolvem agentes econômicos distintos, que ofertam produtos ou serviços distintos e que fazem parte da mesma cadeia produtiva. São exemplos: as vendas casadas, os acordos de exclusividade, a discriminação de preços e a recusa de negociação.

Posição Dominante, Poder de Mercado e Ilícito Concorrencial

A Lei de Defesa da Concorrência parte de conceitos-chave para sua aplicação. O primeiro, consiste na delimitação dos destinatários de suas normas, ou seja, dos agentes econômicos que são por ela tutelados e investigados quanto ao seu comportamento perante a concorrência. Para tanto, a legislação antitruste parte do conceito de Posição Dominante.

Em termos jurídicos, ocorre Posição Dominante sempre que uma empresa ou um grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou de uma tecnologia a ele relativa, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Por meio dessa definição, o conceito jurídico de posição dominante remete o intérprete a critérios qualitativos e/ou quantitativos para identificação, dentre os agentes atuantes no mercado, do verdadeiro destinatário das normas de defesa da concorrência: o agente econômico detentor de Poder de Mercado.

O conceito de Poder de Mercado é tecnicamente definido como "a possibilidade de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros." [8]

De uma forma menos técnica, o poder de mercado é definido como a capacidade do agente econômico de elevar seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado, sem com isso perder todos os seus clientes.

Feito esse esclarecimento, fica absolutamente claro que o poder de mercado, como fato natural e inerente aos regimes econômicos de livre mercado, por si só, não é considerado ilegal. Apenas quando uma empresa ou grupo de empresas abusa desse poder, através da adoção de uma conduta que fere a livre concorrência, então tal prática se configura como abuso de poder econômico, conforme disposto no art. 173, § 4º, da CRFB/88.[9]

Conceituação de Abuso do Poder Econômico como Ilícito à Concorrência

Por fim, a adequada interpretação da Nova Lei de Defesa da Concorrência demanda a compreensão do conceito de Abuso do Poder Econômico. Este ocorre toda vez que uma empresa se aproveita de sua condição de superioridade econômica para prejudicar a concorrência, inibir o funcionamento do mercado ou aumentar arbitrariamente seus lucros.

Como qualquer ilícito à concorrência, o Abuso do Poder Econômico não se dá a partir de práticas específicas, mas, sim,

quando o detentor de parte do mercado age em desconformidade com os seus fins, desvirtuando e ultrapassando as fronteiras da razoabilidade.

Destarte, a prática inquinada de abusiva deve ser tal que acarrete verdadeira distorção do ambiente competitivo, seja em relação aos seus concorrentes (efeitos horizontais da conduta), seja em relação aos demais elos a montante e/ou a jusante da cadeia econômica (efeitos verticais da conduta), gerando efeitos líquidos negativos sobre o mercado e o consumidor.

Logo, verifica-se que a caracterização do abuso de poder econômico é tarefa complexa, que envolve exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados, o contexto específico em que cada prática ocorre, sua razoabilidade econômica e por fim, seus efeitos líquidos sobre o bem-estar econômico, comparando os custos decorrentes do impacto e o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes.

Conclusão

Por todo o exposto, a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência demandará de seus aplicadores uma compreensão abrangente do contexto, da finalidade e dos conceitos-chave do direito concorrencial, para que seus objetivos de modernização do arcabouço jurídico-regulatório possam ser atingidos em prol do desenvolvimento e da consolidação de um funcional e dinâmico ambiente de negócio no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Resolução CADE nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. [Anexo: Práticas restritivas definições e classificação]. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 jun. 1999. Seção 1, p. 2.

BRASIL. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001. [Anexo: Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal]. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 ago. 2001. Seção 1, p. 12-15.

KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia Industrial*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 516.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 139

NOTAS

[1] Este conceito consta explicitamente nos itens 10 a 12 da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 (GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL), e no parágrafo primeiro do Anexo da Resolução CADE nº 20, de 9 de junho de 1999 (GUIA DE ANÁLISE DE PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS), que orientam a interpretação e a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência – Lei 8.884/94

[2] Para uma exposição abrangente dos modelos teóricos de concorrência perfeita, vide a obra de Joseph E. Stiglitz e Carl E. Walsh. *Introdução à Microeconomia*, pág. 139. Editora Campus.

[3] Para uma exposição econômica do conceito de monopólio natural, vide obra organizada por David Kupfer e Lia Hasenclever "Economia Industrial", pág. 516. Editora Campus.

[4] O monopólio natural costuma ser característico das indústrias que requerem grande investimento para entrar no mercado, as quais são marcadas por economias de escala e altos custos fixos.

[5] Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou as partes de uma ou outras empresas;

III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

[6] Os critérios de análise e aprovação de tais atos são descritos em detalhes na Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 (*Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*)

[7] O mercado relevante, conceito rotineiramente utilizado na análise antitruste, é definido como o menor espaço econômico, em termos de produto e geográfico, no qual o poder de mercado é possível de ser exercido por uma firma atuando de forma isolada ou grupo de empresas agindo de forma coordenada, durante um certo período de tempo. Nesse sentido, a delimitação do mercado relevante deve ser feita considerando-se a substituibilidade da demanda nas suas três dimensões: a do produto, a geográfica e a temporal, além da substituibilidade da oferta. O detalhamento das técnicas de delimitação do(s) mercado(s) relevante(s) envolvido(s) em questões concorrenciais consta da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 (GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL).

[8] Definição constante do item 15 da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 (GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL)

[9] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

31 DE MARÇO DE 1964 – IGNOMÍNIA
SUFOCO DO REGIME DEMOCRÁTICO

Orpheu Santos Salles
Editor

Nesse dia, há 48 anos, um tufão de vergonha e humilhação varreu a Nação brasileira. Traidores da Pátria, da liberdade, da democracia e do Estado de Direito, praticaram a felonia e se conspurcaram no opróbio da indignidade. Tristemente, por meio do presente artigo, relembro esse dia fatídico e humilhante para o Brasil.

Em 31 de março de 1964, exercia a direção de jornalismo na Rádio Marconi, que tinha seus estúdios no 22º andar do prédio, posteriormente implodido, da Rua Santa Tereza, 20, esquina da Praça da Sé, em São Paulo.

A concessão da emissora foi outorgada pelo presidente João Goulart a instâncias de seus amigos e companheiros partidários, para se antepor ao proselitismo de todas as demais emissoras de São Paulo, que sistematicamente eram contra o Governo Federal.

Logo de início, a Rádio foi boicotada pelas agências de propaganda, que, seguindo instruções das grandes empresas, negavam-lhe publicidade.

Diante do fato, e como técnica para ganhar audiência, a emissora passou a transmitir durante as 24 horas do dia apenas músicas, o que a levou, em poucos meses, à liderança de audiência na capital.

No segundo semestre de 1963, os dirigentes sindicais, pressionados pelos trabalhadores e sufocados pela inflação e pelo crescente aumento do custo de vida, passaram a reivindicar aumentos salariais, e, ante a recusa das grandes empresas, começaram a eclodir os grandes movimentos sindicais e a torrente de greves que chegou a paralisar São Paulo.

Motivado pelo movimento das greves, o governador Ademar de Barros, além de reprimir manifestações fazendo uso da força policial nas ruas – espancando e prendendo trabalhadores –, passou a acusar os dirigentes sindicais de comunistas e insufladores das paralisações, inclusive apontando o Governo Federal como interessado na baderna.

E foi em defesa do presidente João Goulart que a emissora demonstrou a realidade da situação social – posicionando-se firmemente e com denodo a favor das reivindicações dos trabalhadores – atuando e criticando com acerbidade o governador Ademar de Barros.

Na véspera do fatídico dia 31 de março, eu e outros companheiros tivemos uma reunião no Sindicato dos Metalúrgicos com o presidente e o vice da instituição, Afonso Delellis e Araújo Plácido, além de outros 50 sindicalistas, face os graves acontecimentos políticos que ocorriam. O encontro terminou por volta das 4h da madrugada.

Na ocasião, residia no Hotel Lord, na Rua das Palmeiras, e por volta das 10h da manhã fui acordado pelo companheiro Dorival de Abreu, que me comunicou acerca da rebelião comandada pelo general Mourão Filho, que havia, com as tropas do exército, se deslocado de Juiz de Fora para o Rio de Janeiro.

Face o ocorrido, sugeri uma visita ao general Amaury Kruel, então comandante do II Exército, a fim de pedir garantia para o funcionamento da emissora, em face da possibilidade de o governador de São Paulo, Ademar de Barros, cometer a arbitrariedade de intervir, mandar fechar a Rádio e interromper

as transmissões, tendo em vista que, ostensivamente, ele já havia se posicionado contra o Governo Federal – conforme seus pronunciamentos públicos.

O general Kruel nos recebeu, ouviu as nossas ponderações e deu garantia de que poderíamos ficar tranquilos e continuar efetuando transmissões, pois, segundo suas palavras: "O Ademar é um fanfarrão e não vai fazer nada". Diante de sua afirmativa, retiramo-nos e seguimos para a Rádio.

Na emissora, suspendemos a programação e passamos a entrevistar, no Rio de Janeiro – onde o presidente João Goulart se encontrava –, diversos amigos e companheiros, entre os quais, Bocayuva Cunha, Raul Riff, Abelardo Jurema, Lutero Vargas, Samuel Wainer, Yara Vargas, Eloi Dutra, Maria Aragão, Roberto Alves, Sebastião Nery, Raimundo Eirado e o então presidente da UNE, José Serra, entremeando as entrevistas com as notícias que vínhamos recebendo. Fazíamos comentários sobre os acontecimentos, defendendo, com veemência, a manutenção da ordem e do regime democrático, e consequentemente com críticas acerbas e virulentas aos que se postavam contra o governo constituído.

Com a ida do presidente João Goulart para Brasília, passamos a entrevistar o Chefe da Casa Civil, Darcy Ribeiro e os deputados Almino Afonso, Doutel de Andrade, Mario Covas, Rubens Paiva e o ministro Amaury Silva – todos recriminando a ação subversiva do general Mourão Filho e a participação alarmante, provocativa e golpista do governador da Guanabara, Carlos Lacerda.

Às 19h, o governador Ademar de Barros fez um pronunciamento público através das emissoras de Rádio e Televisão, declarando-se contra o governo do presidente João Goulart, postulando sua deposição e colocando a Polícia Militar do Estado em prontidão, a favor do golpe.

Incontinênti, tentamos contato com o general Kruel, o que resultou inútil, recebendo informações de que ele se deslocara para Resende a fim de encontrar o general Âncora. Comandante do I Exército, para preparar a resistência contra a subversão da ordem.

Logo após, em menos de uma hora, recebemos ligação de Brasília, e Darcy Ribeiro nos informou que o general Kruel, em telefonema ao presidente João Goulart, não tendo conseguido que este atendesse ao seu pedido de colocar a UNE, a CGT e as associações de cabos e sargentos na ilegalidade, abandonou o Presidente, aderindo ao golpe militar. Diante desse fato, João Goulart decidiu se deslocar para Porto Alegre.

Na Rádio, continuamos defendendo com redobrado ânimo e firme propósito a legalidade, o regime constituído e a Democracia, criticando com azedume e acirrados pronunciamentos as atitudes dos golpistas, notadamente os governadores Carlos Lacerda, Ademar de Barros e Magalhães Pinto.

Em consequência das notícias que a Rádio transmitiu, ininterruptamente, começaram a chegar diversos companheiros e adeptos, que vieram emprestar apoio e solidariedade à nossa luta contra os golpistas.

Do Rio de Janeiro, recebemos a notícia enviada por Raimundo Eirado, da UNE, sob a liderança do seu presidente,

Foto: Sandra Fado

José Serra, os estudantes preparavam uma passeata em apoio ao governo de João Goulart, às Reformas de Base e contra os pronunciamentos e as manifestações que o governador Carlos Lacerda promovia pela televisão – pregando a deposição do governo de Jango, insuflando os seus adeptos e, com a participação descarada de seus policiais que invadiram a sede da UNE e promoveram sua depredação jogando os móveis na rua e incendiando o prédio.

Do Recife, o líder dos ferroviários e deputado estadual Cláudio Braga, que, em exílio no Uruguai, se tornou secretário particular do presidente João Goulart, relatou – e nós transmitimos pela emissora – que tropas do Exército comandadas pelo general Justino Alves Bastos – que, na véspera, inquirido ao telefone pelo presidente, hipotecou solidariedade e lealdade – haviam cercado o Palácio das Liberdades, exigindo do governador desse estado, Miguel Arraes, a renúncia. Face sua recusa, prendeu-o e o trancafiou no xadrez do Comando Militar.

Entre os visitantes que compareceram à emissora durante a irradiação dos acontecimentos, destacamos os sindicalistas e metalúrgicos Afonso Delellis e Araujo Plácido; Luiz Tenório de Lima, da Federação dos Trabalhadores Agrícolas; José Gonçalves dos Portuários de Santos; o compositor Geraldo Vandré, que, passado algum tempo, encontrei no porão do fétido navio-presídio Raul Soares, no qual sofreram barbaridades vários estudantes das Faculdades de Direito e Filosofia; os escritores Moisés Vinhas, Taibo Cadorniga, Paulo Guilherme Martins, marido da deputada federal Ivete Vargas; o presidente do XI de Agosto, João Miguel; os professores da Universidade de São Paulo, Caio Prado

Junior, Mario Schemberg – que, dias após, vieram a ser confinados também no xadrez do DOPS –, e uma quantidade enorme de populares que lotaram os corredores da emissora, emprestando sua adesão e solidariedade ao governo do presidente João Goulart.

Por volta das 22h, recebemos telefonema do deputado federal João Dória, que se encontrava na redação do jornal *Última Hora*, em São Paulo, nos avisando que do DOPS saíra uma caravana policial em direção aos estúdios da Rádio Marconi, com ordem de tirá-la do ar e lacrar os estúdios. Perguntado se sabia de outras atitudes, como prisões e demais violências, ele não soube nos informar.

A fim de evitar confusão e conflito entre policiais e visitantes, solicitei que estes fossem embora, o que ocorreu; permanecendo na Rádio apenas os profissionais, funcionários e amigos.

Passados 20 minutos, vários policiais chefiados pelo delegado Alcides Cintra – velho conhecido por efetuar determinadas prisões, por motivo de greve, de sindicalistas pelos quais, muitas vezes, interferi solicitando a liberdade – invadiram os estúdios em que, ao microfone, eu, com veemência e orgulho ferido pela insolência, verberava contra as violências que se praticavam. O referido delegado abusivamente deu a ordem: "Em nome do governador Ademar de Barros, determino o encerramento das transmissões", ao que respondi, travando diálogo, ainda com a emissora no ar: "Venha, então, dizer aos nossos ouvintes a razão e o motivo da arbitrariedade do Sr. Ademar de Barros, mandando invadir uma propriedade privada, autorizada em seu funcionamento pelo Governo Federal", ele respondeu: "A ordem é para encerrar, portanto encerra! "

Então, ainda no microfone, pronunciei: "Nós não temos condições de resistir a essa arbitrariedade do governador Ademar de Barros. Vamos encerrar, mas nós voltaremos um dia para continuar a luta em favor da emancipação econômica, política e social da nossa terra! Até a próxima oportunidade!" Em seguida, como anteriormente combinado, sinalizei ao técnico para pôr no ar o Hino Nacional, mas aos primeiros acordes, irritado, o delegado bradou: Eu dei ordem para encerrar, portanto encerra!", ao que lhe respondi: o hino você não pode interromper". Ele nada retrucou e o Hino foi tocado até o fim, dando por encerrada as transmissões.

Tirada a Rádio do ar, o delegado deu ordem de prisão para todos que se encontravam na emissora e determinou que aguardássemos instruções que viriam da Secretaria de Segurança. Passados uns 20 minutos, o telefone tocou, ele atendeu e me chamou. "Atenda, que o general Aldévio Lemos quer falar com você". Atendi, e o general falou: "Aguarda, Orpheu, que o governador quer falar com você". Esperei alguns minutos e veio a voz fanhosa e conhecida de Ademar: "Saiba, Orpheu, que o Jango foi deposto e já fugiu para o Uruguai. Quero te dar uma chance. Venha para o nosso lado. Eu mando reabrir a Rádio e te nomeio Secretário de Imprensa do Governo do Estado".

Surpreso com a oferta, respondi: "Dr. Ademar, eu agradeço a deferência e o convite, mas o senhor já viu, alguma vez, em uma partida de futebol, como exemplo o jogo do Corinthians x Palmeira, um jogador trocar a camisa no 2º tempo? Eu agradeço, mas estou impossibilitado de aceitar". E Ademar respondeu: "Então, não posso fazer nada para te ajudar". E desligou o telefone.

O delegado Alcides Cintra, logo a seguir, proclamou: "Estão todos presos, vamos para o DOPS", tendo eu retorquido: "Delegado, não vejo porque prender todos os funcionários. Você assistiu ao telefonema do governador me convidando para aderir. Eu ainda vou refletir sobre a proposta e não vejo razão de prender e levar todos para o DOPS. Os responsáveis pela Rádio e pela posição política somos apenas eu e o Dorival, e, não tenha dúvidas, de que, diante dos fatos e acontecimentos, eu assumirei sozinho toda a responsabilidade das transmissões políticas, e não vejo porque prender o Gil Gomes, que é locutor esportivo e que tem como seu único líder o Pelé, a menos que você queira prendê-lo e deseja se vingar dos gols que o Pelé fez contra o seu time.

Também, porque prender o presidente do XI de Agosto, José Miguel, que está apenas visitando a emissora e não tem nenhuma participação na Rádio? E o Dr. Rivaildo, advogado trabalhista? E os técnicos, locutores comerciais e o jovem repórter Francisco Adalberto Nóbrega, todos sem nenhuma responsabilidade na direção da Rádio? Enfim, não vejo razão para prender pessoas que nada tem a ver com a posição da emissora. Assim, peço que telefone para o general Aldévio, que você constatou ser meu interlocutor com o governador, e o consulte sobre as prisões dos demais, além da minha prisão e do Dorival." O delegado telefonou e recebeu ordens para levar para o DOPS apenas nós.

No DOPS fomos encaminhados ao gabinete do diretor-geral, Dr. Manoel Ribeiro da Cruz, com quem ficamos conversando sobre os acontecimentos até 4h da manhã do dia 1º de abril, quando ele nos declarou que a revolução, com a queda do presidente João Goulart, estava vitoriosa e decidida, e mandou que fôssemos recolhidos ao xadrez, em que fui registrado como o primeiro preso do fatídico golpe militar perpetrado em São Paulo.

A partir desse acontecimento seguiram-se várias prisões, inclusive no navio-presídio Raul Soares, atracado no estuário do porto de Santos, fatos que serão relatados em livro – em fase de produção – que incluirá situações vividas em épocas nas quais tive participação quando integrava tanto o gabinete do presidente Getúlio Vargas como o do presidente João Goulart.

O livro, já em fase de conclusão, relatará importantes acontecimentos políticos e administrativos dos quais fui participante e testemunha. Quanto às ocorrências nele contidas, terão em vista as importantes personalidades envolvidas da vida pública e privada, e o condão de restabelecer a verdade de muitos fatos públicos e muitas situações divulgadas com versões totalmente distorcidas e até inverídicas, relacionadas com Eurico Gaspar Dutra, Luiz Carlos Prestes, Plínio Salgado, Oswaldo Aranha, Batista Luzardo, Eduardo Gomes, Zenóbio da Costa, Pedro Aurélio Gois Monteiro, Ademar de Barros, Hugo Borghi, Janio Quadros, José Américo, Juraci Magalhães, Assis Chateaubriant, Julio de Mesquita Filho e outras destacadas figuras da História do Brasil.

BRASIF
45 ANOS PENSANDO ADIANTE

As empresas Brasif estão completando 45 anos de história. E só chegaram tão longe porque, desde o início, se apoiaram em três bases: a confiança de seus clientes, a força de seus colaboradores e parceiros e o olhar voltado para o futuro. Graças a esses valores, a Brasif cresceu e se transformou em uma referência de qualidade e inovação. Uma companhia que acredita no Brasil e, por isso, trabalha diariamente pelo seu desenvolvimento. **A todos que acreditaram nesse sonho, nosso muito obrigado.**

BRASIF MÁQUINAS
BRASIF Rental
BRASIF IMOBILIÁRIA
BRASIF INVESTIMENTOS
BRASIF AGRONEGÓCIO
Fazenda Mata Velha
GENEAL Genética e Biotecnologia Animal
LOUNGERIE
BrasifSocial
EMPRESAS BRASIF 45 ANOS

FONTES • TARSO RIBEIRO

ADVOGADOS

- Direito Econômico e Antitruste
- Direito Regulatório / Concessões de Serviços Públicos, Transportes, Telecomunicações, Portos e Rodovias
- Parcerias Público-Privadas
- Licitações e Contratos Administrativos
- Jurisdição Constitucional
  Ações Diretas de Inconstitucionalidade, *Amicus Curiae*
- Direito Tributário
- Direito Societário
- Direito Comercial
- Direito Bancário
- Direito do Consumidor
- Direito do Trabalho e Previdência Social
- Direito Imobiliário
- Direito Ambiental
- Energia, Petróleo e Gás
- Contencioso (Cível e Comercial)
- Auditoria Legal
- Reestruturação e Recuperação Econômica de Empresas
- Mercado Asiático

- *Competition / Antitrust Law*
- *Regulation / Public Services Concessions*
  Transportation, Telecom, Ports, Highways
- *Public-Private Partnerships*
- *Bidding Procedures & Government Contracts*
- *Judicial Review*
  Direct Actions of Unconstitutionality, Amicus Curiae
- *Tax Law*
- *Corporate Law*
- *Commercial Law*
- *Banking*
- *Consumer Relations*
- *Labor Law*
- *Real Estate Law*
- *Environmental Law*
- *Energy, Oil & Gas*
- *Litigation (Commercial & Civil)*
- *Audit / Due Diligence*
- *Restructurings & Reorganizations*
- *Asian Affairs*

RIO DE JANEIRO

RUA DO MERCADO, 11 • 7°ANDAR • PRAÇA XV • CEP 20.010.120 • +55 (21) 2176.7800

RIO DE JANEIRO • SÃO PAULO • BRASÍLIA

WWW.FTR.COM.BR