

ADVOCATUS

PERNAMBUCO

ANO 7 | AGOSTO 2013 | NÚMERO 11

ENTREVISTA

Frederico Preuss Duarte, coordenador da Caravana do Processo Eletrônico, fala sobre a adoção do Processo Judicial Eletrônico (PJe) pelos tribunais.

ARTIGOS

A “licença”: uma figura de direito autoral?

J. Oliveira Ascensão

Alguns aspectos jurídico-penais do problema das drogas

Roque de Brito Alves

Procedimento especial para as ações de família no projeto do novo Código de Processo Civil

Leonardo Carneiro da Cunha





ADVOGADO, VOCÊ TEM DIREITO A UM SORRISO SAUDÁVEL.

PLANO ODONTOLÓGICO GRÁTIS PARA O ASSOCIADO.

A partir de 2014, os advogados inscritos na OAB, adimplentes, podem contar com um plano odontológico integral, que oferece tratamentos preventivos, corretivos e restauradores, de alta qualidade, em modernas clínicas especializadas distribuídas na região metropolitana do Recife e principais cidades do interior de Pernambuco.

Para isso, basta inscrever-se no programa de assistência odontológica da Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco – CAAPE e usufruir um ano de cobertura, pagando apenas a taxa de adesão, no valor de R\$ 30,00.

Os atendimentos do programa de assistência odontológica da OAB/CAAPE são realizados pelo Plano Odontológico Ortoclin e oferecem:

- Mais de 350 dentistas credenciados
- Consultas e exames
- Emergência e Urgência 24h
- Ambulatório móvel
- Agendamento fácil
- Modernas instalações
- Clínica radiológica
- Restaurações diversas
- Cirurgias ambulatoriais
- Tratamento de canal
- Prevenção em saúde bucal
- Periodontia

Esse é mais um benefício promovido pela OAB para ampliar o direito de todos os advogados à saúde.

Informações e inscrições:

e-mail: planoodontologico@caape.org.br
Telefones: (81) 3223.0902 e (81) 3223.8887
Contato: Sheila Lacerda – Setor de Convênios



EXPEDIENTE

Diretoria da OAB-PE

Presidente

Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves

Vice-Presidente

Adriana Rocha de Holanda Coutinho

Secretário-Geral

Silvio Pessoa de Carvalho Júnior

Secretário-Geral Adjunto

Fernando Jardim Ribeiro Lins

Tesoureiro

Bruno de Albuquerque Baptista

Diretoria da ESA-PE

Diretor Geral

Gustavo Ramiro Costa Neto

Diretor Secretário

Venceslau Tavares Costa Filho

Diretor Tesoureiro

Carlos Eduardo Ramos Barros

Diretor Cultural

Renato Hayashi Correia de Oliveira

Diretor de Comunicação

Isaac de Luna Ribeiro

Conselho Editorial

Presidente

Gustavo Ramiro Costa Neto

Membros

Ronnie Preuss Duarte

Carlos Eduardo Ramos Barros

Venceslau Tavares Costa Filho

Renato Hayashi Correia de Oliveira

Isaac de Luna Ribeiro

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

André Regis de Carvalho

Leonardo José Carneiro da Cunha

Projeto gráfico e realização

Executiva Press

www.executivapress.com.br

Fones: (81) 3221.5926 / 3421.7673

ISSN: 2177-3416

A revista Advocatus Pernambuco é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes, da OAB-PE.

O conteúdo e a revisão ortográfica dos artigos e modelos publicados na Revista Advocatus são de responsabilidades dos respectivos autores.

A revista Advocatus Pernambuco não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de seus conteúdos só é permitida desde que citada a fonte.

Artigos para a Revista Advocatus podem ser enviados para o email culturaesa@smartsat.com.br

APRESENTAÇÃO

Gustavo Ramiro, diretor geral da ESA-OAB/PE 05

ENTREVISTA

Frederico Preuss Duarte, coordenador da Caravana do Processo Eletrônico da ESA-OAB/PE 06

ARTIGOS

A "licença": uma figura de direito autoral? 09
J. Oliveira Ascensão

Procedimento especial para as ações de família no projeto do novo Código de Processo Civil 20
Leonardo Carneiro da Cunha

Alguns aspectos jurídico-penais do problema das drogas 25
Roque de Brito Alves

A deficiência para o benefício assistencial de prestação continuada 28
Maira de Carvalho Pereira Mesquita

As retóricas da (não) incidência do IPI na importação de produtos para consumo próprio 36
Francisco Arthur de Siqueira Muniz

Municipalização do licenciamento ambiental: riscos e perspectivas 46
Tiago Lopes de Andrade Lima

Uma crítica ao enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ 54
Danilo Heber Gomes

O poder normativo e a Emenda Constitucional n. 45/2004. Transgressão ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. 61
José Pandolfi Neto

A União Europeia e o Brasil: Recursos Hídricos na Política e Legislação Ambiental 79
Christiano German e Alberto Nogueira Virgínio

PARECER

Parecer de Fábio Túlio Barroso em consulta formulada pelo Sindicato dos Advogados do Estado de Pernambuco – SINDAPE, a respeito de Dissídio Coletivo diante da expressão de "comum acordo", presente no artigo 114, § 2º da Constituição da República, em decorrência da Emenda Constitucional nº 45/2004. 97

MODELOS

Modelo de instrumento particular de contrato social de constituição de sociedade de advogados 106

DISCURSOS

Discurso do ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil/seccional Pernambuco, Henrique Mariano, na solenidade de posse do novo presidente, Pedro Henrique Reynaldo Alves, para o triênio 2010 – 2012. 112

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ELEITORAL

Oportunidade de atualização para os advogados que atuarão nas Eleições 2014

Coordenação científica
Carlos Neves

Coordenação acadêmica
Renato Hayashi

Previsão de início das aulas
Setembro de 2013 (sujeito a alteração)
Carga horária: 360 horas/aula
(aproximadamente 12 meses)

Matrícula + mensalidade
• 1 + 14 parcelas de R\$ 380,00
para servidores da Justiça eleitoral, juízes
eleitorais, membros do TRE-PE e advogados
regularmente inscritos na OAB/PE
• 1 + 14 parcelas de R\$ 475,00
para os demais casos.

Inscrições na ESA-PE
Fone: (81) 3224.2425

Edital disponível no site da ESA-PE
e do Tribunal Regional
Eleitoral de Pernambuco (TRE-PE)

www.tre-pe.jus.br
www.esape.com.br



ESA



UNINASSAU
CENTRO UNIVERSITÁRIO NASSAU DE PERNAMBUCO
FAZENDO PARTE DA SUA HISTÓRIA



Gustavo Ramiro

Diretor Geral da ESA-OAB/PE

CARO(A) COLEGA,

Eis a décima primeira edição da nossa já tradicional Revista *Advocatus*. O segundo maior periódico jurídico em circulação no Brasil busca novamente tratar de assuntos que realmente importam à classe dos advogados, respeitando a tradição contemplada nas edições anteriores.

Em particular, destacamos uma esclarecedora entrevista com o Conselheiro Estadual, Presidente da Comissão de Tecnologia da Informação e Ouvidor da OAB-PE, Frederico Preuss Duarte. Na sua abordagem, são trazidas questões que afligem os advogados quando o assunto é Processo Judicial Eletrônico. As ações da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes nesta área são detalhadas, a exemplo da exitosa Caravana do Processo Eletrônico – capitaneada pelo próprio Frederico Preuss Duarte e contando agora com o quádruplo do número de professores – além da certificação digital, ambas com atuação ostensiva tanto na região metropolitana como no interior do Estado.

Além disto, contamos com vários artigos de advogados, professores e acadêmicos – incluindo-se uma publicação internacional – todos tratando de temas contemporâneos. Concluindo a novel edição da Revista *Advocatus*, temos um valoroso parecer no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho e um modelo de contrato de sociedade de advogados elaborado pela Comissão de Sociedades de Advogados da OAB-PE, além do discurso proferido pelo ex-presidente Henrique Mariano, no ato de transmissão do cargo ao nosso presidente Pedro Henrique Reynaldo Alves. Tudo foi criteriosamente selecionado por nosso Conselho Editorial, de modo a tornar revista uma publicação plural e acessível, contribuindo sempre para a difusão do conhecimento jurídico.

Esperamos, realmente, que a leitura agrade a todos.

Recife – Agosto de 2013

Gustavo Ramiro

Diretor Geral da ESA-OAB/PE

Advogados devem se adaptar ao processo judicial eletrônico



Frederico Preuss Duarte

Advogado, pós-graduando em Direito Contratual pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Conselheiro seccional da OAB-PE, membro da Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação do Conselho Federal da OAB, presidente da Comissão de Tecnologia da Informação da OAB-PE. Cordena a Caravana do Processo Eletrônico da ESA-OAB/PE.

Do papel ao meio virtual. Do processo físico ao acompanhamento feito integralmente no computador. A mudança na forma de praticar os atos judiciais é a nova realidade enfrentada pelos advogados, que têm, agora, que se adaptar com velocidade ao chamado processo judicial eletrônico. Para auxiliar a classe nessa tarefa, a Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes (ESA-PE) e da Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco (CAAPE), da OAB-PE, criaram uma série de ações, projetos e medidas para que os advogados possam deixar de utilizar o computador simplesmente como um editor de textos e ingressem na era do meio eletrônico. O projeto Caravana do Processo Eletrônico, que já percorreu mais de 15 mil quilômetros em Pernambuco, com aulas presenciais na Região Metropolitana do Recife e no interior do Estado, e certificação digital itinerante, levando a emissão de certificados digitais às cidades do interior e aos escritórios, são algumas dessas medidas. Confira mais detalhes na entrevista concedida pelo coordenador da Caravana do Processo Eletrônico, Frederico Preuss Duarte, à Revista Advocatus.

REVISTA ADVOCATUS: O que é o processo judicial eletrônico?

FREDERICO PREUSS DUARTE: Processo judicial eletrônico é a nova forma de se praticar atos judiciais e conservação do antigo caderno processual, tudo em meio digital. É o sinal da chegada da modernidade e da tecnologia ao seio do Poder Judiciário, substituindo o tradicional papel. Existem várias formas e programas relacionados a essa modernização.

Alguns sistemas, como o e-Doc da Justiça do Trabalho, não são processo verdadeiramente eletrônico, mas tão somente uma forma alternativa de praticar determinados atos processuais por meio eletrônico. Através desse sistema (e-Doc), ao invés de o advogado imprimir uma petição, assinar e levá-la até um fórum trabalhista para protocolizar, ele apenas transmite o arquivo eletrônico através da internet, diretamente do seu escritório para o tribunal, que se encarrega de imprimir e juntar a peça ao processo físico em tramitação.

Existem outros sistemas, contudo, com nível mais elevado de automação, dispensando a intervenção humana para determinadas tarefas burocráticas, e a plataforma PJe é uma delas. Por exemplo, com o programa de processo eletrônico PJe, determinadas tarefas são realizadas automaticamente, como a designação de uma audiência imediatamente após distribuir uma reclamação trabalhista, a certificação de decurso do prazo quando o lapso assinalado transcorrer sem manifestação da parte etc.

RA: Como o PJe deve mudar a vida dos advogados?

FPD: Embora a tecnologia tenha

conquistado espaço junto aos advogados ao longo dos anos, poucos desfrutam de todas as facilidades que ela proporciona. A grande maioria usa computadores, porém como simples substituição da máquina de escrever. Computador, contudo, é muito mais do que um simples editor de texto. Com o PJe, as rotinas dos advogados sofrerão consideráveis mudanças, não apenas quanto à forma de praticar os atos mas também no que diz respeito aos equipamentos necessários. Ao invés do escritório possuir um computador e uma máquina de escrever, a nova rotina exige também um novo item nos escritórios: o scanner e uma boa conexão com a internet. Além de saber manusear o sistema de processo eletrônico, o advogado também precisa aprender outras coisas que facilitarão o seu dia, como a preparação do ambiente e instalação de programas para utilizar o certificado digital, configurações adequadas para utilização do scanner entre outros. Convém lembrar que, ciente da realidade de muitos advogados e para evitar obrigá-los a adquirirem equipamentos de valores consideráveis, a lei determina que os tribunais disponibilizem os equipamentos e meios de acesso ao sistema. Em tal caso, contudo, o advogado deixa de desfrutar da grande comodidade que é praticar os atos do seu escritório e independentemente do horário do expediente forense.

RA: Hoje existe quase que uma unanimidade da necessidade de implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe). Por que, então, sua implantação enfrentou resistência dos advogados?

FPD: Os defensores incondicionais do meio eletrônico costumam confundir as críticas e

atribuí-las ao conservadorismo e à aversão a mudanças, o que não é verdade. Sem dúvida os advogados são os grandes favorecidos com o processo eletrônico. Lamentavelmente, contudo, as funcionalidades voltadas aos advogados não foram priorizadas durante a fase de concepção e desenvolvimento do sistema PJe. Esse é o verdadeiro motivo das críticas e recalcitrância dos advogados. E, sem ferramentas específicas voltadas aos advogados na fase inicial da implantação do meio eletrônico, houve advogados que encontraram dificuldades para o manuseio do sistema, o que traumatizou. Houve também dificuldade devido à precariedade do serviço de suporte dos tribunais. Esses são alguns dos motivos da resistência dos advogados ao meio eletrônico.

RA: Ainda haveria possibilidade de retardar um pouco esse processo de implantação do PJe pelos tribunais?

FPD: Entendo que a obrigatoriedade do meio eletrônico não tem respaldo legal, pois a lei prevê o meio eletrônico como uma possibilidade, e não obrigatório. A utilização do meio eletrônico crescerá naturalmente, devido às vantagens que proporciona, mas para isso é necessário haver estabilidade do sistema e ferramentas adequadas para a sua utilização pelo advogado sem riscos nem prejuízos. O advogado deve ser atraído para a sua utilização, e não forçado a usar um sistema que, nas palavras dos próprios servidores responsáveis pelos primeiros treinamentos, comparavam-no com um avião que estava sendo construído em pleno voo. Sendo precário o seu desenvolvimento, no mínimo me permitam não embarcar nessa aeronave cujo voo ainda é incerto. Espera-

mos que os tribunais reconheçam as falhas da implantação no passado e revertam o cenário atual, especialmente voltando a atenção que a advocacia merece.

RA: Quais as vantagens do PJe?

FPD: O meio eletrônico proporciona inúmeras vantagens ao advogado, como a economia com insumos relacionados à materialização (papel e toner da impressora), economia de dinheiro e tempo ao dispensar o comparecimento ao tribunal para protocolar uma petição, fácil acesso aos autos pela internet, fim das esperas para atendimento pela secretaria para consultar processos, disponibilidade dos autos simultaneamente para múltiplos atores processuais, juntada de peças processuais automaticamente aos autos, possibilidade de manter cópia integral dos autos etc.

RA: E quais as desvantagens?

FPD: A maior desvantagem do processo eletrônico decorre da sua implantação em estágio precário de desenvolvimento, o que gera insegurança. Outra desvantagem decorre da complexidade técnica. Para usar o PJe, é preciso saber instalar o certificado digital, usar um navegador específico (firefox) em uma determinada versão, possuir o computador com determinado programa (Java) instalado, atualizado e habilitado, algumas configurações liberadas (pop-up) etc. São conhecimentos de difícil assimilação por pessoas com poucos conhecimentos de informática. Apesar da aparente dificuldade, os benefícios de um sistema corretamente desenvolvido superam as dificuldades. Da forma como se encontra, o processo eletrônico representa um obstáculo no acesso ao judiciário para advogados com menos capacidade de assimilar conheci-

mentos técnicos em informática, especialmente aqueles idosos.

RA: Como a Escola Superior de Advocacia (ESA) se preparou para contribuir com a adaptação dos advogados à adoção do PJe?

FPD: Desde o ano de 2010 a ESA envida esforços para capacitar os advogados pernambucanos para o meio eletrônico. O projeto Caravana do Processo Eletrônico já percorreu mais de 15 mil quilômetros dentro do estado, e foi o primeiro projeto a ser ministrado em absolutamente todas as subseccionais da OAB em Pernambuco, em algumas delas até com múltiplos eventos. No corrente ano de 2013, devido à ampliação do meio eletrônico, a ESA enviou os professores Paloma Saldanha, Fábio Queiroz, Guilherme Veiga e Rafael Alves para evento em Brasília, onde foram capacitados para ministrar treinamentos. Com esses novos multiplicadores, aumenta a capacidade de realizar eventos em todo o estado, permitindo assim atender à demanda dos mais de 20 mil advogados pernambucanos.

RA: Que outras ações foram implantadas para auxiliar os advogados nessa adaptação?

FPD: O sistema OAB em Pernambuco há muito está preocupado em auxiliar os advogados pernambucanos. Juntamente com a Caravana do Processo Eletrônico, ESA e CAAPE desenvolvem outros programas para facilitar a inclusão digital do advogado pernambucano. Foram criados centros de inclusão digital em todas as subseccionais, para que os advogados disponham de computadores e equipamentos de digitalização (scanner). Também foi criada a certificação digital itinerante, levando a emissão de certificados digitais às cidades do

interior e aos escritórios.

RA: A CAAPE também está contribuindo para esse processo, como isso está sendo feito?

FPD: Existem alguns projetos em tramitação no âmbito da CAAPE para facilitar a inclusão digital dos advogados pernambucanos, entre os quais está a melhoria dos equipamentos que guarnecem as salas dos advogados, a criação de postos permanentes para emissão de certificados digitais nos principais fóruns, uma parceria com um fabricante de equipamentos de informática para comercializar computadores preparados para uso com o PJe sem custo adicional para o advogado, descontos para atualização do parque de informática etc.

RA: Que balanço o senhor faz da Caravana do Processo Eletrônico?

FPD: A Caravana do Processo Eletrônico é um projeto bem sucedido, que já percorreu mais de 15 mil quilômetros em Pernambuco e já capacitou mais de 3 mil advogados. A importância do projeto foi tanta, que se tornou um projeto permanente da ESA com realização de eventos regulares e periódicos.

RA: Como os advogados que ainda não iniciaram seu processo de adaptação ao PJe podem fazer para se adequar a essa novidade?

FPD: Os advogados devem procurar a ESA ou a subseccional em busca de informações sobre o próximo evento da Caravana do Processo Eletrônico nas imediações. Não havendo data prevista, o advogado deve manifestar o seu interesse e provocar outros colegas a também o fazerem, que certamente o pleito será atendido com a máxima brevidade.

A “LICENÇA”: UMA FIGURA DE DIREITO AUTORAL?

Prof. Doutor J. Oliveira Ascensão

Licenciatura em Direito em 1955. Curso Complementar (de pós-graduação) em Ciências Histórico Jurídicas em 1956. Doutoramento em Ciências Histórico-Jurídicas em Outubro de 1962. Ex-professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito de Lisboa. Membro da Comissão de Especialistas de Direito de Autor da Comunidade Europeia. Presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Presidente da GESTAUTOR – Associação de Gestão Colectiva de Direito de Autor. Presidente da Direcção do Instituto dos Valores Mobiliários. – Membro da Comissão Nacional de Ética para as Ciências da Vida por designação do Ministro da Ciência e do Ensino Superior.

SUMÁRIO

1. A estranheza da terminologia e o confronto com as licenças administrativas; 2. Equivocidade do termo no Direito Intelectual; 3. Caracterização da licença; 4. Modelos colaborativos em direitos autorais e licença; 5. A licença entre os negócios de Direito Autoral; 6. Carácter absoluto ou relativo; 7. Tipicidade legal e autonomia privada; 8. Interpretação; 9. Concessão e regime; 10. Licença e abuso.

1. A estranheza da terminologia e o confronto com as licenças administrativas

O termo “licença” é nuclear na doutrina do Direito Intelectual. Advertimos que no *Direito Intelectual* abrangemos o Direito de Autor, os Direitos Conexos e o Direito Industrial (a chamada Propriedade Industrial). Em todo o caso, neste estudo teremos predominantemente em vista o Direito Autoral, entendido como o ramo que abrange o Direito de Autor e os Direitos Conexos ao Direito de Autor.

Não obstante, a licença constitui uma categoria incômoda. Desde logo, porque o termo não é utilizado nos outros ramos do Direito Privado. Ou só o é no sentido vago de o titular de um direito permitir uma utilização do objeto do seu direito: dá abertura a aproveitamentos ou intervenções de terceiros no círculo de atribuição que o seu direito lhe confere. Mas nesse caso, não representa uma categoria técnica. Esta singularidade não tem sido objeto de atenção da doutrina.

Procurando utilização tecnicamente precisa noutros ramos da ordem jurídica, há que recorrer sobretudo ao Direito Administrativo. Aí a *licença* tem um significado definido. A doutrina portuguesa usa-a para qualificar o ato administrativo que permite a alguém a prática de um ato ou atividade relativamente proibidos. Contrapõe-na à *autorização*: por esta a Administração permitiria a alguém o exercício de um direito ou competência preexistentes do solicitante, após verificar não haver prejuízo para o interesse público. Daí que, por na licença se permitir o exercício de uma atividade relativamente proibida, aquela tenha eficácia constitutiva de uma posição jurídica nova e a autorização não. Mesmo assim, ambas seriam atos unilaterais da Administração, ainda quando tivessem como necessário pressuposto o requerimento do interessado ou como requisito de eficácia a aceitação deste ¹.

Em conclusão: a licença administrativa pressupõe o exercício por um ente público de um poder de autoridade. Pode ser discricionário ou vinculado, mas corresponde sempre a um sector que a Administração se reserva ou controla.

Confrontemos agora o ato administrativo de licença com as licenças de Direito Intelectual.

Antes de mais, avulta o fato de na licença administrativa o agente ser um órgão público, que atua (como lhe é próprio) no sentido de assegurar o interesse público. À luz deste, licencia ou não licencia. Pelo contrário, na licença de Direito Intelectual está em primeiro plano a manifestação dum interesse privado. Poderá este ser limitado no seu concreto exercício pela função social, que se faz sentir em particular no que

1 Não se integrariam num contrato, embora a Administração celebre contratos também. Cfr. por exemplo Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral III – Actividade Administrativa*, Dom Quixote, 2007, § 19/6 e 68 (embora relativizando a distinção); João Caupers, *Direito Administrativo I*, Ed. Notícias, 1996, n.º 85. Distinguem-se da concessão por nesta se manter a titularidade pública.

respeita aos direitos exclusivos, como são tipicamente os direitos intelectuais. Mas mesmo condicionados permanecem interesses privados; não ficam transfigurados como interesses públicos.

É possível porém que no recurso à figura da licença no Direito Intelectual se albergue, mais ou menos conscientemente, outra ideia: a de uma espécie de “soberania” do titular, que se exerceria sobre o bem intelectual. Isso lhe daria a autoridade sugerida pelo termo *licença*. Esta concepção, insistentemente defendida, acentuaria a proximidade verbal com a concessão de licenças administrativas. Embora, claro, se fuja da utilização do termo “soberania” ou afins e se busque antes refúgio na ambiguidade da qualificação do direito intelectual como *absoluto*².

Se for esta a base, lamentamos ter de concluir que é falsa. O direito intelectual é um direito subjetivo privado como qualquer outro. A caracterização da “licença” terá de se encontrar antes no enquadramento da figura no âmbito dos atos privados.

2. Equivocidade do termo no Direito Intelectual

Firmando-nos pois no Direito Privado, não encontramos uma utilização técnica da categoria *licença* aplicável a atos privados, fora do Direito Intelectual. Em vários casos fala-se em consentimento³ ou autorização. Prescindimos por brevidade do exame em particular e passamos imediatamente à pesquisa do termo no Direito Intelectual⁴.

Na jurisprudência e na doutrina, a utilização do termo é vasta e equívoca. Podemos distinguir várias modalidades.

I – A licença legal

Há desde logo que contrapor as chamadas *licenças legais* a todas as outras.

Na “licença legal” sugere-se igualmente um carácter “absoluto” do direito que só por exceção seria limitado. Mas é claro que aí não há nenhum exercício da autonomia: o direito intelectual não pertence ao Estado. Antes, a expressão esconde falaciosamente a pretensão de um carácter “absoluto” (no sentido de ao menos tendencialmente ilimitado) do direito de autor, que a intervenção da lei viria quebrar.

Mas não há nada disso. As chamadas licenças legais, que tornam livres atos que são ainda de utilização do bem intelectual, são simplesmente restrições dos direitos intelectuais. Compõem, com as regras que concedem faculdades, o conteúdo de atribuição do direito de autor, exatamente com o mesmo estatuto daquelas. Nada têm em si de excepcional pelo fato de estarem previstas em lei; o que não exclui que entre elas se possam encontrar também regras que, por aplicação dos critérios gerais, são excepcionais.

Assim como não há soberania do Estado sobre o direito intelectual em geral⁵, também o Estado não tem o direito de subrogar-se ao titular no exercício em concreto do direito. A competência é apenas legislativa – dita uma restrição. O conteúdo dos direitos fica nessa medida restringido. O poder de proibir deixa de abranger aquela faculdade⁶.

II – A licença compulsória

É também qualificada “licença obrigatória”. O titular fica sujeito à constituição duma licença que grava o bem intelectual.

A situação é mesmo de sujeição. O titular não pode evitar a constituição da licença. Se se opuser, a resistência é ilícita e a licença pode ser-lhe imposta em juízo.

Podemos dar um exemplo tirado do Direito Industrial – a licença dependente, regulada no art. 109 do Código da Propriedade Industrial. Prevê-se que para explorar uma invenção se torne indispensável explorar invenção precedente protegida por uma patente anterior. Para que a invenção não fique inoperante, a licença tem de ser concedida (n.º 1). Podendo acontecer que as duas patentes sirvam fins industriais da mesma ordem: nesse caso, o titular da licença anterior pode reciprocamente exigir uma patente sobre a segunda

2 E se entenda esta absolutidade como uma consequência de os direitos intelectuais serem propriedade, o que é a todos os títulos falso. Vejam-se os nossos Direitos intelectuais: propriedade ou exclusivo?, in Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ano VIII, n.º 15, 2008, 117-138; A pretensa “propriedade” intelectual, in Direito Civil e Processo – Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim, Editora Revista dos Tribunais (2007), São Paulo, 190-201; e in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Nova Série, ano 10, n.º 20, Jul/Dez 2007, 243-261.

3 No Direito da Vizinhança, que seria particularmente propício a esta utilização do termo, fala-se em “consentimento” no art. 1372 CC. No art. 1386/1 f utiliza-se “licença”, mas aí o que se prevê é a licença administrativa para a exploração de águas subterrâneas existentes em terrenos públicos.

4 E aqui, não podemos omitir uma referência à posição tomada na lei autoral portuguesa. O CDADC – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, foge a utilizar licença, o que reforça o que dissemos quanto à equivocidade da figura. Pelo contrário, já o Código da Propriedade Industrial a acolhe (arts. 107 e 264, entre vários outros). Não podemos pois prescindir de uma análise do tema, com o argumento de ser estranho ao Direito Intelectual. Também a jurisprudência e a doutrina utilizam licença, sem se darem conta do seu sentido implícito. O mesmo se passa no Brasil, com a agravante de a Lei dos Direitos Autorais a acolher com naturalidade.

5 O que não exclui que o Estado possa ser titular de concretos direitos intelectuais, mas aí é em princípio um titular como qualquer privado.

6 E tão-pouco o titular do direito tem qualquer soberania sobre o bem intelectual que é o seu objeto; tem simplesmente o ius excludendi alii.

invenção. Estas licenças são remuneradas.

Se houver recusa infundada, a licença (ou as licenças) podem ser impostas em juízo. Por isso a licença é compulsória. Mas, apesar de haver sujeição, paira sempre a ideia de que o direito exclusivo seria um “absoluto”, contra o qual se imporá uma concessão.

Em qualquer caso, não há aqui manifestação de autonomia do titular do direito intelectual. A lei impõe uma sujeição: a bem ou à força, o titular não o pode evitar. A discussão pode estar, isso sim, no preço. O juiz decide em última instância ⁷.

Não há, repetimos, um ato negocial determinante. Devemos antes aproximar-nos da execução específica das obrigações de *facere*. Como a sentença é um sub-rogado do contrato, a interpretação deve fazer-se por confronto com aquelas.

III – A licença voluntária de utilização dum bem intelectual protegido

Esta é a figura que particularmente nos interessa. Assenta na autonomia das partes, que celebram um negócio que não estavam constrangidas a celebrar. Não pode ser imposta em juízo, por não haver previsão legal: veremos porém mais tarde o que pensar perante recusas infundadas.

Esta licença voluntária tem seguramente carácter negocial.

Poderá ser negócio unilateral? Não é matéria que seja normalmente versada, mas não há nada que o impeça. Todos os tipos de negócios unilaterais de autorização podem ser utilizados. Os efeitos ficam sujeitos porém à aceitação do destinatário.

Uma vez a licença constituída, o conteúdo fundamental é sempre o mesmo: a faculdade de utilização do bem intelectual concedida. Se o direito é exatamente igual, quer resulte de livre vontade negocial quer de sentença constitutiva, é questão que pertence à teoria geral do direito; mas diríamos que é de supor que a diversidade de tipo constitutivo se reflita no regime. Já no que respeita às “licenças legais” há uma diferença marcada, porque então o conteúdo não pertence nem em abstrato ao conteúdo do direito exclusivo. Mais um motivo para as afastar completamente da nossa matéria. Daqui por diante, fica entendido que quando falamos de *licença* não teremos em vista as licenças legais.

3. Caracterização da licença

Em que consiste a licença?

Seria evidentemente impossível uma análise sistemática dos muitos modelos de licenças ⁸. Temos de nos limitar ao conteúdo típico da categoria.

A licença restringe o poder de exclusão do titular do direito sobre o bem intelectual.

O direito intelectual consiste basicamente num exclusivo de exploração econômica dum bem intelectual (como com precisão declara o art. 67/2 CDADC). Como todos os direitos de exclusivo, é um direito absoluto, no sentido de um direito *erga omnes*: caracteriza-o o poder de excluir, de afastar os outros do aproveitamento do bem. É assim um direito essencialmente negativo, pois assenta num poder de exclusão.

Consideramo-lo mesmo um direito somente negativo: resulta da interposição dessa muralha proibitiva em relação a atos que, de outra forma, cairiam dentro da liberdade de iniciativa de todos. O direito intelectual não atribui nada de positivo ao titular, uma vez que os atos sobre o bem intelectual já este os poderia exercer, mesmo antes da atribuição do direito: caberiam dentro da liberdade natural se o direito não tivesse sido outorgado por lei. A diferença está no poder de excluir os outros ⁹.

Qual é então a categoria em que poderemos integrar a licença?

A licença é uma *autorização*. Já encontramos a palavra no Direito Administrativo, mas aqui está dissociada do poder de controlo em nome do interesse público que ali a caracterizava. O titular abre uma brecha no seu exclusivo, admitindo o exercício do direito de outrem. Admite alguém a partilhar do exercício do direito, nas condições legal ou autonomamente estabelecidas. Mesmo nas licenças compulsórias esta última diversidade de condições se pode verificar: a concessão da licença é imposta, mas as partes podem estipular um conteúdo acessório na sua relação, afastando porventura um conteúdo legal de carácter supletivo.

A licença pode integrar-se num negócio complexo. Esse negócio complexo pode ser estruturado pela cedente da licença, normalmente a parte negocialmente mais forte, em termos do chamado *contrato de*

⁷ Mas este preço representa uma compensação equitativa, e não um mero valor de mercado.

⁸ Para uma situação específica, a do fotógrafo ou cameraman numa obra cinematográfica, veja-se o relato do Simpósio Bildgestaltung und Urhebervertragsrecht, Berlim, Janeiro de 2010, in GRUR Int, 8-9/10, 696, contemplando vários aspectos da situação autoral-contratual do fotógrafo (ou diretor de fotografia) do filme (que a generalidade das leis, incluindo o art. 22 CDADC, não considera co-autor da obra cinematográfica).

⁹ Mas que o direito intelectual seja exclusivamente negativo ou predominantemente negativo é, para os nossos presentes fins, irrelevante.

adesão: determina cláusulas que presidem a essa licença, de modo que à outra parte só resta aderir ou resignar-se a não contratar. É o que acontece frequentemente nos contratos de franquia (*franchising*): o aderente está numa posição de inferioridade evidente, em particular quando negocia com uma multinacional. Na prática, a força de fato vai muito além da força jurídica das cláusulas impostas.

A categoria do contrato de adesão deve ser substituída por uma figura tecnicamente mais precisa, a das *cláusulas negociais gerais*¹⁰. Não há uma modalidade de contrato a par de outras, há cláusulas que são apresentadas de maneira que a outra parte não as pode discutir, pois tudo se limita a aceitar ou não¹¹. A liberdade de contratar pode ficar assim reduzida à liberdade de vinculação ou celebração. Mas não é necessário que todas as cláusulas predispostas sejam indiscutíveis, basta que alguma ou algumas o sejam para que nos encontremos perante cláusulas negociais gerais.

O esmagamento da posição do licenciado não pode porém chegar a um ponto em que mesmo este mínimo, a aceitação voluntária, seja suprimido. É necessário que ele conheça a cláusula ou pelo menos esteja em condições de a conhecer. Se porventura recebeu informação e não leu, *sibi imputet*: fica vinculado à mesma. Salvo se a própria cláusula estiver viciada por si: se for uma cláusula leonina, por exemplo.

Não havendo essa possibilidade, a “aceitação” não é válida. Isto tem muita importância em licenças de *software*, designadas licenças de *shrink wrap*. O comprador ficaria vinculado desde que abrisse o invólucro: dentro estariam contidas as cláusulas que o vinculariam. Neste caso, chega-se a um extremo inaceitável. Se não tinha forma de conhecer, a aceitação está viciada¹².

4. Modelos colaborativos em direitos autorais e licença

Oferecem especialidades os chamados métodos ou modelos colaborativos.

No domínio dos direitos autorais, e em grande parte por contraposição aos chamados regimes “proprietários” de direitos, desenvolveram-se as assim chamadas “licenças” que lhes seriam correspondentes. Dentro da multiplicidade de sistemas existentes, consideraremos em particular as licenças *creative commons* e as licenças no domínio informático, centradas no *copyleft*: pois estas nos bastam para a temática que prosseguimos. As licenças de *creative commons* têm por referência o direito de autor em geral e conduzem a uma sinalização predefinida que pode ser aposta em textos, exprimindo os tipos de utilização que o detentor do direito de autor libera. As licenças de *copyleft* emergiram no âmbito dos programas de computador e admitem uma utilização e desenvolvimento coletivos de um programa pelas contribuições de sucessivos transmissários de direitos. Têm de comum a exigência típica de gratuidade, excluindo disponibilizações onerosas por qualquer membro da cadeia¹³; mas por outro lado abrem espaço à elaboração progressiva a partir do bem intelectual cedido por meio de modificação ou transformação, embora os contributos subsequentes não possam ser apropriados em exclusivo por quem os realiza.

Não nos preocupamos com subdistinguir as variantes possíveis, que são inúmeras¹⁴. Limitamo-nos ao que respeita à intervenção da figura da licença.

E a pergunta imediata é esta: haverá então verdadeiramente licenças? Ou o titular abre mão do seu direito, que fica em regime de livre apropriação por todos?

A resposta depende de se verificar se a situação resultante pode considerar-se como produto de uma licença.

Iniciamos a análise pelas consequências. Imaginemos que o titular originário *A*, direta ou indiretamente, outorga uma licença de *copyleft* sobre um programa de computador a *B*. *B* faz alterações, que vamos entender como melhoramentos no programa, e aliena-o a *C*, cobrando *royalties*.

Subsistia algum direito de *A* sobre o programa, após a transformação, que lhe permita impugnar o contrato? Subsistia. Por isso *A* pode resolvê-lo por incumprimento contratual. O programa não é uma *res nullius*. Mesmo após várias transmissões em cadeia, continua objeto do direito de *A*.

Apurado que não há uma renúncia aos direitos, cabe apurar ainda se o negócio inicial representou uma licença ou não.

É perfeitamente possível um titular licenciar um direito sobre um bem intelectual, disponibilizando atos de modificação e transformação. Portanto, o esquema do modelo colaborativo é compatível com uma licença.

¹⁰ Expressão que preferimos à corrente, cláusulas contratuais gerais, porque nada impede que haja a fixação unilateral de cláusulas indiscutíveis em atos unilaterais, como os negócios de bolsa.

¹¹ Veja-se o nosso Direito Civil – Teoria Geral, vol. III, Relações e Situações Jurídicas, Coimbra Editora, 2002, n.os 106 e 107 e segs.

¹² E estaria também mesmo em casos em que o invólucro, sendo transparente, permitir divisar o clausulado, se isso não permitir não obstante a apreensão das cláusulas em condições normais.

¹³ Mas não é excluída uma remuneração limitada a compensar os custos emergentes do desenvolvimento e disponibilização ulterior da obra modificada ou transformada.

¹⁴ Uma exposição aprofundada desta matéria encontra-se em Jaeger / Metzger, Open Source Software, C.H. Beck, 2002, que mostram a riqueza de modalidades de licenças de software que podem pactuar-se.

Mas parece que neste caso há mais que isso. Não há apenas licença de utilização, há atribuição de direitos sobre o próprio bem intelectual que vão além do que resultaria do simples licenciamento. Assim, o beneficiário, tal como recebeu, pode transmitir parcialmente e onerar, embora na medida das condições contratuais em que adquiriu; bem como pode reagir ele próprio em defesa do direito.

Então, devemos concluir que, tecnicamente, temos mais que uma mera licença. Pode haver transmissões parciais ou onerações, com poderes de ultra-transmissão ou ultra-oneração do direito recebido e limitações contratuais inerentes, e não apenas a licença de uma forma determinada de utilização.

A figura é tão complexa que, parece, cada interveniente se integra na cadeia como um elo mais, mas não sai dela quando “licencia” a outro. Continua sendo beneficiário do direito, com ou sem alterações por ele introduzidas no bem intelectual, mantendo nomeadamente legitimidade concorrente para se opor a desvios que, em relação às restrições contratuais, se venham depois a verificar.

Os métodos colaborativos suscitam muitos outros problemas, que seria deslocado abordar aqui. Um deles é o da relação com o *direito pessoal*¹⁵ de autor. Foi dito que não era admissível a atribuição a outrem do poder de modificar, pois esse poder ou faculdade é uma das que têm sido apontadas como compreendidas no conteúdo do direito pessoal de autor. Admitimos que haja faculdades pessoais de modificação, que se manifestam em casos específicos: veja-se o art. 113/1 a CDADC, que permite ao autor, mesmo após celebrado o contrato de representação, fazer as alterações na obra que julgar necessárias. Esta é uma faculdade pessoal, pois só se justifica por razões éticas¹⁶. Mas há também a faculdade *patrimonial* de introduzir modificações, quando não há aspectos éticos implicados. Esta pode ser concedida a terceiros, pois segue o regime geral das faculdades patrimoniais¹⁷. Portanto, nada tem de anômalo que nos métodos colaborativos o criador intelectual ou os adquirentes derivados abram a terceiros a possibilidade de introduzir modificações na obra.

Muitas outras questões devem ser resolvidas. Nomeadamente, qual é a posição de cada participante, em relação à obra comum? Que legitimidade tem para se opor a intervenções abusivas, em relação a aspectos que recebeu e transferiu sem alteração? E como qualificar a situação de conjunto?

Examinamos estas várias questões no nosso *Modelos colaborativos em direitos autorais*¹⁸. Aí confrontamos a situação com a da obra de conjunto. Ensaiei a qualificação como a de uma contitularidade coletiva ou de mão comum (*zur gesammten Hand*), que atribuiria a cada integrante poder e legitimação em relação ao conjunto. É matéria seguramente a aprofundar, dada a complexidade da situação.

Mas o que atrás dissemos já nos dispensa de entrar nesta outra questão. Porque não é mais um problema específico das licenças. É antes algo que há que resolver em todas as manifestações de modelos colaborativos, quer os atos de disposição se devam qualificar como licenças, como transmissões parciais ou como onerações. Defrontam-se questões gerais, que estão fora do nosso tema. Limitamo-nos a remeter para o nosso estudo acima referido.

5. A licença entre os negócios de Direito Autoral

Que poderes e deveres resultam das licenças que têm por objeto direitos intelectuais?

Além do conteúdo legal¹⁹, pode haver grande diversidade, dentro da autonomia das partes e da configuração do caso concreto.

Mas a pergunta fundamental respeita à demarcação de *licença e cessão*.

A **cessão** é outra categoria que provoca confusão terminológica no Direito Intelectual. Em termos de Direito Comparado vemos que, ao contrário de outros ramos do Direito, usa-se muito *cessão* e pouco *transmissão*. Não é que cessão seja um termo estranho, mesmo ao Direito Privado: basta pensar na cessão de créditos ou na cessão de herança. Mas há que precisar o conteúdo. O princípio é o de que cessão é utilizada em Direito Autoral como *transmissão*.

O CDADC afasta-se de diplomas paralelos estrangeiros e usa em geral transmissão e não cessão. A matéria é regulada nos arts. 40 a 55, num capítulo epígrafado “Da Transmissão e Oneração do Conteúdo Patrimonial do Direito de Autor”.

15 Qualificado geralmente como direito moral, por influência francesa, mas tal qualificação não tem sentido na nossa língua.

16 Veja-se o nosso Direito de Autor e Direitos Conexos, n.os 124 a 127.

17 Veja-se o nosso Direito de Autor e Direitos Conexos, n.o 182.

18 Modelos colaborativos em direitos autorais, in “Ensaio sobre o Direito Imaterial – Estudos em Homenagem a Newton Silveira”, Lumen Juris Editora (Rio de Janeiro), 2009, 1-18; e in Anais do XXVIII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual – Inovação e Desenvolvimento, na Revista da ABPI (São Paulo), 2008, 24-31, com o título Modelos colaborativos em direitos autorais e creative commons.

19 Sobre esta análise de vários tipos de licenças de Direito Intelectual veja-se Carlos Ferreira de Almeida, Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca, Almedina, 2007, n.os 28 II, IV, V, VI, VII e IX.

Os direitos subjetivos são sempre tendencialmente transmissíveis. O CDADC é claro na orientação que estabelece e na terminologia que adota. As categorias que consagra nos arts. 40 e seguintes são a autorização, a transmissão e a oneração. Falaremos da oneração depois. Cabe agora contrapor autorização e transmissão.

Também o CPI usa predominantemente transmissão, mas em preceitos importantes refere a cessão: é o caso do art. 31/6, que fala em cedente e cessionário. À transmissão contrapõe a *licença* e não a *autorização*. A epígrafe do Capítulo que compreende os arts. 31 e 32 é “Transmissão e licenças”. O art. 31/1 esclarece que os direitos “podem ser transmitidos, total ou parcialmente, a título gratuito ou oneroso”.

Não vemos nenhum motivo que impeça que licença e autorização sejam considerados equivalentes.

A **autorização** refere-se a uma utilização da obra (ou invenção) por terceiro (art. 40 *a* CDADC). O art. 41/1 esclarece que “A simples autorização concedida a terceiros para divulgar, publicar, utilizar ou explorar a obra por qualquer processo não implica transmissão do direito de autor sobre ela”.

A **transmissão** pode ser porém integral ou parcial. Pode o titular cortar o seu vínculo ao direito, que passa para a esfera jurídica de outrem, ou pelo contrário manter a titularidade mas ceder a outrem faculdades compreendidas no direito. Neste segundo caso, passa a haver uma sobreposição de direitos sobre o mesmo objeto, no caso, o bem intelectual.

Temos depois a **oneração**. O próprio art. 40 *b* logo contrapõe transmissão a oneração.

A ideia-base é a de que a transmissão diseca do direito intelectual uma ou mais faculdades, que deixam de pertencer ao direito intelectual originário. Pelo contrário, a oneração mantém esse direito mas limitado ou comprimido por um direito alheio de utilização de faculdades compreendidas no direito global originário.

Isto nos força a submeter esta matéria à teoria dos direitos reais, que está na base deste posicionamento²⁰. Recorde-se a contraposição da oneração ao desmembramento, vivamente discutida em tempos naquele ramo. O desmembramento significaria que uma ou mais faculdades eram cindidas do direito real e passavam a terceiro. Pela oneração entendia-se, pelo contrário, que o conteúdo do direito originário se mantinha, mas era restringido por um direito diferente que impedia o exercício daquelas faculdades. Porém, assim que o direito menor (usufruto, servidão, etc.) se extinguisse, o direito maior automaticamente retomava a sua plenitude: a isto se chama a *elasticidade*. Não haveria nenhuma retrotransmissão de faculdades, do ex-titular do direito real menor ao titular da propriedade²¹.

Podemos dizer que historicamente a teoria da oneração saiu vitoriosa. Foi por isso aproveitada no CDADC, como categoria técnica que explicaria a situação, quando o titular do direito intelectual não transmitisse os seus poderes, apenas os onerasse. Assim, quando o criador intelectual convencionasse que um terceiro beneficiaria de uma faculdade compreendida no direito intelectual durante certo prazo, expirado o prazo a faculdade era automaticamente retomada. Não seria necessário também aqui nenhum negócio de sentido oposto ao de concessão. Mesmo historicamente, não havia espaço para semelhante negócio, na esquematização típica dos casos²².

Mas se este resultado positivo se encontra no que respeita a oneração, já deixa uma dificuldade de conciliação com a categoria, que as leis de Direito Intelectual continuam a admitir, da transmissão parcial. O Direito das Coisas não a admite: todo o direito menor é constituído por oneração²³. Aqui, pelo contrário, seria necessário conjugar a oneração com esta nova categoria, a da transmissão parcial.

A transmissão parcial poderia fazer-se a prazo. Cessado o prazo, o direito concedido extingue-se e o titular originário retoma a plenitude dos poderes. Mas então, onde fica a diferença da oneração?

Pode pelo contrário a transmissão fazer-se sem prazo: o titular faz a ablação definitiva do seu direito de uma determinada faculdade, em benefício de outrem. Por exemplo, transfere ao editor a faculdade de publicar e distribuir, nos termos do contrato de edição. Mas se a editora se vem a extinguir, que acontece ao direito ou faculdade transmitida? Cai no domínio público²⁴? Será possível haver faculdades singulares tombadas no domínio público, quando o direito-raiz ainda subsiste? Ou é retomada pelo titular do direito?

20 Utilizamos o esquema técnico, não obstante a diversidade de natureza em relação aos direitos reais. André Lucas vai muito mais longe e considera mesmo o direito de autor uma propriedade (André Lucas / Henri-Jacques Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3.^o ed., Litec, 2006, n.os 24 e 25) e um direito real (n.os 566 a 569). Mas em França a situação é particularmente embrulhada pelo fato de a lei referir apenas a categoria da cessão, de modo que a categoria doutrinária da licença não tem entendimento seguro. Quanto à distinção entre a concessão de “direitos reais” e “direitos pessoais” (para significar direitos absolutos ou relativos), o A. encontra o critério distintivo no caráter exclusivo ou não exclusivo do direito transmitido. Cita uma posição curiosa de F. Poullaud-Duiliat: “os contratos de exploração só recaem sobre o monopólio, sobre os direitos, e não sobre a própria obra” (n.º 567, nt. 30).

21 Ou de outro direito maior: por exemplo, o usufruto, se onerado por uma servidão.

22 Por exemplo, se o usufrutuário morre, o proprietário de raiz não é um sucessor dele.

23 Tirando nas hipóteses, essencialmente históricas, de propriedade dividida.

24 É a posição sustentada por António Macedo Vitorino, *A Eficácia dos Contratos de Direito de Autor*, Almedina, 1995, expressa na conclusão n.º 5: “Por outro lado, se o transmissário renunciar ao direito, este não regressará à esfera jurídica do transmitente, caindo, pelo contrário, no domínio público” (pág. 252).

Mas nesse caso, a que título?

São problemas muito graves assim suscitados. Não temos a intenção de os resolver nesta oportunidade. Vamos prosseguir, procurando uma conclusão sobre a natureza jurídica das licenças, que são o nosso tema.

6. Caráter absoluto ou relativo

Qual é a natureza jurídica da licença?

Já tivemos oportunidade de anotar diversidades estruturais na categoria *licença*, mesmo nas licenças voluntárias. Fizemos nomeadamente a distinção da licença consoante tem na origem um contrato ou um negócio unilateral. Vamos agora porém prescindir dessa distinção e analisar a licença em si, abstraindo do negócio que é a sua fonte ou causa ²⁵.

Vemos com surpresa que é raro os autores, mesmo os especialistas de Direito Intelectual, deterem-se na análise desta categoria. No que respeita à ordem jurídica portuguesa, revela também que a licença é categoria importada, que continua a constituir um corpo estranho no nosso Direito.

Encontramos todavia uma obra de grande fôlego sobre a matéria, da autoria de Carlos Ferreira de Almeida ²⁶. Integra as licenças nos contratos de troca, ou seja, contratos com função de troca ²⁷. De entre estes, as licenças de direitos intelectuais pertenceriam a uma subcategoria ainda muito ampla, a de contratos de troca para o uso de coisa incorpórea. Esta subcategoria é heteróclita: as licenças relativas a direitos intelectuais são contempladas conjuntamente com figuras tão distintas como a licença de direitos de personalidade e a cedência temporária do trabalho de outrem.

Não nos podemos abalançar por este caminho, que nos levaria muito longe do nosso tema ²⁸. Aproveitando todos os contributos do autor, vamos limitar-nos aos negócios sobre direitos intelectuais, que são aqueles que permitem desvendar o significado destas licenças.

A questão básica passa a ser a de determinar o caráter absoluto ou relativo das licenças de Direito Intelectual, perscrutando os indícios que as leis nos oferecem ²⁹.

Indagando o caráter absoluto ou relativo da licença, somos colocados perante a questão da oponibilidade *erga omnes* da licença. Aqui estamos muito próximos da discussão da natureza real ou obrigacional dos direitos: não é a mesma coisa, mas é um análogo. O beneficiário da licença pode opô-la a terceiros ou o seu direito é apenas oponível ao concedente? Com a consequência de este, para vencer a oposição de terceiros, ficar à mercê da atuação do concedente na garantia do direito emergente da licença.

Os dados que a lei nos oferece para uma solução não são muitos nem diáfanos.

No Código da Propriedade Industrial a matéria é versada no art. 30/1 *b*, que sujeita a averbamento “a concessão de licenças de exploração, contratuais ou obrigatórias”. Mas dele só resulta a indicação de que o direito é sujeito a registro: a *licença obrigatória* que também refere não tem que ver com a natureza jurídica. É apenas a licença compulsória: pois, como dissemos, esta é também equivocadamente designada licença obrigatória.

Às licenças se refere depois o art. 32, cuja epígrafe é “licenças contratuais”. Vem a seguir à disciplina da transmissão, no art. 31. Admite vastamente a possibilidade de concessão de licenças contratuais. Mas algumas regras que estabelece não trazem qualquer diferença da transmissão. Assim, quer a transmissão quer a licença devem igualmente ser reduzidas a escrito (arts. 31/6 e 32/3).

A licença está sujeita a uma série de limitações, em benefício do licenciante. Assim, a licença presume-se não exclusiva (art. 32/5): logo, pode ser também pactuada como exclusiva. Mas afinal, logo o n.º 7 acrescenta que a licença exclusiva não impede o titular de explorar diretamente o objeto da licença, salvo estipulação em contrário. Para um país como Portugal, esta previsão é mortal: o mercado não tem dimensão para suportar mais de uma empresa, nestas condições; e o concedente tem toda a possibilidade, sempre que o desejar, de

²⁵ Sem ignorar, evidentemente, que a origem contratual é de longe a dominante.

²⁶ Contratos II cit., n.os 18 e segs.

²⁷ Ob. cit., págs. 129 e segs.

²⁸ Ainda por “função de troca” ser muito vago. Se nos fixamos na ideia de vantagem por vantagem, quase todos os contratos a têm. E como encontrar a troca numa autorização gratuita para representar uma peça numa festa de fim de ano escolar?

²⁹ António Vitorino, A Eficácia cit., afasta-se desta metodologia, uma vez que entende que a inerência precede a oponibilidade: seria a causa da oponibilidade. Aceita a distinção de oponibilidade forte, fraca e média, de maneira que todos os direitos teriam oponibilidade (veja-se por exemplo as fls. 162 e segs.). Não analisamos este ponto, nomeadamente no que respeita à eficácia externa das obrigações, porque o nosso problema consiste em determinar quando de uma convenção resulta um direito intelectual, com a natureza e eficácia deste. Se abstrairmos da eficácia *erga omnes*, ficamos descalços: deixamos de ter qualquer critério para apurar quando há ou não inerência ao bem intelectual. Na realidade, a busca da natureza jurídica só se pode realizar pesquisando simultaneamente se do ato resulta um direito que recai sobre o bem intelectual e se tem eficácia *erga omnes*. É a esta apreciação conjunta que se deve dirigir a análise de cada contrato singular de licença, que como veremos só se pode consumir à luz de todo o concreto circunstancialismo do caso.

explorar diretamente a invenção e liquidar a incipiente empresa concessionária.

De todo o modo, como a concessão de licenças de exploração está sujeita a registro, devemos concluir que da licença registrada resulta um direito industrial do beneficiário.

Passamos ao CDADC e à sua pluralidade de categorias. Vamos sistematizá-las e atender aos requisitos formais a que são submetidas:

I – Transmissão total e definitiva:

deve ser formalizada por escritura pública, art. 44

II – Transmissão ou oneração parciais:

devem ser realizadas por escrito, com reconhecimento notarial da assinatura, art. 43/2

III – Autorização:

deve ser realizada por escrito, art. 41/2.

7. Tipicidade legal e autonomia privada

Verificamos pois que as figuras contempladas por lei como modalidades de direitos intelectuais são todas formais, não obstante esta gradação de exigências. Há semelhança com o que encontramos em matéria de direitos industriais. Só se admitiriam atos formais, mesmo que sob a invocação ou qualificação de autorização ou licença³⁰.

Significará isto que não é possível celebrar um contrato que atribua ao beneficiário direitos meramente obrigacionais relativos a um bem intelectual?

Não o cremos.

As leis preveem especificamente estes tipos de efeitos por serem efeitos absolutos. Sendo direitos *erga omnes*, supõem necessariamente consagração legal, para dar ao público conhecimento da categoria, não o deixando sujeito a vinculações ocultas. No Direito Industrial exige o registro; no Direito Autoral a situação é mais delicada, mas exige-se ao menos o escrito.

Seria porém abusivo retirar daqui que as partes não possam atribuir aos direitos emanados dos contratos natureza obrigacional. É insuficiente para, mesmo no silêncio da lei, levar a concluir pela exclusão de licenças com efeitos meramente relativos. E isto quer no Direito Industrial quer no Autoral.

Há que considerar o grande princípio da autonomia privada, que não depende de previsão específica. Este está presente sempre que não houver princípio ou regra em contrário.

Os diplomas referidos regulam as condições em que de uma estipulação negocial pode resultar um direito absoluto. A questão é particularmente instante no que respeita a direitos autorais, porque são independentes de registro e não beneficiam pois da publicidade por este outorgada.

Mas o paralelismo com os direitos reais mantém-se. Também estes não excluem que sobre a coisa-objeto os titulares pactuem direitos meramente obrigacionais. Assim, o titular de um imóvel pode emprestá-lo ou permitir qualquer outro uso com eficácia relativa.

As obrigações não dependem de publicidade, registral ou outra. Por isso, as partes conservam sempre a liberdade de estabelecer vínculos meramente creditícios, destituídos portanto de oponibilidade a terceiros³¹. Podem fazê-lo até independentemente de forma escrita, salvo regra excepcional em contrário.

E isto corresponde à realidade dos interesses em jogo. Se um dramaturgo quer autorizar a representação duma sua peça na festa dos finalistas, pode fazê-lo livremente, sem necessidade de formalização. A própria natureza da utilização em causa indicia o que quadra a uma ou outra situação.

Se a lei o proibisse, não atenderia aos interesses em causa. Mas a lei silencia, e do silêncio não se pode retirar uma proibição.

Esta possibilidade tem extrema importância prática, nomeadamente no Direito Autoral e na gestão coletiva de direitos.

Em alguns países europeus os entes de gestão coletiva exigem dos autores, para os representar, a *cessão fiduciária dos direitos*. Como esses organismos atuam quase sempre em regime de monopólio, pelo menos de fato, os autores são constrangidos a aceitar.

A cessão é fiduciária: quer dizer que substancialmente a titularidade é do autor, mas o ente de gestão

30 Poderia tentar-se ainda uma projeção destas exigências em matéria de programas de computador. Mas aí a situação é particularmente opaca. O art. 1/2 do Dec.-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, atribui aos programas de computador que tiverem caráter criativo "proteção análoga à conferida às obras literárias". Assim, dir-se-ia que a situação referida em matéria de direito de autor seria aplicável. Mas o art. 11, sobre "Autonomia privada", manda aplicar várias disposições do CDADC, nomeadamente os arts. 40 e 45, mas não os arts. 41 a 44. Esta matéria é pois objeto de formulações e regime autónomos, que teriam de ser examinados por si.

31 Isto sem prejuízo da questão geral da eficácia externa da obrigação contra terceiros, que não se coloca aqui em termos diferentes dos comuns.

fica encabeçado fiduciariamente nesta, para o exercício da gestão. Com a consequência gravíssima de o autor perder o contato com a sua obra. Se quiser autorizar uma utilização não o pode fazer, porque cedeu a obra ao ente de gestão.

A lei portuguesa não contempla esta figura. Mas também não a exclui³². Pelo que se cria uma zona de indefinição.

Isto representaria uma modalidade de expropriação do direito de autor. Pensamos que, mesmo na ausência da lei, se algum ente de gestão o estabelecesse seria nulo, porque violaria a ordem pública excluir toda a auto-determinação do autor em relação à sua obra.

A consciência da manutenção da autonomia privada e da possibilidade de estabelecer licenças de carácter meramente obrigacional constitui em qualquer caso um limite a esta ameaça. Só os direitos autorais, originários ou derivados, estão confiados à gestão. Licenças obrigacionais ficam excluídas.

É claro que o autor só pode proceder licitamente desde que não outorgue licenças que vão colidir com direitos já disponibilizados pelo ente de gestão. É então necessário um ajustamento cuidadoso das posições em presença. Mas a exclusão absoluta do autor em relação à sua obra não é admissível. Há pelo menos um resto em relação ao qual se mantém sempre a disponibilidade do autor. Muito particularmente em relação a licenças que não impliquem aproveitamento económico da obra, que de outra maneira ficariam totalmente impedidas: nem o autor as poderia conceder nem o próprio ente de gestão, pois este tem poderes funcionalizados, no interesse do autor, e não se poderia encontrar interesse do autor numa disposição gratuita da obra: não tem legitimidade para tal. Representa pois um forte indício do carácter meramente obrigacional da vinculação.

Com isto, estamos em condições de chegar a uma conclusão sobre a natureza jurídica da licença.

A doutrina empenhou-se na análise dos efeitos da licença, particularmente com o objetivo de determinar um critério seguro que permitisse apurar quando o direito resultante seria absoluto ou relativo.

Os resultados não são satisfatórios. Acaba por se remeter para o caso concreto. Sem dúvida que haverá que atender a este, mas se só este for relevante haverá uma margem de indefinição demasiado grande.

Ocorre antes de mais balizar as extremas, do relativo e do absoluto.

O mínimo exigível, para que resulte um direito sobre o bem imaterial, é obra de interpretação. Por interpretação encontra-se como conteúdo do negócio atribuir um direito de utilização de um bem intelectual protegido.

Esse direito é relativo ou absoluto? Vamos à outra extrema: só será absoluto se tiver sido reduzido a escrito. No caso de se tratar de um direito industrial, será ainda necessário que tenha sido averbado.

Entre essas duas extremas situa-se a zona de indefinição. Pode haver escrito e no entanto as partes não terem querido constituir um direito absoluto³³.

É indispensável então o recurso às circunstâncias do caso concreto. Estas podem esclarecer muito. Uma autorização isolada e sem relevo económico presumir-se-á meramente obrigacional. Um grande negócio, correspondente a um tipo legal, já parece dever ser considerado gerador de direito absoluto.

Que conduir então, no respeitante à natureza jurídica da licença ou do direito resultante do negócio?

Essa natureza está necessariamente ligada e dependente da oponibilidade do negócio. Se concluimos que é meramente relativo, dele não poderá resultar um direito autoral. Se visar porém uma oponibilidade *erga omnes* é autoral, porque os direitos absolutos são típicos e aquele regime só a uma faculdade de Direito Intelectual pode corresponder.

Tudo depende pois da interpretação do negócio que estiver na origem do direito.

8. Interpretação

Na interpretação do negócio de licença não nos encontramos perante um tipo de interpretação diferente da do negócio jurídico em geral.

Nomeadamente, são falsas afirmações como a que os negócios relativos a direitos autorais se interpretam restritivamente, ou de que se presume que na dúvida sobre as faculdades transferidas pelo contrato se presume que é apenas uma. É de todo arbitrário. O negócio deve ser interpretado como qualquer negócio jurídico em geral: com imparcialidade, procurando o equilíbrio contratual.

32 Fizemos a proposta de um preceito que declarasse expressamente a nulidade de semelhantes contratos, quando se discutiu a proposta da disciplina da gestão coletiva; mas a proposta foi rejeitada pelos entes de gestão.

33 O problema pode ultrapassar até a mera licença. Pode negociar-se o que poderia ser uma oneração e no entanto concluir-se que as partes não lhe quiseram atribuir eficácia *erga omnes*.

Suscitam-se muitas vezes problemas na determinação das faculdades que foram negocialmente atribuídas ou não.

A doutrina germânica elaborou para este fim a construção que designou a do *Zweckübertragungstheorie*: as faculdades atribuídas são aquelas que se determinam pela finalidade do contrato. Trata-se de uma regra interpretativa, que tem consagração expressa no § 31 da Lei do Direito de Autor alemã. Traduziríamos como a **disposição funcional**: o beneficiário dispõe das faculdades que se ajustam à função ou fim do contrato ³⁴.

Os autoristas germânicos tendem a aplicar unilateralmente a teoria: acentuam o aspecto restritivo, considerando que a defesa do autor exigiria que ele abrisse mão de um mínimo de faculdades ³⁵. Mas não há razão para um entendimento assim redutor: o objeto do contrato mede-se pelo seu fim, contemplando igualmente concedente e beneficiário. Se se conclui um contrato de representação teatral, por exemplo, em que se enumeram as faculdades atribuídas mas se esqueceu uma que é igualmente essencial para o objetivo contratual, essa faculdade deve considerar-se igualmente compreendida, porque o sentido do contrato prevalece sobre a letra ³⁶.

Não deixamos porém de acentuar que, com isto, mais não fazemos que recair no regime geral. Todo o negócio se interpreta à luz do seu fim; e o contrato interpreta-se à luz das finalidades que se possam apurar como *comuns às partes*. Esta regra interpretativa é uma regra de bom senso e de teoria geral. Não precisa de ser consagrada pelas leis de Direito Intelectual: prevalece, sempre que não houver disposição em contrário.

9. Concessão e regime

Emitida a licença, qual o regime correspondente?

A licença negocial é obra da autonomia privada. O regime está largamente aberto à modelação pelas partes. O art. 32/1 CPI faz-se eco desta ampla liberdade, ao dispor que os direitos industriais “podem ser objeto de licença de exploração, total ou parcial, a título gratuito ou oneroso, em certa zona ou em todo o território nacional, por todo o tempo da sua duração ou por prazo inferior”. Mas há muito mais aspectos sobre os quais pode recair a regulação autônoma das partes.

O art. 41/3 CDADC determina que “Da autorização escrita devem constar obrigatória e especificamente a forma autorizada de divulgação, publicação e utilização, bem como as respectivas condições de tempo, lugar e preço”. É possível que tenha ido longe demais, mas concorre para ilustrar o vasto campo de exercício da autonomia privada.

Cria-se porém um problema específico. É verdade que a licença pode englobar todos estes itens. Mas todos eles constituem matéria de direito intelectual?

A oportunidade e importância da pergunta resulta particularmente de os direitos intelectuais terem um regime indenizatório, processual e até penal muito mais violento que o correspondente aos contratos em geral. Se uma das partes não cumpre qualquer cláusula do contrato, violou o direito intelectual? Por exemplo, se deixou atrasar uma prestação, se não fez uma entrega no lugar convencionado, e assim por diante? Ficará sujeita às consequências, até penais, resultantes de violação de direito intelectual?

Não pode ser assim. Os crimes contra os direitos intelectuais têm uma base ética, como não podia deixar de ser. Contrafação, usurpação, imitação, são termos que logo traduzem esse sentido.

Abre-se um largo campo problemático: o de distinguir, em todas as violações contratuais, as que atingem o exclusivo autoral ou, mais genericamente, a proteção do direito sobre o bem intelectual e as que são cláusulas contratuais como quaisquer outras ³⁷. As primeiras ficam sujeitas às sanções reforçadas previstas para a violação de direitos intelectuais. As segundas são regras meramente contratuais e consequentemente sujeitas ao regime geral ³⁸. Mas a distinção em concreto não é fácil, com o perigo associado de se atribuir a estes contratos uma proteção desproporcionada em relação às situações comuns.

Na realidade, porém, o problema não é específico das licenças, porque em relação aos outros contratos,

³⁴ Veja-se o nosso Direito de Autor e Direitos Conexos cit., n.º 293.

³⁵ Veja-se por exemplo Manfred Rehbinder, Urheberrecht, 14.ª ed., C.H. Beck, 2006, n.os 411, 574 e 637; Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2.ª ed., Mohr Siebeck, 2001, n.º 968. Veja-se também o aprofundamento de numerosas variáveis na obra dedicada exclusivamente à matéria de Stefan Schweyer, Die Zweckübertragungstheorie im Urheberrecht, C. H. Beck, 1982, integrado na coleção de monografias do Instituto Max-Planck de Munique de Direito Estrangeiro e Internacional de Patentes, de Autor e da Concorrência, vol. 18.

³⁶ Veja-se o nosso Direito de Autor e Direitos Conexos cit., n.º 293. Aliás, a própria lei alemã é expressa neste sentido, ao dispor que é determinante o fim do contrato “comum a ambas as partes” (§ 31).

³⁷ O Direito Industrial oferece outro tipo de problemas, em que não podemos entrar. O art. 264 CPI permite ao “titular do registo de marca” invocar “os direitos conferidos pelo registo contra o licenciado que infrinja qualquer cláusula, ou disposição, do contrato de licença, em especial no que respeita...”. É pelo menos ambíguo. Tudo o que for levado a registo torna-se direito absoluto? E fora do registo, pode funcionar ainda a autonomia privada, criando vínculos obrigacionais?

³⁸ Isto não quer dizer que, por esse regime geral, não possam levar a inquinar a própria concessão de utilização do bem, particularmente levando à resolução por incumprimento do contrato.

particularmente os de transmissão parcial e de oneração, pode suscitar-se nos mesmos termos.

10. Licença e abuso

Consideramos agora a licença em si. Já dissemos que nos concentramos na licença constitutiva de situações de direito intelectual, portanto caracterizadas pela oponibilidade *erga omnes*, e não sobre os contratos com efeitos meramente relativos.

Os direitos sobre bens intelectuais são direitos subjetivos privados. Como tal, representam antes de mais uma afetação dum bem aos fins do titular³⁹, confiada à iniciativa deste. Por isso, como princípio, o titular concede ou não licenças, dentro do seu círculo de autodeterminação.

Mas, por outro lado, os direitos intelectuais assentam essencialmente num exclusivo. O exclusivo exige sempre circunspeção, porque diminui o espaço de liberdade dos outros. Além disso, o exclusivo, uma vez utilizado na vida de negócios, apresenta-se como um monopólio, com todos os perigos que a categoria traz.

Isto implica que, além de todas as limitações que incorram sobre a situação por força do princípio geral da função social, o direito intelectual careça de ser particularmente confrontado com o Direito da Concorrência. Porque a situação criada facilmente se torna anticoncorrencial.

Quem tem um exclusivo pode alcançar uma posição dominante no exercício econômico. O exclusivo por si não dá uma posição dominante, mas o seu exercício proporciona-a se for exercido no mercado com uma superioridade acrescida em relação à concorrência.

A lei não reage contra as posições dominantes, pelo menos genericamente. Mas redobra as cautelas em relação a quem efetivamente se encontra em posição dominante, porque pode tomar decisões independentes, no sentido de não serem tolhidas pela concorrência existente. Quanto mais quando assenta num exclusivo.

Partamos do início. O beneficiário da licença tem um direito industrial, por exemplo. Suponhamos que tem o poder de sublicenciar. Está então em posição análoga à de um titular originário de um direito industrial, ou até de todo o titular derivado que tenha por sua vez o poder de licenciar.

Se o sujeito se nega a conceder licenças não viola, por causa disso, as regras de concorrência. Pode ter posição dominante, mas não é por isso que a negação se transforma em abuso de posição dominante. Pode designadamente explorar por si o direito, de maneira a satisfazer as necessidades nacionais.

E se não explora nem licencia a outros? Nessa altura há uma inobservância do princípio da função social: inobservância que pode ser mais ou menos grave, consoante o interesse que possa ter para a comunidade nacional a exploração efetiva do direito intelectual.

O remédio geral, contra as situações de não exercício de um direito, está justamente na sanção por não uso do direito exclusivo. A questão põe-se particularmente no Direito Industrial. O art. 106 CPI prevê a obrigatoriedade de exploração da patente. E o art. 107 prevê a concessão de licença obrigatória em consequência da “falta ou insuficiência de exploração da invenção patenteada” (n.º 1 a).

Mas o exercício do direito exclusivo pode infringir o Direito da Concorrência ainda por outras vias.

O exclusivo, dissemos, pode atribuir uma posição dominante. Mas, não sendo a posição dominante por si abusiva, podem outras formas de exercício torná-la tal.

Assim acontece por exemplo se um titular de direitos que lhe atribuem uma posição dominante concede licenças, mas discrimina justamente as empresas que se apresentam como concorrentes efetivos no mercado relevante. Nessa altura, configurar-se-á um abuso de posição dominante.

A matéria tem sido intensamente discutida. Tem sido muito relevante, embora também ziguezagueante, a construção jurisprudencial dos tribunais da União Europeia na fixação dos contornos desta figura⁴⁰.

Porém, chegados aqui, estamos reentrando no regime geral.

O abuso de posição dominante em matéria de direitos intelectuais não se limita às relações entre licenciante e sublicenciante. É geral. Surge sempre que um titular dum direito intelectual, originário ou derivado, não concede ou só concede de maneira lesiva da concorrência direitos derivados a outros interessados, seja por transmissão, oneração ou licença. Por isso, não haverá que ir mais longe, porque o que se passa na matéria da licença é um capítulo de uma problemática geral.

39 Veja-se o nosso Direito Civil – Teoria Geral, vol. III, Relações e Situações Jurídicas, 2.ª edição, Editora Saraiva (São Paulo), 2010, n.os 39 e segs.

40 Veja-se a recente dissertação de Miguel Moura e Silva, O Abuso de Posição Dominante na nova Economia, Almedina, 2010.

PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA AS AÇÕES DE FAMÍLIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Leonardo Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Professor colaborador do curso de mestrado da Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Diretor de Relações Institucionais da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Procurador do Estado de Pernambuco e advogado.

Resumo: Está, como se sabe, a tramitar no Congresso Nacional um projeto para a elaboração de um novo Código de Processo Civil. Iniciado no Senado Federal, o projeto foi lá aprovado, seguindo-se para a Câmara dos Deputados. Na Câmara dos Deputados, houve várias mudanças, com acréscimos e supressões de normas contidas no projeto originário. A Câmara dos Deputados inseriu, no projeto do novo CPC, algumas novidades interessantes. O presente ensaio destaca as normas relativas aos procedimentos previstos no projeto, especificamente as que tratam do procedimento especial para as ações de família, que incorporaram várias disposições que estavam contidas no projeto de lei para a edição do Estatuto das Famílias.

Palavras chave: projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro – procedimentos – adequação – ações de família

1. Procedimentos especiais

Os procedimentos especiais constituem “as formas de procedimento para a obtenção de tutela jurídica quando, por algum dado do direito material, ou do documento em que se funda a demanda, ou da pessoa autora, ao legislador pareceu ser inadequada a forma ordinária ou algumas regras jurídicas”¹.

O processo deve, como se percebe, ser adequado à realidade do direito material, valendo dizer que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado. É preciso, enfim, haver uma adequação do processo às particularidades do caso concreto.

Por essa razão, existem vários procedimentos especiais, estruturados em virtude das peculiaridades do direito material. Significa que a tutela jurisdicional pleiteada pela parte autora há de ser proferida em procedimento adequado à satisfação do interesse material ou do direito subjetivo a que se visa proteger².

Assim, caso o direito material de que a parte alegue ser titular contenha alguma nota particular ou revista o timbre de direito especial, a lei, via de regra, confere-lhe um procedimento igualmente especial. O procedimento sofre, assim, influência das peculiaridades do direito material³.

A construção de procedimentos diferenciados não decorre de uma única razão, nem há elemento comum para a especialidade. Costuma-se afirmar que os procedimentos especiais são estruturados pela combinação das diversas formas de cognição, as quais, uma vez manipuladas pelo legislador, permite a adoção de meios adaptados às especificações do direito material ou da correlata pretensão⁴. É o critério que concretiza a efetividade da tutela jurisdicional e o princípio do devido processo legal, exatamente porque somente haverá processo efetivo e devido, se houver adequação.

Há, entretanto, outras razões que sugerem a criação de procedimentos especiais, sobretudo as históricas. Com efeito, o direito processual brasileiro caracteriza-se “pela multiplicidade de procedimentos

1 MIRANDA, Franciso Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1977, t. 13, p. 3.

2 Galeno Lacerda denomina essa situação instrumental de princípio da adequação (Comentários ao Código de Processo Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 18-20). Conferir, igualmente, SILVA, Clóvis do Couto e. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1977, v. 9, t. 1, p. 1-16.

3 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, t. 3, p. 10.

4 A propósito, Kazuo Watanabe que assim esclarece: “É através do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do ‘devido processo legal’.” (Da cognição no processo civil. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 124). De igual modo, conferir: DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, out.-dez. 2001, v. 22.

especiais, que só se justificam por motivos históricos”⁵.

A criação de procedimentos especiais tem por finalidade excluir a ordinariedade ou o procedimento comum de alguns casos expressamente escolhidos pelo legislador. A especialidade do procedimento nem sempre, todavia, significa exclusão da ordinariedade. Às vezes, “essa ordinariedade persiste e apenas se modifica algum momento inicial; ou apenas se alude a que se manteve a forma ordinária, a despeito da especialidade da pretensão e da ação”⁶.

Os procedimentos especiais são, enfim, concebidos para determinadas hipóteses, em que se afasta o procedimento comum. Algumas vezes, a especialidade está apenas na limitação da cognição, ou na combinação de atividades que seriam, cada uma, exercida num procedimento, ou num encurtamento do procedimento, ou no acréscimo de uma fase, ou na supressão de uma etapa, ou na especificidade de uma prova. Os procedimentos especiais são, muitas vezes, variações do procedimento comum, concebidos para adequar-se o processo àquelas realidades específicas.

2. O sistema do projeto do novo CPC em tema de procedimentos

Contrariamente ao Código de 1973, o projeto do novo CPC contém uma parte geral em que se reúnem as disposições comuns aplicáveis à generalidade dos processos.

O sistema eleito pelo CPC de 1973, na classificação dos procedimentos cognitivos, foi inovador relativamente à legislação anterior. Nele há basicamente um procedimento comum, que se subdivide em ordinário e sumário. Ao procedimento comum contrapõem-se os procedimentos especiais, que podem ser de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária.

No sistema escolhido pelo projeto do novo CPC, fez-se uma bipolarização entre procedimento comum e procedimentos especiais. O procedimento comum não contém mais qualquer subdivisão, de maneira que não há, no projeto do novo CPC, um equivalente ao atual procedimento sumário. Se o caso comportar alguma peculiaridade que o remeta a algum procedimento especial, é este que haverá de ser adotado. Do contrário, segue-se o procedimento comum, aplicável, enfim, à generalidade dos casos.

Daí se percebe que o projeto do novo CPC inova ao estabelecer efetivamente um procedimento comum, com a função de procedimento-padrão, a servir de modelo aos demais procedimentos, cujas regras são-lhes aplicadas subsidiariamente.

3. Estrutura do procedimento comum e sua flexibilidade no projeto do novo CPC

No projeto do novo CPC, o procedimento comum está estruturado de forma bem detalhada. Não sendo caso de indeferimento da petição inicial nem de julgamento liminar de improcedência, o juiz ordenará a citação do réu para que este compareça à audiência de conciliação ou de mediação, a ser realizada, prioritariamente, por câmara especializada em conciliação ou mediação.

No procedimento comum, a audiência inicial não será realizada, se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, ou se não se admite, no processo, a autocomposição. É preciso que haja manifestação de ambas as partes para que não haja a audiência: o autor já deverá manifestar-se assim na petição inicial, devendo o réu dizer que não tem interesse na autocomposição por petição apresentada até dez dias antes da audiência.

Não obtida a autocomposição, ou não realizada a audiência por um daqueles dois motivos, poderá o réu apresentar contestação, na qual deverá alegar toda a matéria de defesa e apresentar, caso queira, reconvenção. Daí se seguem as providências preliminares e o saneamento, com a produção de provas em audiência, com a prolação de sentença.

A exemplo do que ocorre no atual CPC, o projeto prevê o julgamento conforme o estado do processo, quando, então, pode haver a extinção do processo ou o julgamento antecipado do mérito. Há, nesses casos, abreviação do rito, deixando-se de instaurar toda a fase instrutória e dispensando-se a realização de audiência de instrução e julgamento.

No projeto do novo CPC, há também a previsão do julgamento antecipado parcial do mérito, que ocorre quando um ou mais dos pedidos ou parcela deles mostrar-se incontroverso ou estiverem em condições de imediato julgamento.

5 SILVA, Clóvis do Couto e. Ob. cit., p. 7. No mesmo sentido: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Ob. cit., p. 3-4.

6 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Ob. cit., p. 4.

Não sendo caso de julgamento antecipado do mérito, haverá audiência preliminar para preparar a instrução. Nela o juiz, em cooperação com as partes, além de resolver as questões processuais pendentes e especificar as questões de fato sobre as quais recairão as provas, irá definir a distribuição do ônus da prova, podendo, ainda, delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito.

Não bastasse isso, é possível haver acordos de procedimento e o calendário processual, de forma que as partes podem convencionar, antes ou durante o processo, sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento, visando a ajustá-lo às especificidades da causa, fixando, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais.

A isso tudo acresce que, no projeto do novo CPC brasileiro, generalizou-se a atipicidade da tutela antecipada, seja a conservativa, seja a satisfativa. Presentes os requisitos genéricos para sua concessão, o juiz poderá determinar arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer outra medida conservativa. Também poderá, presentes os requisitos genéricos, conceder a tutela antecipada satisfativa. Não haverá mais requisitos casuísticos, e exigentes, devendo a medida ser concedida a partir do preenchimento dos requisitos genéricos. Apenas in concreto, a depender das peculiaridades do caso, é que poderá ser concedida a medida conservativa ou satisfativa.

Observa-se que o projeto do novo CPC permite a flexibilização do procedimento comum. O juiz pode julgar antecipadamente o mérito, de forma total ou parcial; pode conceder tutela antecipada, satisfativa ou conservativa; pode distribuir dinamicamente o ônus da prova; pode delimitar as questões de direito que serão discutidas e enfrentadas no julgamento; pode, ainda e em conjunto com as partes, estipular mudanças no procedimento, com alteração, inclusive, dos prazos processuais.

4. Dificuldade para criação de procedimentos especiais no projeto do novo CPC

Já se viu, no item 1 supra, que os procedimentos especiais são concebidos para determinadas hipóteses, a fim de ajustar o processo ao direito material. A construção de procedimentos especiais resulta da limitação da cognição, ou da combinação de atividades que seriam, cada uma, exercida num procedimento, ou num encurtamento do procedimento, ou do acréscimo de uma fase, ou da supressão de uma etapa, ou da especificidade de uma prova.

O CPC de 1973 foi originariamente estruturado de maneira a que cada atividade judicial fosse desempenhada num processo específico. Daí haver um processo de conhecimento, um de execução e um cautelar. Não poderia haver a combinação de atividades no mesmo processo. Quando havia tal combinação, o procedimento era especial. É o caso, por exemplo, da ação de nunciação de obra nova, que combina atividades diversas.

Com a generalização da tutela antecipada como técnica de julgamento e com a quebra daquela estrutura rígida que impedia a comunicação de atividades diversas no mesmo processo, o juiz passou a poder combinar cognições diversas no mesmo procedimento.

Ao lado disso, e conforme já restou acentuado no item 3 supra, o procedimento comum, no projeto do novo CPC, é flexível, podendo haver adaptações ao caso concreto e ajustes convencionais do procedimento.

Isso tudo dificultou a estruturação de procedimentos especiais. Não impediu, entretanto, que houvesse procedimentos especiais no projeto do novo CPC. Alguns são mantidos por tradição e por necessidade, enquanto outros são criados com a finalidade de marcar a especificidade do direito ou a necessidade de determinada atividade ali presente. É o caso das ações de família: o procedimento especial para as ações de família difere muito pouco do procedimento comum, mas sua especialidade está justamente na necessidade de registrar a necessidade e a importância da realização de atos destinados à tentativa de autocomposição entre as partes, conforme ficará melhor explicitado no próximo item.

5. Procedimento especial para as ações de família no projeto do novo CPC

Ao exercer a função de casa revisora, a Câmara dos Deputados tomou a iniciativa de fazer incluir, no projeto do novo CPC, um capítulo específico dedicado ao procedimento especial para as ações de família.

As normas contidas no referido capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de separação judicial, divórcio, reconhecimento e extinção de união estável, de guarda, de visitação e de filiação. Na versão originária, não havia previsão de separação judicial, numa inequívoca demonstração de que a Câmara dos Deputados teria tomado partido na discussão e considerado extinta a separação judicial.

Na votação realizada na comissão especial que acarretou a versão final que seguiu para o plenário da Câmara dos Deputados, passou a haver a previsão expressa da separação judicial entre as ações de família.

Desse modo, o procedimento especial para as ações de família contempla também a separação judicial.

As normas concernentes ao procedimento especial para as ações de família não abrangem a ação de alimentos. Esta continua a ser regida por legislação própria, seguindo o procedimento específico ali previsto. Também devem continuar a reger-se por legislação específica as ações que veiculem interesse de criança ou adolescente. Subsidiariamente, aplicam-se as normas do procedimento especial para as ações de família.

O projeto do novo CPC estabelece que, nas ações de família, serão empreendidos todos os esforços para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz contar com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Aliás, o projeto do novo CPC, na parte geral, especificamente no § 2º de seu artigo 3º, que está contido no capítulo relativo às normas fundamentais do processo, dispõe que “o Estado promoverá a autocomposição como meio alternativo para a solução dos conflitos. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Bem se vê que constitui norma fundamental do processo a promoção da autocomposição, com estímulo à mediação e à conciliação. A propósito, é oportuno consignar que há, no projeto do novo CPC, normas específicas sobre os mediadores e conciliadores e sua atuação, com a previsão de que todos os tribunais criarão centros judiciais de solução de conflitos e cidadania, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, além de desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Com função didático-pedagógica, o projeto do novo CPC, nos §§ 3º e 4º do artigo 166, esclarece que o conciliador atuará “preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes”, podendo sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Já o mediador atuará “preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes”, auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Por aí já se percebe que a mediação constitui o meio de autocomposição mais adequado para as ações de família, pois há, na grande maioria dos casos, “vínculo anterior entre as partes”. As técnicas de mediação são as mais adequadas para a grande parte das questões que envolvem litígios de família.

Ainda segundo o projeto do novo CPC, o juiz, nas ações de família, poderá, de ofício ou a requerimento, determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes submetem-se a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Nas disposições sobre a produção de provas, o projeto do novo CPC prevê o exame psicológico ou biopsicossocial. Embora inserido em disposições gerais, relativas a qualquer caso, sua aplicação às ações de família é inegável, sobretudo em casos relacionados com hipóteses de alienação parental, ou de abuso, ou de violência doméstica, ou de dificuldade de convivência.

Nesse exame, o laudo pericial deve ter por base ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos do processo, histórico do relacionamento familiar, cronologia de incidentes e avaliação da personalidade dos sujeitos envolvidos na controvérsia. A perícia há de ser realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico.

Se a causa envolver a discussão sobre fatos relacionados a abuso ou alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deve fazer-se acompanhar de especialista que o auxilie na condução do interrogatório.

O que marca o procedimento especial para as ações de família no projeto do novo CPC é a obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação. Essa audiência deve ocorrer igualmente no procedimento comum. Nesse ponto, os procedimentos assemelham-se, de modo que, recebida a petição inicial, deve o juiz designar audiência de mediação ou conciliação, a ser realizada, preferencialmente, por centros de mediação e conciliação. A diferença está em que, no procedimento comum, é possível ser dispensada a audiência. Já no procedimento especial para as ações de família a audiência é obrigatória, não podendo ser dispensada.

Com efeito, a audiência de conciliação ou mediação, no procedimento comum, não será realizada, se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, ou se não se admite,

no processo, a autocomposição. O detalhe que marca o procedimento especial para as ações de família é a obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação: haverá sempre.

Para estimular a conciliação ou mediação, há outro detalhe marcante no procedimento especial das ações de família: o mandado de citação conterá apenas os dados necessários para a audiência, não devendo estar acompanhado de cópia da petição inicial.

Significa que o réu, nas ações de família, deve ser citado, sem receber cópia da petição inicial. Será apenas informado de que há uma audiência à qual deve comparecer. O objetivo é estimular a autocomposição, subtraindo do réu o acesso aos termos da petição inicial, que, em ações de família, contém, muitas vezes, termos impróprios, acusações exageradas, arroubos da impetuosidade decorrente do desgaste havido entre as partes, o que acirra os ânimos e dificulta, senão impossibilita, a autocomposição.

É certo que o advogado do réu terá acesso, antes da audiência, aos termos da petição inicial, podendo saber do que se trata. Cabe-lhe, entretanto, manter a prudência e a discrição decorrentes da ética profissional, deixando de repassar ao cliente os exageros das afirmações, das impropriedades, da impetuosidade, do açoitamento e das angústias revelados na leitura da petição inicial.

As ações de família, no projeto, teriam, então, um procedimento especial marcado pela ausência de cópia da petição inicial no mandado de citação e, igualmente, pela obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação. Procura-se estimular a autocomposição, que se revela como a melhor opção para disputas familiares e para a futura tranquilidade de todos os envolvidos no litígio.

A audiência de mediação ou conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas forem necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de serem concedidas medidas judiciais destinadas a evitar o perecimento do direito.

A citação do réu, nas ações de família, há de ser realizada com antecedência mínima de quinze dias da data designada para a audiência, sendo feita, preferencialmente, por via postal. No CPC de 1973, é vedada a citação postal nas ações de família, devendo ser feita por oficial de justiça. No projeto do novo CPC, deixa de haver tal vedação. A citação só não poderá ser feita por via postal, se o citando for um incapaz, caso em que a citação realizar-se-á por oficial de justiça. Não havendo incapacidade, a citação segue a regra geral da via postal. Não há razão para não permitir a citação postal em ações de família. A presença do oficial de justiça é ostensiva, constituindo mais um complicador para a tentativa de solução consensual da disputa, que, nesse caso, é ainda mais prioritária. Ademais, a falta da cópia da petição inicial permite perfeitamente que a citação seja realizada por via postal.

Feita a citação, haverá a audiência de mediação ou conciliação. Na audiência, as partes devem estar acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos.

O Ministério Público, nas ações de família, somente intervirá quando houver interesse de incapaz. Nesses casos, o Ministério Público será ouvido antes da homologação de eventual acordo.

Frustrada a tentativa de autocomposição, o juiz determinará a intimação do réu, em audiência, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, para que ofereça contestação, entregando-lhe, então, cópia da petição inicial, passando, a partir daí, a ser adotado o procedimento comum, com observância da regra do ônus da impugnação especificada dos fatos.

Se nem o réu nem seu advogado estiverem presentes à audiência, a intimação para oferecimento da contestação deve ser feita por via postal ou por edital, se for o caso.

6. Conclusão

A Câmara dos Deputados acrescentou ao projeto do novo CPC o procedimento especial para as ações de família, cujas disposições aplicam-se aos processos contenciosos de separação judicial, divórcio, reconhecimento e extinção de união estável, de guarda, de visitação e de filiação.

Tal procedimento não alcança a ação de alimentos, que continua a se submeter ao procedimento específico previsto em sua lei de regência. De igual modo, tal procedimento não alcança as ações concernentes à criança e ao adolescente.

As regras do procedimento comum servem para o procedimento especial das ações de família. O detalhe deste último está na obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação, bem como na realização de citação postal sem cópia da petição inicial; o propósito é estimular a realização de autocomposição pelas partes.

ALGUNS ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DO PROBLEMA DAS DROGAS

ROQUE DE BRITO ALVES

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Penal da UNINASSAU, Professor de Direito Penal da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco, Advogado. Membro da Academia Pernambucana de Letras e do Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano.

SUMÁRIO: A – PRELIMINARES CONTRA A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS:

- 1 – A indagação essencial;
- 2 – A argumentação improcedente;
- 3 – Só existe o traficante porque existe o usuário, o consumidor;
- 4 – Contradição: exclusão de crime do uso de drogas porém crime se o uso for em local público, existência de crime dependente do local de sua prática.

B – UMA SUGESTÃO: O TRÁFICO DE DROGAS DEVERIA SER UM CRIME IMPRESCRITÍVEL

- 1 – Crítica: Tecnicamente injustificável a existência de 18 (dezoito) verbos típicos do art. 212 do Projeto 232 do Senado sobre o Novo Código Penal
- 2 – A presunção legal do uso de drogas. A sua crítica
- 3 – Crítica: Necessidade de Penas idênticas para o tráfico e o seu financiamento
- 4 – Crítica: Injustificável tecnicamente a pena menor para os crimes através de associação criminosa (máfia)

A – PRELIMINARMENTE

1 – Como se fosse uma preliminar de mérito, entendemos que tendo-se em vista a tese recente em nosso país para a descriminalização das drogas, indagamos essencialmente: se o uso de droga é algo bom, não traria malefício algum nem à saúde do indivíduo e nem à sociedade, não mereceria ser punido, porque geralmente o traficante ou quem financia a atividade não é usuário de droga, não a consome, como tem sido verificado quando da prisão de mafiosos, traficantes de drogas sobretudo na Europa e mesmo em casos ocorridos em nosso país?

2 – Ainda, sob outro aspecto, tem sido argumentado também, em nosso país, para a descriminalização que até hoje tem sido inútil, inócua a sua repressão, a “guerra contra as drogas deveria cessar” pois não diminuiu o seu comércio, não impediu a sua prática, não eliminou tal crime e portanto deveria ocorrer a abolição de sua incriminação.

Sob tal compreensão e interpretação, também argumentamos: caso tal argumento seja considerado válido, definitivo na matéria ou problema deveriam ser abolidos todos os tipos penais, todos os delitos pois especificando-se a repressão penal do crime de furto não diminuiu a sua prática, a existência do tipo penal “aborto” não evitou a sua prática clandestina, criminosa, o homicídio em nosso país apesar de ser crime permanece com um nível elevadíssimo em comparação com o das outras nações, embora seja um fato punível, etc., etc.

Dita argumentação, sob tal fundamento, de descriminalização é assim, em nosso entendimento, lógica e juridicamente, totalmente improcedente.

3 – Somente existe o tráfico de drogas porque existe o seu usuário, somente existe o comércio de drogas porque existe o consumidor, sem consumidor não existe traficante de drogas.

4 – Contradição: não é crime o uso próprio da droga (§ 2º do art. 212) porém será (art. 221) se o uso

for em local público ou perante crianças ou adolescentes, o crime irá depender, assim, do local de sua prática, o que é um erro técnico injustificável.

B – Sugestão

Deveria haver uma Emenda Constitucional para tornar imprescritível o delito de tráfico de entorpecentes, com acréscimo em tal sentido a textos da vigente Constituição de 1988 que assim considera os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Sustentamos que se o racismo é um inegável atentado à dignidade da pessoa humana, dúvida não existe que isso também ocorre – além de sua evidente lesividade social – com o tráfico de entorpecentes em sua progressiva degradação e destruição da dignidade do ser humano, o que recentemente tem sido demonstrado em nosso país através da imprensa e de estatísticas cada vez mais aniquiladoras, sobretudo em relação a nossa juventude.

Assim sendo, a nossa Constituição de 1988 não deveria somente considerar como inafiançável e insusceptível de graça ou intuito o tráfico de tóxicos, conforme dispõe o art. 5º, Inc. 43 (XLIII), deveria qualificá-lo também como “imprescritível” em nosso entendimento.

1 – A vigente Lei 11.343/2006 não pune mais quem lida com as drogas ilícitas para o consumo pessoal, aplicando medidas educativas para o usuário, sem pena privativa de liberdade porém pelo projeto nº 232 do Senado sobre o Novo Código Penal existe uma descriminalização da droga para uso próprio.

Seguindo a tendência de outros textos penais contemporâneos propõe uma certa quantidade de droga como indicativa de uso próprio, quantidade que será fixada pela autoridade administrativa competente (de saúde). Por outra parte especificamente o novo texto proposto proíbe, reprime o uso ostensivo das drogas em locais públicos, nas vizinhanças das escolas ou qualquer outro local de concentração de crianças e adolescentes ou em presença dos mesmos em qualquer local (shows, etc.).

2 – Acerca do tráfico e do seu financiamento, a punição tornou-se mais rigorosa, podendo atingir mais de 21 anos, estando a matéria prevista do art. 211 até o art. 224 no título “Dos Crimes contra a Saúde Pública” do citado Projeto.

3 – Em críticas nossa, não se justifica que o Projeto tenha mantido no seu art. 212 os 18 (dezoito) verbos do tipo penal do tráfico de drogas com um mesmo texto da vigente Lei 11.343/2006, em seu art. 33, e também com a mesma pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos. (Ler o texto do art. 212 do Projeto).

Tecnicamente, em nosso entendimento, não é correto fixar-se um conceito tão amplo para o crime através de várias formas de ações típicas e salvo engano nosso, nenhum texto penal atual dos principais códigos penais contemporâneos tem um texto tão amplo para definição de um crime.

4 – Como uma inovação o parágrafo 4º do art. 212 do Projeto apresenta uma presunção legal no sentido de que a droga destina-se a uso pessoal “quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por 5 dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde”.

Em crítica nossa, o uso de álcool ou de droga é sempre de reação ou efeito pessoal, individual, alguém pode, por exemplo, ficar embriagado com poucas doses de bebida alcoólica e outro não, o que ocorre também com o uso de droga e assim por exemplo tendo-se em vista o texto do parágrafo 4º citado “5 dias” pode ser suficiente para alguém ficar drogado e outro não, necessitaria de mais dias ou então de menos dias para sentir-se drogado.

Em outra crítica nossa indagamos: Qual o critério científico de “5 dias” para fixação ou reconhecimento de tal presunção legal, qual o método ou avaliação científica usada para a determinação dos “5 dias” e não de outra conexão ou período temporal, de outros dias? Se a reação ao uso de droga é individual como fixar-se como um padrão médio o de 5 dias desde que alguém pode ficar “drogado” com a quantidade usada com mais ou menos que os 5 dias?

Tratando o parágrafo segundo do art. 212, número I, da exclusão do crime quando for para consumo pessoal, o seu parágrafo 4º estabeleceu uma presunção legal de sua destinação para o uso pessoal em uma quantidade suficiente em função de 5 dias. Mesmo assim, tal presunção é relativa (“juris tantum”), não é absoluta (“de jure”) por dispor inicialmente o parágrafo 4º: “salvo prova em Contrário”. Indagamos: qual a necessidade jurídica de tal presunção? Qual a sua utilidade? Qual a sua finalidade? Se é passível de objeção

científica e jurídica?

5 – Em outra observação nossa importante (e que é também uma crítica) a pena para o financiador do tráfico que é de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, conforme o art. 214 do Projeto é maior que a do traficante que é de 5 (cinco) a 15 (quinze), art. 212, porém em nossa opinião as penas deveriam ser idênticas pois o dano à saúde tanto individual como a pública com tais delitos é muito grave, os efeitos maléficos são da mesma natureza, nas duas condutas criminosas.

6 – Em outra crítica nossa, mais injustificável ainda é a pena reduzida, muito branda mesmo do crime de associação para o tráfico de droga – art. 216 pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos –, em comparação com as penas dos delitos de tráfico e de financiamento, art. 212 e 214 já citados. Ora, é fato público e notório que tais associações ou máfias são as principais responsáveis no mundo atual pelo tráfico de entorpecentes, com seus lucros fabulosos conforme a ONU de bilhões de dólares. Assim sendo, entendemos que deveria haver uma maior repressão penal contra tais organizações criminosas pois em verdade sem uma rede, um grupo, uma organização torna-se muito difícil a existência do delito de tráfico de tóxicos. Tal delito é quase impossível de ser praticado, de existir somente através de um agente solitário, de alguém sozinho desde que por si mesma tal atividade criminosa é muito complexa, exigindo um real concurso necessário de agentes até atingir a estrutura perfeita de uma empresa criminosa como é essencialmente, uma máfia. Atividade criminosa hoje mundializada, globalizada mais que organizada.

Portanto, em nosso entendimento, a pena do tráfico de drogas através de uma associação, de uma organização, de uma máfia final deveria ser muito maior que a prevista para o seu tráfico ou para o seu financiamento.

A DEFICIÊNCIA PARA O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.

Maira de Carvalho Pereira Mesquita

Defensora Pública Federal, titular do 2º Ofício Previdenciário da DPU em Recife. Graduiu-se em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), possui duas especializações e atualmente cursa mestrado em Direito na UFPE. Coordenadora de Direito Previdenciário da ESA/PE. Professora de cursos jurídicos.

1. Noções Gerais

O Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC), previsto na Constituição Federal e na Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS) é um direito fundamental destinado a amparar as pessoas idosas e deficientes cujas famílias não tenham condições de lhes prover um sustento digno. Trata-se de prestação assistencial, que independe de prévia filiação ao regime de previdência ou contribuições sociais.

De acordo com a Constituição Federal, o direito ao BPC é garantido nos seguintes termos:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Da leitura do dispositivo, depreende-se que a Constituição Federal estabeleceu dois requisitos para concessão do benefício assistencial mensal no valor de um salário mínimo:

- 1) Ser a pessoa portadora de deficiência ou idosa; e
- 2) Não ter condições de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O objeto do presente estudo é o requisito da deficiência, atualmente concebido na Lei nº 8.742/93 como impedimentos de longo prazo que podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

2. Impedimentos de longo prazo.

Trata-se de requisito alternativo em relação à idade de 65 (sessenta e cinco) anos do requerente. Isto porque o benefício pode ser concedido ao idoso ou ao deficiente, desde que preenchidos os demais requisitos (renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo, e não receber qualquer outro benefício da Seguridade Social ou de outro regime, salvo o de assistência médica e pensão especial de natureza indenizatória).

As Leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011 alteraram a redação da LOAS no que se refere ao requisito da deficiência do postulante ao benefício, passando a exigir que os impedimentos sejam há longo prazo, o qual foi estipulado em, no mínimo, dois anos. A primeira pergunta a ser feita é se a reforma legislativa representa uma modificação de fundo no conceito de deficiente para fins de concessão do BPC, ou se apenas redacional. Considerando que a Lei nº 8.742/93 foi editada para tornar aplicável o artigo 203, V da Constituição Federal, por ter sido ele considerado de eficácia limitada pelo Supremo Tribunal Federal, conclui-se que qualquer alteração legislativa não pode infringir o núcleo essencial do artigo 203, V da CF, sob pena de ser considerando inconstitucional.

Em outras palavras, o direito ao benefício assistencial foi previsto na Constituição Federal (artigo 203, inciso V), a qual delimitou os requisitos básicos, cabendo à lei de regência, no caso, a Lei nº 8.742/93 (LOAS), apenas “esmiuçar” o comando constitucional. Por esta razão, a interpretação possível acerca da alteração trazida pelas Leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011, que modificaram a redação do artigo 20 da LOAS apenas

será a de que não houve mudança na essência dos requisitos, em especial de pessoa portadora de deficiência, sob pena de afronta à Constituição.

Além disso, por se tratar de modificação recente, os tribunais não se manifestaram sobre a nova configuração do requisito da deficiência, o que torna ainda mais importante conhecer o posicionamento acerca da matéria antes da alteração legislativa para, a partir daí, chegar-se ao conceito atual e definitivo de “pessoa portadora de deficiência”.

3. Interpretação doutrinária e jurisprudencial da redação original da Lei nº 8.742/93

Em relação ao requisito da deficiência, o texto constitucional exige que o beneficiário seja *deficiente*, enquanto o artigo 20 § 2º da Lei nº 8.742/93 na redação original determinava que esta pessoa fosse *incapacitada para o trabalho e para a vida independente*, nos seguintes termos:

Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. (Redação anterior à alteração dada pela Lei nº 12.435/2011)

A simples leitura do dispositivo legal levaria à conclusão de que apenas as pessoas que não conseguem exercer atividades diárias como se vestir, banhar-se e alimentar-se poderiam ser destinatárias do benefício assistencial. Entretanto, esta não é a finalidade da norma constitucional, razão pela qual doutrina e jurisprudência pacificaram que a incapacidade para a vida independente deveria ter interpretação mais ampla do que a incapacidade para as atividades da vida cotidiana sem auxílio de terceiros, bastando a incapacidade para o exercício do trabalho.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), a propósito, já firmou posicionamento no sentido de que, para se aferir a incapacidade para os atos da vida independente para fins de concessão do BPC, não se exige que o indivíduo seja totalmente dependente de terceiros para os atos da vida cotidiana, mas, sim, que o pretendente ao benefício tenha efetivamente comprometida sua capacidade produtiva *lato sensu*. Neste sentido, a TNU editou a súmula nº 29, com o seguinte teor:

Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.

Assim sendo, restou pacificado que a incapacidade que daria ensejo à concessão do benefício assistencial é a incapacidade laborativa, de prover o próprio sustento, e não para exercer atividades da vida cotidiana. Eis algumas ementas que demonstram este entendimento, a título exemplificativo:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742, DE 1993 (LOAS). REQUISITOS LEGAIS. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. RENDA PER CAPITA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. DEFICIÊNCIA RECONHECIDA POR LAUDO PERICIAL. BENEFÍCIO CONCEDIDO A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HONORÁRIOS PERICIAIS. CUSTAS. ISENÇÃO. (...) 3. A incapacidade para a vida independente deve ser entendida não como falta de condições para as atividades mínimas do dia a dia, mas como a ausência de meios de subsistência, visto sob um aspecto econômico, refletindo na possibilidade de acesso a uma fonte de renda. 4. Laudo médico pericial (fls. 86/88) concluiu que, em razão das doenças, hipertensão arterial sistêmica, diabetes mellitus, hipercolesterolemia e catarata, há incapacidade laborativa, “devido à extensão e gravidade das patologias por ela apresentadas e o caráter crônico e irreversível das mesmas”. 5. Tendo, então, sido comprovada sua miserabilidade, por prova testemunhal (fls. 47/48), é forçoso reconhecer que tem a autora direito à concessão do benefício de assistência social, desde a data da citação, tendo em vista, a ausência do requerimento administrativo. (...) (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AC - APELAÇÃO CIVEL – 200801990134355, Segunda Turma, e-DJF1 DATA:05/03/2009 PAGINA:186)¹

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LOAS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. INCAPACIDADE COMPROVADA POR LAUDO PERICIAL. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. O artigo 203, inciso V,

da Constituição Federal prevê a concessão de benefício assistencial no valor de um salário-mínimo mensal ao idoso e à pessoa portadora de deficiência que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. O legislador ordinário regulamentou o benefício através da Lei 8.742/93, definindo como portador de deficiência, para fins da concessão do benefício, a pessoa incapaz para a vida independente e para o trabalho, e como família incapaz de prover a manutenção aquela cuja renda familiar per capita seja inferior 1/4 do salário-mínimo. 2. **Quanto à verificação da deficiência - cerne da controvérsia -, deve-se ter como incapacitado aquele impassível de prover sua subsistência sob condições normais de trabalho e que não possua condições econômicas para prover sua manutenção por outros meios (TRF 4ª Região, AC 463283, Rel. Juiz CELSO KIPPER, DJU 12/03/2003), devendo o julgador estar atento às condições individuais do autor, sejam elas pessoais ou referentes ao meio social em que se encontra inserido.** 3. **Hipótese em que o laudo pericial atestou que a apelada foi acometida de poliomielite aos 4 anos de idade, doença que acarretou em “sequelas comprometendo todo membro inferior esquerdo, tornando-a incapaz de realizar qualquer atividade profissional”.** 4. O pleito sucessivo do INSS objetivando a anulação da sentença para que a perícia seja realizada por médico especialista em psiquiatria não merece acolhimento, pois resta bastante claro, pelo que consta nos autos, que a deficiência da autora não condiz em nada com problemas mentais, vez que se trata de sequela física decorrente de poliomielite. 5. Apelação improvida. (AC 00041195220104059999, Desembargador Federal Edilson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::14/04/2011 - Página::438.)

Saliente-se que, após a vigência das Leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011, a jurisprudência continua considerando o requisito da deficiência como a incapacidade para o exercício de atividades laborativas, nos mesmos termos da redação original da LOAS. A manutenção deste entendimento, mesmo após a alteração legislativa, reforça o argumento de que a nova redação do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 não consistiu em alteração substancial dos requisitos para a concessão do benefício, continuando a ser considerada a deficiência sob o aspecto econômico, que incapacita o requerente a exercer atividade laborativa apta ao sustento.

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742, DE 1993 (LOAS). REQUISITOS LEGAIS. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. MULTA. EXCLUSÃO. 1. A Renda Mensal Vitalícia será devida ao idoso, maior de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou ao inválido que não exercer atividade remunerada, não for mantido por pessoa de quem dependa obrigatoriamente e não tiver outro meio de prover o próprio sustento, na forma do art. 20 da Lei 8.742/93. 2. Restou comprovada a situação de vulnerabilidade social da autora, que percebe renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo, previsto na Lei 8.742/93. 3. **No tocante à incapacidade, conclui o perito médico que em razão da moléstia da autora, seqüela de poliomielite, ela está incapacitada para o trabalho rural de forma total e permanente (fls. 90/91)** 4. **A incapacidade para a vida independente deve ser entendida não como falta de condições para as atividades mínimas do dia a dia, mas como a ausência de meios de subsistência, visto sob um aspecto econômico, refletindo na possibilidade de acesso a uma fonte de renda.** (...) (REO, JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE GUARACY REBÊLO (CONV.), TRF1 - SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA:20/10/2011 PAGINA:477.)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742, DE 1993 (LOAS). REQUISITOS LEGAIS. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. (...) 2. A Renda Mensal Vitalícia será devida ao idoso, maior de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou ao inválido que não exercer atividade remunerada, não for mantido por pessoa de quem dependa obrigatoriamente e não tiver outro meio de prover o próprio sustento, na forma do art. 20 da Lei 8.742/93. (...) 6. O fato da renda familiar per capita ser superior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo não impede que outros fatores sejam considerados para a avaliação das condições de sobrevivência da parte autora e de sua família, fazendo com que a prova da miserabilidade

necessária à concessão do benefício assistencial seja mais elástica. 7. **A incapacidade para a vida independente deve ser entendida não como falta de condições para as atividades mínimas do dia a dia, mas como a ausência de meios de subsistência, visto sob um aspecto econômico, refletindo na possibilidade de acesso a uma fonte de renda.** 8. No tocante à incapacidade, conclui o perito médico que em razão da deficiência mental, **o autor é incapacitado para o trabalho, de forma total e permanente, sem possibilidade de reabilitação para qualquer atividade, necessitando de auxílio de terceira pessoa para realizar tarefas cotidianas** (fls. 49/51). (...) (AC 200836010007409, JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE GUARACY REBÊLO (CONV.), TRF1 - SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA:07/10/2011 PAGINA:244.)

Em relação ao grau de incapacidade para fins de concessão do benefício, a incapacidade para a vida independente não precisa ser total, podendo o BPC ser concedido quando é constatada pela perícia médica a incapacidade parcial, principalmente se considerarmos a condição social, cultural e intelectual da pessoa. A incapacidade parcial (conceito médico) que, aliada a outros fatores, impossibilita a inserção no mercado de trabalho também preenche o requisito para concessão do benefício assistencial. A jurisprudência também acolhe este entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. AMPARO SOCIAL. ART. 203, V da CF/88 E LEI Nº 8.742/93. IMPLEMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO. BENEFÍCIO DEVIDO. 1- **A circunstância de o laudo pericial haver concluído pela incapacidade permanente porém parcial da autora para o trabalho não obstaculiza a concessão do amparo social quando existirem nos autos elementos que autorizem a conclusão de que a enfermidade mental, associada às precárias condições de instrução, cultura e formação profissional da autora, impossibilita a obtenção de recursos para sua subsistência, consistindo, na prática, em causa invalidante para o trabalho. Precedentes deste Tribunal.** 2- Manutenção do acórdão turmário que, diante do implemento dos requisitos do art. 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS), reconheceu o direito ao benefício assistencial. 3- Embargos infringentes aos quais se nega provimento. (EAC 20070599000037801, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Pleno, DJE - Data::13/06/2011 - Página::117.)

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 20 DA LEI Nº 8.742/93 (LOAS) C/C ART. 34 DA LEI Nº 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO). CONSTATAÇÃO DE INCAPACIDADE LABORAL. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. ESTADO DE MISERABILIDADE. ESTUDO SOCIAL. RENDA FAMILIAR PER CAPITA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. COMPROVAÇÃO. CONSECUTÓRIOS. TUTELA ESPECÍFICA. ARTIGO 461 DO CPC. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA DO BENEFÍCIO. DEFERIMENTO. 1. Se a parte autora comprovar a sua deficiência, bem como a sua condição de miserabilidade, faz jus à concessão do benefício assistencial, nos termos previstos nos art. 20 da Lei nº 8.742/93. 2. **Caso em que embora o laudo pericial conclua pela incapacidade parcial e permanente, considerando-se a patologia apresentada pela parte autora, além das condições pessoais desfavoráveis, notadamente a pouca escolaridade e sua idade, afigura-se correta ao presente caso a concessão do amparo assistencial.** (...)3. A comprovação da situação econômica do requerente e sua real necessidade não se restringe à hipótese do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, que exige renda mensal familiar per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, pois a condição de miserabilidade poderá ser verificada por outros meios de prova. Precedentes do STJ. 4. Aplicação por analogia do disposto no artigo 34, § único da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), permitindo que a verba de natureza de caráter assistencial ou previdenciário, percebidos por idoso ou deficiente, sejam desconsiderados para fins de renda per capita. Precedente desta Corte. 5. Reforma da sentença para concessão do benefício assistencial de prestação continuada, a contar da data da perícia médica em juízo (09/10/2008), com o pagamento das parcelas em atraso. (...) 10. Deferida tutela específica da obrigação de fazer prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil, para a imediata implantação do benefício previdenciário nos parâmetros definidos no acórdão, em consonância com o entendimento consolidado pela Colenda 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento proferido na Questão de Ordem na Apelação Cível nº 2002.71.00.050349-7. 11. Inexistência de ofensa aos artigos 128 e 475-O, I, do CPC e ao artigo 37 da Constituição Federal, por conta da determinação de implantação imediata do benefício com fundamento no artigo 461 e 475-I do CPC. 12. Apelação provida. Determinada a implantação do benefício. (AC 200871080029295, FERNANDO QUADROS DA SILVA, TRF4

-QUINTA TURMA, D.E. 15/03/2010.)²

A Turma Nacional de Uniformização, da mesma forma, e dando interpretação à Súmula 29 (“*Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento*”), uniformizou o entendimento no sentido de que a incapacidade parcial que impossibilite a inserção no mercado de trabalho dá ensejo à concessão do benefício assistencial.

É preciso estar atento, entretanto, que não é qualquer caso de incapacidade parcial que autoriza a concessão do BPC. Para fins de benefício assistencial, a incapacidade parcial deve estar aliada à impossibilidade de inserção do mercado de trabalho devido à idade, grau de instrução e tipo de doença. No caso de incapacidade parcial em que haja possibilidade de reabilitação para o trabalho, o requisito da deficiência não estará preenchido, o que acarretará no indeferimento do benefício.

Não sendo constatada incapacidade para o exercício de atividade laborativa, o benefício não é devido, por estar ausente um dos requisitos essenciais.

Em suma, restou pacificado na jurisprudência que a condição de deficiente para efeito de concessão de benefício assistencial é verificada quando apurada incapacidade para o trabalho e para a vida independente. Assim sendo, a incapacidade que dá ensejo à concessão do benefício é a referente ao exercício de atividade laborativa, e pode ser parcial, desde que considerado o contexto em que o requerente está inserido e a impossibilidade de exercer o trabalho.

1. Redação do artigo 20 dada pelas Leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011.

Aparentemente, a nova redação do artigo 20 da LOAS dada pelas Leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011 passou a considerar a deficiência não como incapacidade, mas impedimentos de longo prazo. Inicialmente, a Lei nº 12.435/2011, a fim de regulamentar o que seriam pessoas portadoras de deficiência trouxe o seguinte texto:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:(Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;(Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Logo depois, foi promulgada a Lei nº 12.470/2011, de 31 de agosto de 2011, a qual conferiu nova redação ao artigo 20 da LOAS:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

A redação anterior às leis em comento considerava pessoa portadora de deficiência a *incapacitada para a vida independente e para o trabalho*, tendo a jurisprudência, conforme visto acima, pacificado que esta incapacidade é para o exercício de atividade laborativa, que impedisse o requerente de prover o próprio sustento.

A redação atual, por seu turno, considera portadora de deficiência a pessoa *que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas*. A norma está em consonância com o disposto no artigo 1º da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada no Brasil de acordo com o procedimento previsto no artigo 5º § 3º da Constituição Federal (rito semelhante ao de Emenda à Constituição) por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, e promulgado através do Decreto nº 6.949/2009. A referida Convenção dispõe que:

O propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de to-

² No mesmo sentido: Processo 200735007092902. Recurso contra sentença cível. Relatora Maria Divina Vitória. Sigla do órgão TRGO. Órgão julgador 1ª Turma Recursal – GO. Fonte DJGO 19/09/2007.

dos dos direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Tanto a Constituição Federal (artigo 203, inciso V) quanto a Convenção de Nova Iorque falam em proteção à pessoa deficiente, e não em incapacidade, como na previsão anterior da Lei nº 8.742/93. Nesse ponto, a redação atual inovou para ampliar a possibilidade de concessão do benefício, ao especificar que o impedimento pode ser de várias ordens e obstrua a participação na sociedade e com as demais pessoas. Trata-se de conceito que considera a pessoa em sua totalidade, na perspectiva multidimensional.

Logo em seguida, o § 10 do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 define impedimentos de longo prazo *aquela que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos*. A fixação de um prazo mínimo de incapacidade causou estranheza, uma vez que a Constituição Federal e a Convenção de Nova Iorque (repita-se: cujo status é de Emenda à Constituição, por ter sido aprovada nos termos do artigo 5º § 3º, CF) não estabelecem prazos mínimos para a pessoa ser considerada deficiente.

De fato, se a assistência social é segmento da Seguridade Social destinada a amparar as pessoas necessitadas a fim de garantir-lhes uma vida minimamente digna, não faz sentido impor à pessoa esperar dois anos para que possa fazer jus ao BPC. Considerando-se a razão da norma e a ausência de fixação de prazo mínimo para que a pessoa seja considerada deficiente, a constitucionalidade desta nova redação deve ser questionada, por ter extrapolado o dispositivo constitucional.

Justamente por a Constituição Federal não exigir que a deficiência seja permanente e irreversível, a TNU já havia pacificado o entendimento de que era possível a concessão do BPC em casos de incapacidade temporária: PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. súmula TNU nº 29. incapacidade temporária. Lei nº 8.742/93, art. 20. 1. Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento. Súmula nº 29 desta Turma Nacional de Uniformização. 2. **O art. 20 da Lei nº 8.742/93 não impõe que somente a incapacidade permanente, mas não a temporária, permitiria a concessão do benefício assistencial, não cabendo ao intérprete restringir onde a lei não o faz, mormente quando em prejuízo do necessitado do benefício e na contramão da sua ratio essendi, que visa a assegurar o mínimo existencial e de dignidade da pessoa.** 3. Esta Eg. TNU também já assentou que **“a transitoriedade da incapacidade não é óbice à concessão do benefício assistencial, visto que o critério de definitividade da incapacidade não está previsto no aludido diploma legal.** Ao revés, o artigo 21 da referida lei corrobora o caráter temporário do benefício em questão, ao estatuir que o benefício ‘deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem’” (PEDILEF nº 200770500108659 – rel. Juiz Federal OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT - DJ de 11/03/2010). 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. Processo devolvido à Turma de origem para a adequação do julgado. (PEDIDO 200770530028472, JUIZ FEDERAL MANOEL ROLIM CAMPBELL PENNA, DOU 08/02/2011 SEÇÃO 1.)

O benefício assistencial foi previsto pelo constituinte para socorrer aos idosos e deficientes em condição de miserabilidade, que a família não possui condições de prover o sustento de forma digna. Por se tratar de requisitos passíveis de modificação, a concessão e manutenção do BPC obedece à cláusula *rebus sic stantibus*, podendo ser cancelado quando um dos requisitos não mais estiverem presentes. Não é por outro motivo que o artigo 21 da LOAS prevê a possibilidade de o INSS rever a presença dos requisitos a cada dois anos:

Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

A possibilidade de revisão das condições, ou seja, a verificação de que os requisitos ainda estão presentes, não pode ser confundido com a necessidade de impedimentos por longo prazo (02 anos), uma vez que a revisão está relacionada à autotutela da Administração Pública, enquanto a deficiência é um dos requisitos constitucionais para concessão do BPC.

Assim, o § 10 do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 é de constitucionalidade duvidável, pois a exigência de deficiência por um prazo mínimo de 02 anos não consta na Constituição Federal, nem na Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada no Brasil de acordo com o procedimento previsto no artigo 5º § 3º da Constituição Federal (rito semelhante ao de Emenda à Constituição) por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, e promulgado através do Decreto nº 6.949/2009. Tal exigência não guarda correlação com a razão do ser do instituto do benefício assistencial, além de afrontar os princípios da igualdade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

Por ser um dispositivo ainda muito recente, será preciso aguardar como a doutrina e a jurisprudência vão se firmar. Entretanto, nos autos do processo nº 0502284-55.2011.4.05.8311, da 30ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Pernambuco, no bojo da sentença de procedência acerca de benefício assistencial ao deficiente, foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 20, § 10 da Lei nº 8.742/93, afastando-se a exigência de que o impedimento de longo prazo fosse de 02 (dois) anos. Eis alguns trechos da decisão:

Nesse passo, cumpre lembrar que a inconstitucionalidade pode ocorrer não apenas quando a lei ofende diretamente à norma constitucional, como, também, quando importa em modificação indireta que, por exemplo, restrinja direitos ou garantias individuais.

(...)

Diante desse quadro normativo, e do conteúdo axiológico derivado dos arts. 1º, inc. III, e 203, inc. V, da CR, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, por meio da aprovação da Convenção sobre Direito das Pessoas com Deficiência, mais precisamente no art. 1º, 2ª parte, haja pretendido restringir a concessão da prestação continuada apenas àqueles cujo impedimento superem um determinado lapso temporal (*rectius*: mais de dois anos), mediante normatização que se mostra muito mais restritiva do que aquela que vigorava anteriormente, ou seja, o enunciado do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, antes do advento das Leis nºs 12.435/2011 e 12.470/2011.

Após discorrer acerca do princípio constitucional da proibição de retrocesso quanto aos direitos fundamentais, da proporcionalidade e da igualdade material, o magistrado conclui pela incompatibilidade do dispositivo com a ordem constitucional, declarando de forma incidental a inconstitucionalidade e afastando sua aplicação ao caso concreto:

Cumprido, portanto, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade e a consequente nulidade do § 10º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, para afastar como requisito à caracterização do impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o prazo mínimo de dois (02) anos.

Os argumentos utilizados para a declaração incidental de inconstitucionalidade não merecem reparos, devendo o requisito de impedimentos por prazo mínimo de dois anos ser desconsiderado para fins de concessão do benefício assistencial.

4. Conclusão

Buscou-se no presente trabalho fazer uma análise acerca do requisito de impedimentos de longo prazo para fins de concessão do Benefício assistencial de Prestação Continuada ao deficiente, previsto no artigo 203, inciso V da Constituição Federal, e no artigo 20 da Lei nº 8.742/93.

Com as alterações trazidas pelas Leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011, o conceito de deficiência foi alargado para considerar não apenas a incapacidade para o trabalho, mas, sob uma perspectiva multidimensional, considerar os impedimentos de natureza mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Entretanto, a inclusão do requisito de ser o referido impedimento de longo prazo (leia-se: dois anos), não está em conformidade com a Constituição Federal e com a Convenção de Nova Iorque sobre pessoas com deficiência, razão pela qual tal exigência deve ser afastada quando da análise do caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 13 rev. e atual. conforme

legislação em vigor até janeiro de 2011. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, 1066p.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo: Método, 2008, p. 39.

DUARTE, Marina Vasques. Direito Previdenciário. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

GONÇALES, Odonel Urbano. O BPC e o decreto nº 6.214, de 26.09.2007. Revista IOB Trabalhista e previdenciária, Porto Alegre, v. 19, n. 223, jan. 2008, p. 7-13.

JACOB, Luciane. Benefício de Prestação Continuada e as exigências dos §§ 2º e 3º do art. 20 da lei orgânica da assistência social. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 17 n. 198, dez. 2005. p. 35- 48.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3 ed., 16ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Aristeu de. Manual prático da previdência social. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

AS RETÓRICAS DA (NÃO) INCIDÊNCIA DO IPI NA IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS PARA CONSUMO PRÓPRIO

Francisco Arthur de Siqueira Muniz

Advogado, Bacharel e Mestre em Direito pela UFPE, Especializando em Direito Marítimo e Portuário pela UNINASSAU, Coordenador do Núcleo de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito da ESA/OAB-PE, Professor da Faculdade Joaquim Nabuco.

Sumário: INTRODUÇÃO: impositação do problema e metodologia de análise; 1. AS RETÓRICAS COMO MÉTODO DE ANÁLISE CIENTÍFICA DO DIREITO; 2. A RETÓRICA MATERIAL E ESTRATÉGICA DA (NÃO) INCIDÊNCIA DO IPI NA IMPORTAÇÃO PELO DESTINATÁRIO FINAL DA MERCADORIA: o arcabouço normativo e os fundamentos de ambas as posições; 3. A ANÁLISE RETÓRICA DA PROBLEMÁTICA: a prevalência do afastamento da exação do IPI nas importações realizadas pelo consumidor final do produto; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO: impositação do problema e metodologia de análise

É notório o aumento no volume de importações realizadas no Brasil nos últimos anos. O mercado interno aquecido, aliado ao chamado “Custo Brasil” elevado e a uma moeda valorizada frente ao Dólar americano – em comparação com outras grandes economias, como a chinesa e a japonesa – favorece a entrada de produtos industrializados a preços mais vantajosos do que os seus similares produzidos no território nacional e leva o governo brasileiro a justificar, nesse cenário, a alta de tarifas de importações¹.

A política econômica do governo leva, então, a um sensível aumento nos impostos federais sobre produtos estrangeiros considerados estratégicos para a economia nacional, a exemplo do aumento de trinta pontos percentuais na alíquota do IPI para carros importados, anunciada em abril de 2012. Reflexo desta alteração foi o aumento das importações de bens realizadas diretamente pelo consumidor final, dado o entendimento de que a referida operação não implica incidência do Imposto sobre produtos industrializados (IPI).

Nesse contexto, a interpretação acerca das regras que norteiam a incidência do IPI às operações de importação por pessoa física destinatária final da mercadoria é objeto de questionamentos doutrinários e jurisprudenciais, consoante será adiante explicitado, e justifica o estudo da problemática em questão neste trabalho.

Parte-se, pois, no primeiro capítulo, da apresentação do método de observação do problema apresentado, a concepção retórica da ciência do direito², para, no capítulo segundo, apresentar-se a teleologia do IPI, os fundamentos para justificar a sua incidência ou não na específica operação de importação anteriormente referida, bem como a problemática sob o ponto de vista da jurisprudência do STF, STJ e TRF 5ª Região. Concluir-se-á com a explicitação do *status quo* da (não) incidência do IPI na importação feita pelo destinatário final da mercadoria sob a égide do ordenamento jurídico pátrio, trazendo-se ao lume os interesses que subjazem ambos os posicionamentos, em uma análise que se pretende científica, mediante a concepção retórica da ciência do direito.

1. AS RETÓRICAS COMO MÉTODO DE ANÁLISE CIENTÍFICA DO DIREITO

À partida, consigne-se a necessidade de se apresentar os pressupostos epistemológicos para a compreensão da ciência do direito a partir de uma concepção retórica, para poder se elencar o método de estudo que permeará a análise depreendida ao longo do presente trabalho: as características e hipóteses de incidên-

1 País reage e destaca aumento das importações. In Valor Econômico, São Paulo, 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3173352/pais-reage-e-destaca-aumento-das-importacoes>> Acesso em 20/07/2013

2 Para uma análise mais detalhada do método de estudo ora empreendido, vide: MUNIZ, Francisco Arthur de Siqueira. AS RETÓRICAS NA HISTÓRIA DA (IN)DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO: análise do juízo de cognição do conceito indeterminado de improbidade administrativa dolosa nos recursos especiais. 2013. 432 f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas –, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

cia do IPI em operações de importação, os fundamentos favoráveis e contrários a sua incidência quando o importador é o destinatário final da mercadoria, bem como seu enquadramento a partir do ordenamento jurídico brasileiro.

Posiciona-se, de antemão, pela superação do modelo de ciência lastreado em um paradigma encarnado pela razão solipsista cartesiana, que entendia possível o alcance da verdade através de um método comum a todos os observadores de um mesmo fenômeno³. Esse conceito afasta a cientificidade do conhecimento jurídico, em virtude da incerteza acerca do que se poderia considerar “o fenômeno”, ou seja, o objeto da ciência jurídica, bem como pela ausência de consenso quanto ao método aplicável para a observação do fenômeno jurídico. Ocorre que, hodiernamente, dito conceito cartesiano de ciência não se enquadra sequer nas ditas ciências naturais e exatas, todas ditas, pelo desenvolvimento recente, apenas probabilísticas, relativas⁴.

Boaventura de Souza Santos, após analisar a nova concepção da matéria, natureza, a assunção da não-linearidade nas relações entre causas e efeitos nos sistemas complexos, os estudos de Gödel na matemática, a influência cultural no estudo da biologia (especialmente na primatologia), o princípio da incerteza de Heisenberg, entre outras reviravoltas das ciências no século XX conclui, inclusive, não persistir sequer a distinção entre as ciências ditas naturais, exatas e culturais, enquadrando todas nesta última classificação. Para o sociólogo lusitano, “todo o conhecimento científico-natural é científico-social”⁵, “como se a máxima de Durkheim se tivesse invertido e em vez de serem os fenômenos a ser estudados como se fossem fenômenos naturais, serem os fenômenos naturais a ser estudados como se fossem fenômenos sociais”⁶, o que aproxima o discurso científico também do discurso literário e artístico⁷.

No contexto acima apresentado, descabido limitar o conhecimento científico àquele cujo objeto é partilhado sem dissensos entre os observadores, assim como alijar do conceito de ciência todo saber cujo método de observação e os próprios resultados dependam dos pré-conceitos de cada pesquisador, visto que restariam excluídas, sob essa ótica na contemporaneidade, até mesmo a física, matemática e biologia, visto que resta superada, pois, a visão de que “a linguagem não pode moldar a natureza física e biológica”⁸.

Enquadra-se, portanto, sob o viés ora apresentado, o conhecimento jurídico como um saber cientificamente observável, não obstante a ausência de um único método e definição do que se possa considerar por “o direito” partilháveis por todos os juristas, uma vez que muitos dos métodos propostos podem alcançar resultados similares⁹. Lembra Adeodato que “O fato de físicos e geólogos se acharem mais ‘científicos’ do que os juristas é uma questão de grau. Há mais ‘objetividade’, sim, em seu conhecimento, no sentido de que há menos interesse e menos complexidade na observação”¹⁰.

O reconhecimento do direito como um saber de conteúdo fluido e mutável decorre da consciência de sua historicidade, sem que isso comprometa seu *status* de ciência¹¹, a qual deixou de ser observada como a busca da verdade no sentido cartesiano para exprimir tão somente uma “intenção de objetividade”¹². Admitir a mutabilidade do conteúdo jurídico é advém da assunção da viragem lingüística, da ideia de que é o uso que decide sobre a significação das expressões lingüísticas¹³. Nesse sentido, ilustra Wittgenstein: “432. Todo signo *sozinho* parece morto. O *que* lhe dá vida? – No uso, ele *vive*. Tem então a viva respiração em si? – Ou o *uso* é sua respiração?”¹⁴. A linguagem, não mais considerada apenas um instrumento de representação, torna-se o meio que condiciona a

3 DESCARTES, René. Discurso do método. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 55

4 SOUTO, Cláudio. Ciência e ética no direito – uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Metrópole, 1992, p. 63

5 SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 8. Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011, p. 89

6 SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 8. Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011, p. 91-92

7 SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 8. Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011, p. 92

8 LLOYD, Christopher. As estruturas da história. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, p. 42

9 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 45

10 ADEODATO, João Maurício. o paradoxo entre a retórica do paternalismo e o pragmatismo de uma ética da tolerância diante do problema da tortura – um diálogo com Tercio Sampaio Ferraz Junior. ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). Filosofia e teoria geral do direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 578

11 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 38

12 NEVES, A. Castanheira Questão-de-facto e Questão-de-direito ou O Problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967, p. 903

13 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 132

14 WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Tradução José Carlos Bruni. Col. Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 129

experiência humana na terra¹⁵.

Estabelecido o primeiro pressuposto gnoseológico, a possibilidade de se atribuir cientificidade à observação do saber jurídico, passa-se a delimitar a concepção retórica de ciência do direito, para, em seguida, minudenciar-se a problemática cujo método de análise é discorrido neste capítulo.

Ressalte-se que o pensamento retórico que enforma a concepção de ciência do direito ora apresentada é distinto da concepção de Perelman sobre a nova retórica¹⁶, ou mesmo a novíssima retórica de Boaventura de Souza Santos¹⁷, ambas consideradas reducionistas, de acordo com a visão lastreada na tripartição retórica formulada por Ballweg¹⁸ e Adeodato¹⁹.

Conceber a retórica em três distintos planos (material, estratégico e analítico) e tomada como instrumental para a compreensão da ciência do direito arrima-se em pressuposto gnoseológico da visão de mundo caracterizada pelo dualismo da antropologia filosófica, que observa o homem como um ser pobre, na linha do pensamento retórico de Heráclito, ou um ser rico, consoante compreendia a ontologia a partir de Parmênides²⁰. Segundo este último, a linguagem existiria para ser um mero reflexo dos dados ônticos preexistentes da realidade, sendo ao homem dada a missão descobri-los e descrevê-los. Para o primeiro, a linguagem constitui a própria realidade, e todo conhecimento humano limitar-se-ia a avanços lingüísticas intersubjetivas mais ou menos duradouras, mas todas circunstanciais, temporárias, autorreferentes e sujeitas a constantes cisões²¹.

Para Nietzsche, “em sua afirmação que o ser é uma ficção, Heráclito terá eternamente razão. O ‘mundo das aparências’ é o único real, o ‘mundo-verdade’ foi somente acrescentado pela mentira”²². Dada a concepção de que inexistem eventos “em si”, e que a realidade é constituída pela comunicação, afigura-se desarrazoada a busca pela verdade última e a desconsideração de que não só a linguagem é retórica, por consubstanciar uma *doxa* e não uma *epistème*²³, como o próprio ambiente social em que vivemos igualmente o é. Ao ambiente constituído pelas mensagens transmitidas nas interações entre os comunicadores, ou seja, ao que se pode compreender por “realidade”, Ballweg denomina retórica material²⁴.

A retórica material observa, destarte, a “solidificação intermitente” das comunicações intersubjetivas que vencem no âmbito em que são expostas, de acordo com os critérios de validação dominantes em dado ambiente: a definição dos enunciados verdadeiros (que se distinguem, alerte-se, do que se compreende tradicionalmente por verdade)²⁵ que formam a “psique coletiva” de uma civilização²⁶, e revelam “o caráter retórico da própria existência humana”²⁷, uma vez que “la ‘realidad’ no es una referencia objetiva, exterior al discurso, sino que siempre está construída en y por el lenguaje”²⁸.

Configura-se o direito, destarte, a partir de uma “verdade construída”, relativa e apenas aferível em função do contexto em que se insere, produzida em um processo do qual participa ativamente o intérprete²⁹, e não pré-existente e apenas descoberta pelo “operador do direito”. Trata-se de um sistema de solução de conflitos cujas decisões partem de premissas não propriamente verdadeiras, mas aceitas (ou impostas) à

15 ZACCARIA, Giuseppe. Trends in contemporant hermeneutics and analytical philosophy. In *Ratis Juris*, 12, nº 3, sept. 1999, p. 275

16 PERELMAN, Chaim e Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Revisão: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

17 SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8. Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011, p. 104

18 BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Tradução João Maurício Adeodato. São Paulo, nº 163, Vol. XXXIX, p.175-184, jul/set, 1991

19 ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009; ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

20 BLUMENBERG, Hans. *Una aproximación antropológica a la actualidad de la retórica. Las realidades en que vivimos*. Trad. de Pedro Madrigal. Madrid: ediciones Paidós, 1999, p. 115

21 ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 197-198

22 NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos – ou como filosofar a marteladas*. Tradução Carlos Antonio Braga. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, vol. 28. São Paulo: Escala, [2000?], p. 30

23 BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Tradução João Maurício Adeodato. São Paulo, nº 163, Vol. XXXIX, p.175-184, jul/set, 1991, p. 176

24 BALLWEG, Ottmar, loc. cit.

25 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11

26 CHARTIER, Roger. *A história cultural: entre práticas e representações*. Tradução Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990, p. 43

27 ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 144

28 CHARTIER, Roger. *El presente del pasado: escritura de la historia, historia de lo escrito*. Mexico D.F.: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 33

29 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 40-41

comunidade a que se destina como verdadeiras³⁰. O repertório e estrutura do sistema que compõem a ordem normativa, não limitada às normas e que incorporam outros modos discursivos³¹, são, por conseguinte, o âmbito da retórica material do direito. Exemplifica-se a retórica material pela posição firmada na doutrina e jurisprudência brasileira acerca de determinada matéria.

A retórica prática ou estratégica, por seu turno, busca influenciar ou sobrepujar a retórica material (o meio ambiente) a partir da tentativa de conformação de seus pressupostos à “realidade” vigente. Nesse sentido, a tópica, a teoria da argumentação, as figuras de linguagem e de estilo e, no direito, as doutrinas dogmáticas, todas constituem o arsenal de que dispõe o emissor da linguagem, em sua retórica estratégica, para o embate com a retórica material vigente sobre determinado assunto, apesar de esses mesmos elementos permearem também a retórica material, na medida em que também são parte de um discurso previamente consolidado.

No âmbito do direito, a retórica estratégica equivale, *v.g.*, às teorias doutrinárias, as argumentações que advogados e membros do Ministério Público, bem como os magistrados desenvolvem ao tentar conformar determinada situação a uma conclusão distinta daquela usualmente extraída por outros interpretes em situação semelhantes, a exemplo dos recursos de apelação, dos votos dissidentes e da interpretação divergente da estabelecida pelo Estado que um cidadão possa obter acerca de determinada norma tributária.

O terceiro e último nível da retórica seria a retórica analítica, cujo caráter descritivo centra-se na observação formada a partir dos dois níveis antecedentes visto que analítica é um processo de decomposição, cujas partes do todo analisado são separadas e especificadas, compondo-se o método analítico em um exame de discurso que distingue, classifica e sistematiza o objeto de estudo³².

A tripartição da retórica e a teleologia da retórica analítica busca afastar a tradicional e reducionista análise da retórica como mero instrumento ou ornamento para esconder as fragilidades do discurso. Refuta-se, igualmente, a posição dominante entre os próprios retóricos, no sentido de que a retórica se dirige exclusivamente à persuasão. Em suma, ambas as teses reduzem metonimicamente a retórica a seu nível estratégico, que é fundamental, porém, não é a única dimensão existente³³. Equivalem os resultados da observação realizada a partir do cotejo entre a retórica material e a retórica estratégica ao que se pode conceber, dados os pressupostos epistemológicos e filosóficos acima elencados, por análise científica do direito, ciente que está o retórico das limitações decorrentes da inafastabilidade absoluta da interferência do observador, bem como da necessidade de o jurista cientista formar resultados capazes de auxiliar a previsibilidade das decisões em contextos semelhantes àqueles por ele selecionados.

Neste trabalho, será exposta, portanto, a retórica material, estratégica e analítica que envolvem a problemática da estratégica da (não) incidência do IPI nas importações realizadas diretamente pelos consumidores finais da mercadoria introduzida no território nacional, ou seja, quais os fundamentos para a incidência ou não do imposto, qual o *status quo* da jurisprudência e o que se pode esperar em futuras decisões, diante do cenário analisado.

Explicitado o método de análise da problemática evidenciada no primeiro capítulo, passa-se a relatar, no capítulo seguinte, a retórica material e estratégica da questão estudada neste trabalho, ou seja, qual o arcabouço normativo e os fundamentos de ambos os posicionamentos para, no terceiro capítulo, tratar da retórica analítica, ou seja, qual o entendimento predominante e o que se pode razoavelmente esperar nos futuros julgados que se debruçarem acerca da matéria.

2.A RETÓRICA MATERIAL E ESTRATÉGICA DA (NÃO) INCIDÊNCIA DO IPI NA IMPORTAÇÃO PELO DESTINATÁRIO FINAL DA MERCADORIA: o arcabouço normativo e os fundamentos de ambas as posições

É cediço que decorre de comando constitucional expresso que o IPI não será cumulativo, nos termos do art. 153, II, §3º, da CF/88, ou seja, que o imposto cobrado em operações prévias à industrialização do produto, os insumos da cadeia produtiva serão posteriormente abatidos da tributação decorrente da industrialização do produto. Lembra José Eduardo Soares de Melo que:

30 *Ibid.*, p. 50

31 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 140-141

32 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A ciência do direito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 53

33 ADEODATO, João Maurício. Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo. São Paulo: Noeses, 2011, p. 104

A cláusula da 'não-cumulatividade' não consubstancia mera norma programática, nem traduz recomendação, sequer apresenta cunho didático ou ilustrativo, caracterizando, na realidade 'diretriz constitucional imperativa'. Trata-se de uma autêntica obrigação a ser cumprida tanto pelo poder público, como pelo contribuinte.³⁴

Destarte, Eduardo Domingos Botallo leciona que:

O mecanismo de apuração do montante a recolher a título de IPI pressupõe a execução de operação onde este "quantum" se apresenta como o resultado de uma operação em que o minuendo é o montante de imposto devido e o subtraendo é o montante de imposto anteriormente cobrado.³⁵

Não obstante ser assente que a retórica material, ou seja, o relato atualmente vencedor acerca do IPI é a sua não-cumulatividade, a controvérsia se instaura na delimitação do fato gerador do IPI, do contribuinte e extensão da hipótese de incidência do tributo, dada a necessidade de se prestigiar o princípio anteriormente referido.

Harada³⁶ entende que o fato gerador é a operação com produto industrializado, concepção que amplia o leque de contribuintes, enquanto há quem limite o sujeito passivo àquele que pratica atos de industrialização³⁷. Edvaldo Brito³⁸ consigna que a configuração do fato gerador deve levar em consideração o ato industrial, elemento *prior* em relação ao elemento material, que é o produto industrializado. No caso dos produtos de procedência estrangeira, o fato gerador pode ser considerado consumado quando do desembarço aduaneiro (art. 46, I, do Código Tributário Nacional) ou mesmo inexistente, de acordo com o entendimento de que o princípio da territorialidade seria maculado pela incidência do imposto, pois somente os atos ocorridos dentro do país seriam objeto de tributação, salvo exceções constitucionais que não incluem o IPI, sendo considerados inaceitáveis os mecanismos infraconstitucionais utilizados para obter a liquidação do imposto por pessoas estranhas ao processo da industrialização³⁹.

Conforme adiantado, a hipótese de incidência do imposto é limitada pela exigência constitucional de que o imposto não seja cumulativo. É justamente por não se inserir no processo de industrialização e, portanto, não poder abater os impostos pagos sobre a industrialização dos insumos, que o importador-destinatário final da mercadoria entende não incidente o tributo, ao realizar o desembarço aduaneiro.

Nessa situação, o importador irá arcar com os custos da industrialização, sem poder realizar a devida compensação posterior do tributo pago, ao contrário do importador comerciante ou industrial, que poderão utilizar na operação posterior o crédito do tributo pago no desembarço aduaneiro. Constituiria, portanto, dupla tributação a incidência do IPI no momento do desembarço aduaneiro de mercadoria importada pelo consumidor final⁴⁰.

Contra a retórica estratégica da aplicação do princípio da não cumulatividade, formulou-se o entendimento pró-fisco lastreado em interpretação teleológica do imposto, ao consignar que se trata de tributo sobre o consumo, cujo ônus deve ser imputado ao consumidor final, que deve arcar com todo o encargo financeiro do tributo, sendo assim irrelevante a destinação do produto. Para esta corrente, entende-se que afastar a exação implicaria ofensa à função extrafiscal do IPI, pois o produto nacional concorreria em condição menos favorável em relação ao similar importado.

Do Supremo Tribunal Federal, colhem-se precedentes no sentido de afastar a incidência do imposto, a exemplo do aresto cuja ementa é abaixo colacionada:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO PARA USO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – Não incide o IPI em importação

34 MELO, José Eduardo Soares de. ICMS – Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 1995. p. 132.

35 BOTALLO, Eduardo Domingos. Fundamentos do IPI. São Paulo: RT, 2002, p. 48-49

36 HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 417

37 MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Curso de direito tributário. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 672

38 BRITO, Edvaldo Pereira de. IPI. Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). Comentários ao código tributário nacional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 379

39 MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Curso de direito tributário. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 673

40 MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Curso de direito tributário. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 674

de veículo automotor, por pessoa física, para uso próprio. Aplicabilidade do princípio da não cumulatividade. Precedentes. II - Agravo regimental improvido.⁴¹

A Corte Suprema reconheceu recentemente a repercussão geral em caso análogo ao relatado no referido acórdão⁴², o que evidencia a relevância e atualidade da problemática em questão.

No Superior Tribunal de Justiça, a questão encontra-se pacificada no sentido de afastar a exação, conforme ilustra o acórdão sintetizado na ementa abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO.

INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO POR PESSOA FÍSICA PARA USO PRÓPRIO. OPERAÇÃO QUE NÃO OSTENTA NATUREZA MERCANTIL OU ASSEMBELHADA. NÃO INCIDÊNCIA DE IPI.

PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça, apreciando a questão sob o enfoque infraconstitucional, manifestou-se no sentido da não-incidência da exação, porquanto o fato gerador do IPI seria uma operação de natureza mercantil ou assemblhada, o que não ocorre na hipótese de importação de bem por pessoa física para uso próprio.

Precedentes: AgRg no AREsp 172.520/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 28.8.2012; REsp 848.339/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1.12.2008.

2. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, analisando a matéria sob o prisma da não-cumulatividade (art. 153, §3º, inciso II, da Constituição Federal), definiu ser inconstitucional a exigência da exação de pessoa física não contribuinte habitual do tributo e que importa mercadoria para uso próprio, ressalvada a hipótese de previsão expressa, a exemplo da nova redação do art. 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal, conferida pela EC 33/01 (entre outros precedentes, cita-se o RE 550.170/ SP, Rel. Min.

Ricardo Lewandowski, DJe de 3.8.2011).

3. Agravo regimental não provido.⁴³

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por seu turno, inclina-se no mesmo sentido dos tribunais superiores, consoante se infere da existência de entendimentos recentes em todas as quatro Turmas do sodalício regional, cujas ementas são abaixo colacionadas:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA FÍSICA. USO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. ART. 153, PARÁGRAFO 3º, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE REGIONAL.

1. A questão a ser examinada diz respeito à incidência do IPI sobre veículo importado para uso próprio.

2. O cerne da questão reside em saber se a incidência da referida exação sobre veículo importado para uso próprio afronta, ou não, o regime da não-cumulatividade insculpido no art. 153, parágrafo 3º, inciso II, da Constituição Federal.

3. Com o regime da não-cumulatividade, objetiva-se limitar a incidência do tributo nas cadeias de produção mais extensas. Contudo, ao particular que adquire um bem de consumo para uso próprio, não há a possibilidade de se compensar o que for devido na operação, a título de IPI, em operações seguintes, dado a inexistência destas.

4. Assim, deve-se reconhecer que a cobrança de IPI na importação de bem por pessoa física, destinado ao uso próprio, afronta o princípio constitucional da não-cumulatividade, tal como previsto na Carta Magna vigente.

5. Precedentes do eg. STF: RE-AgR 550170, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 03/08/2011; RE 255090, rel. Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 02/09/2010; RE-AgR 501773, rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe 14/08/2008.

6. Precedentes desta col. Corte Regional: AG120914/PE, rel. Des. Federal Manoel Erhardt, Primeira Turma, julgado em 16/02/2012, DJe 24/02/2012; AG120820/CE, rel. Des. Federal Francisco Wildo, Segunda Turma, julgado em 31/01/2012, DJe 09/02/2012; AC514535/CE, rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, Quarta Turma, julgado em 08/02/2011, DJe 17/02/2011; AC454558/PE, rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, Terceira Turma, julgado em

41 BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 550170, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011. Diário Oficial da União 149, publicado em 04-08-2011.

42 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237889>. Acesso em 08-05-2013

43 BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 252.997/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 10/04/2013.

04/12/2008, DJ 26/02/2009.

Apelação da Fazenda Nacional e remessa obrigatória desprovidas.⁴⁴

TRIBUTÁRIO. IPI. VEÍCULO IMPORTADO. PESSOA FÍSICA. USO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STF, STJ E TRF 5ª REGIÃO.

- Segundo a jurisprudência majoritária do STJ e deste Tribunal, não é cabível a incidência de IPI sobre a importação de bens por pessoa física para uso próprio - no caso dos autos, trata-se de veículo -, tendo em vista que o fato gerador constante no art. 46, I, CTN, constitui operação de natureza mercantil (STJ, 2ª Turma. Rel. Min. Humberto Martins. AgRg no AREsp 172520. DJ, 28/08/10; TRF 5ª Região. 2ª Turma. Rel. Des. Francisco Wildo. APELREEX 15490. DJ, 12/05/11).

- O STF também já se pronunciou sobre o tema, acatando a tese da não incidência do IPI sobre veículos importados por pessoas físicas, para consumo próprio, com base no princípio da não-cumulatividade 2ª Turma. RE 255682 AgR / RS. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ, 10/02/06).

- Remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional não providas.⁴⁵

TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA FÍSICA. USO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Uma vez carreados ao feito elementos suficientes à comprovação dos fatos narrados na inicial, é de ser rejeitada a preliminar de inadequação de via eleita por ausência de prova pré-constituída.

2. Não incide o IPI em importação de veículo automotor, por pessoa física, para uso próprio. Precedentes.

3. Apelação provida.⁴⁶

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. VEÍCULO AUTOMOTOR. IMPORTAÇÃO. PESSOA FÍSICA. NÃO INCIDÊNCIA.

I. Apelação de sentença que julgou improcedente pedido de não incidência de IPI sobre veículo automotor, importado por pessoa física.

II. O Supremo Tribunal Federal, já se posicionou no sentido da não incidência de IPI sobre importação de veículo automotor por pessoa física, para uso próprio, pois o seu fato gerador é uma operação de natureza mercantil ou assemelhada. O princípio da não cumulatividade restaria violado devido à impossibilidade da compensação posterior, uma vez que o particular não é contribuinte da exação. Precedente: STF, RE 550170 AgR / SP, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 4.8.2011.

II. No mesmo sentido, cita-se os seguintes precedentes: STJ, RESP - Recurso Especial - 937620, Relator o Ministro José Delgado, publicado no DJ em 04/10/2007; TRF 1ª Região, AG 0022578-69.2012.4.01.0000/DF, rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, DJe 22.6.2012; TRF 3ª Região, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 335319, rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, DJe 12.4.2012; TRF 5ª Região, AG123568/PE, rel. Desembargador Federal Lazaro Guimarães, DJe 21.6.2012.

III. Apelação provida.⁴⁷

Apesar de majoritária no sentido de afastar a incidência do tributo, encontram-se precedentes recentes da Primeira e Terceira Turmas em sentido oposto, conforme se observa a partir dos acórdãos abaixo ementados:

TRIBUTÁRIO. IPI. VEÍCULO NOVO. IMPORTAÇÃO. PESSOA FÍSICA. USO PRÓPRIO. INCIDÊNCIA. FATO GERADOR DO TRIBUTO. ART. 46 DO CTN. DESEMBARÇO ADUANEIRO DA MERCADORIA. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. PRECEDENTES. 1. A sentença julgou improcedente pedido de restituição do valor pago a título de IPI incidente sobre a importação de veículo automotor novo por pessoa física e para uso próprio. 2. O princípio da não-cumulatividade previsto na CF/88 para o IPI não livra o consumidor final de suportar o ônus financeiro de tal tributação, seja qual for a procedência do produto adquirido, se nacional ou importado. O aludido princípio visa apenas evitar a incidência múltipla do tri-

44 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. APELREEX 22069/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 31/05/2012, DJE 07/06/2012 - Página 140

45 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. APELREEX 22803/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 26/03/2013, DJE 04/04/2013 - Página 241

46 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. PROCESSO: 08000182120124058300, AC/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 31/01/2013

47 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. PROCESSO: 00029138520124058300, AC544815/PE, RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, JULGAMENTO: 21/08/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 23/08/2012 - Página 598

buto, o chamado efeito cascata, na cadeia produtiva da mercadoria. Segundo a lógica da não-cumulatividade, havendo incidência do tributo na fase inicial da cadeia produtiva, é permitido que o contribuinte, na etapa seguinte, credite-se do valor já recolhido, a fim de afastar justamente nova incidência do tributo. 3. Na hipótese de produto adquirido no exterior, não há que se cogitar em qualquer tributação pretérita a justificar eventual creditamento. 4. É irrelevante a destinação do produto para fins de cobrança do IPI, pois, em qualquer hipótese, será sempre o seu consumidor final quem irá suportar o ônus da tributação. 5. O CTN (art. 46, I), ao definir o fato gerador do imposto, é taxativo ao estabelecer a incidência do tributo quando do desembaraço aduaneiro da mercadoria advinda do exterior, independente de sua destinação. 6. Restando configurado o fato gerador na hipótese em exame, não há que se cogitar da não-incidência do imposto. 7. Precedente desta Corte Regional. 8. Apelação não-provida.⁴⁸

TRIBUTÁRIO. AGTR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI). DESEMBARAÇO ADUANEIRO. VEÍCULO AUTOMOTOR. IMPORTAÇÃO POR PESSOA FÍSICA. USO PRÓPRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. AGTR IMPROVIDO. 1. A decisão agravada, proferida nos autos do mandado de segurança de origem, indeferiu o pedido liminar, por considerar que a incidência do IPI sobre o produto importado não infringe o princípio da não-cumulatividade, vez que a existência da figura do consumidor final nunca foi óbice à incidência do IPI em uma determinada operação, sendo certo que, como destinatário final, sempre tem o ônus de arcar com a carga tributária (fls. 17/24). 2. Nacional ou estrangeiro, o produto industrializado que atenda às especificações da legislação está sujeito à incidência do IPI (CF, art. 153, IV; CTN, art. 46; Lei 4.502/64, art. 1º). 3. A tributação do produto procedente do exterior ocorre com o desembaraço aduaneiro e o pagamento do tributo cabe ao importador, seja ele empresa ou pessoa física (CTN, art. 46, I, e art. 51, I; Lei 4.502/64, art. 2º, I e art. 35, I, “b”). 4. Exigir IPI sobre o produto importado por pessoa física de modo nenhum vulnera o princípio da não-cumulatividade, pois deste só se há de cogitar na medida em que haja uma sequência de fatos imponíveis, inexistente no momento do desembaraço aduaneiro. Pelo contrário, deixar de cobrar o imposto representa grave ameaça aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da seletividade, além de sério desvirtuamento da função extrafiscal do tributo. 5. AGTR improvido.⁴⁹

Expostas, portanto, a retórica material, ou seja, os preceitos norteadores da incidência do IPI, bem como a retórica estratégica, aqui limitada aos argumentos relativos à problemática da (não) incidência do IPI em importações realizadas pelo consumidor final do produto, passemos a realizar o cotejo das retóricas material e estratégica para construir a análise retórica da questão e indicar qual a posição mais ou menos esperada em situação semelhante a que venha um jurisdicionado que submeta seu processo ao crivo da Quinta Região da Justiça Federal.

3. A ANÁLISE RETÓRICA DA PROBLEMÁTICA: a prevalência do afastamento da exação do IPI nas importações realizadas pelo consumidor final do produto

Analisado o espaço amostral de decisões acerca da problemática (julgados recentes do STF, STJ e TRF 5ª Região), conclui-se que atualmente prevalece o entendimento pró-contribuinte, ou seja, o afastamento da hipótese de incidência do tributo em razão do princípio da não-cumulatividade, não obstante o jurisdicionado poder se surpreendido, principalmente no TRF 5ª Região, com decisões de aceitação da incidência do Tributo. Dita prevalência, entretanto, pode ser alterada com a análise que irá fazer o STF do Recurso Extraordinário nº 723651, uma vez que a composição da corte foi alterada e uma interpretação sinepeica⁵⁰, ou seja, que leve em consideração as consequências sociais da decisão tomada.

Em nosso entendimento, apenas se justifica a incidência do tributo a partir da sinéptica que leve em consideração do IPI não apenas como um imposto sobre o consumo, mas também como forma de defesa da indústria nacional e desestímulo às importações, uma vez que a análise dos argumentos dogmáticos para

48 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC 00063993320114058100, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, Terceira Turma, DJE - 10/08/2012 - Página:191

49 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AG 00098204720124050000, Desembargador Federal Manoel Erhardt, Primeira Turma, DJE - 14/11/2012 - Página: 223

50 Acerca da sinéptica, ensina Castanheira Neves: “Cremos mesmo que é este tipo de consequencialismo - que traduz na exigência de uma consistência prática entre o sentido teleologicamente regulativo dos fundamentos e os resultados da decisão judicativa que os invoque - que vai considerado no ‘pensamento sinepeico’ (de synepeia = efeito, consequência) enunciado por FIKENTSCHER (synepeik und eine synepeiche definition des Rechts, in W. FIKENTSCHER/H. FRANKE/ O. KOEHLER, Hrsg., Entstehung und Wandel rechtlicher traditionen, p. 53 ss.), enquanto diz ‘um pensar em consequências’ e o caracteriza pela ‘conexão de pressupostos e consequências’, pela prática ‘correspondência entre propósito e efeito’.

Esta consideração do ‘resultado da decisão’, das suas consequências ou dos seus efeitos, actua, por um lado, na imanência intencional da juridicidade (da axiológica normatividade jurídica) e não se deixa, por outro lado, de reconhecer, através dela, o direito comprometido com uma ‘ética de responsabilidade’. Têmo-la, por isso, como a única aceitável pelo pensamento metodológico jurídico.” (NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica – problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 204-205)

afastar a exação impediriam a imposição de mais este ônus ao importador, que já é tributado com imposto específico sobre a importação realizada e findaria por pagar o tributo duplamente: quando adquire o produto no exterior e quando realiza o desembaraço aduaneiro. Seria, portanto, o aumento da alíquota do Imposto de Importação a via adequada para a realização desta política econômica, uma vez que o IPI é imposto sobre produção, não sobre o comércio exterior.

Independentemente do relato vencedor, a retórica material que vier a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da problemática analisada, faz-se mister uma definição célere da questão, que se arrasta há anos e causa insegurança jurídica aos importadores. Necessário, portanto, criar “verdadeira expectativa normativa de comportamento para todos, integrantes do mesmo grupo de casos”⁵¹, para além da probabilidade de que o caso concreto venha a refletir o destino da maioria dos precedentes ou, para o infortúnio dos consumidores importadores, imponha a incidência do IPI sobre a operação.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009;
- _____. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *o paradoxo entre a retórica do paternalismo e o pragmatismo de uma ética da tolerância diante do problema da tortura – um diálogo com Tercio Sampaio Ferraz Junior*. ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). *Filosofia e teoria geral do direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- _____. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.
- BALLWEG, Ottmar. *Retórica analítica e direito*. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Tradução João Maurício Adeodato. São Paulo, nº 163, Vol. XXXIX, p.175-184, jul/set, 1991.
- BLUMENBERG, Hans. *Una aproximación antropológica a la actualidad de la retórica. Las realidades en que vivimos*. Trad. de Pedro Madrigal. Madrid: ediciones Paidós, 1999.
- BOTALLO, Eduardo Domingos. *Fundamentos do IPI*. São Paulo: RT, 2002.
- BRASIL. STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 550170, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011. Diário Oficial da União 149, publicado em 04-08-2011.*
- _____. STJ. *AgRg no AREsp 252.997/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 10/04/2013.*
- _____. *Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC 00063993320114058100, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, Terceira Turma, DJE -10/08/2012 - Página:191*
- _____. _____. *AG 00098204720124050000, Desembargador Federal Manoel Erhardt, Primeira Turma, DJE - 14/11/2012 - Página: 223*
- _____. _____. *APELREEX 22069/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 31/05/2012, DJE 07/06/2012 - Página 140*
- _____. _____. *APELREEX 22803/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 26/03/2013, DJE 04/04/2013 - Página 241*
- _____. _____. *PROCESSO: 00029138520124058300, AC544815/PE, RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, JULGAMENTO: 21/08/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 23/08/2012 - Página 598*
- _____. _____. *PROCESSO: 08000182120124058300, AC/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 31/01/2013*
- BRITO, Edvaldo Pereira de. *IPI. Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). Comentários ao código tributário nacional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I.*
- CHARTIER, Roger. *A história cultural: entre práticas e representações*. Tradução Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990.
- _____. *El presente del pasado: escritura de la historia, historia de lo escrito*. Mexico D.F.: Universidad Iberoamericana, 2005.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Porto Alegre: L&PM, 2006.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.*
- _____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.*

- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- Incidência de IPI sobre importação de veículo para uso próprio é tema de repercussão geral. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237889>. Acesso em 08-05-2013
- LLOYD, Christopher. *As estruturas da história*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de direito tributário*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS – Teoria e Prática*. São Paulo: Dialética, 1995.
- MUNIZ, Francisco Arthur de Siqueira. *AS RETÓRICAS NA HISTÓRIA DA (IN)DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO: análise do juízo de cognição do conceito indeterminado de improbidade administrativa dolosa nos recursos especiais*. 2013. 432 f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas –, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.
- NEVES, A. *Castanheira Questão-de-facto e Questão-de-direito ou O Problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.
- _____. *Metodologia jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos – ou como filosofar a marteladas*. Tradução Carlos Antonio Braga. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, vol. 28. São Paulo: Escala, [2000?].
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- País reage e destaca aumento das importações. In *Valor Econômico*, São Paulo, 25 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3173352/pais-reage-e-destaca-aumento-das-importacoes> Acesso em 20/07/2013
- PERELMAN, Chaïm e Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Revisão: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8. Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito – uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Metrópole, 1992.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução José Carlos Bruni. Col. Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ZACCARIA, Giuseppe. Trends in contemporary hermeneutics and analytical philosophy. In *Ratis Juris*, 12, nº 3, sept. 1999.

MUNICIPALIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: RISCOS E PERSPECTIVAS

Tiago Lopes de Andrade Lima

Advogado, sócio de Queiroz Cavalcanti, titular da Área de Direito Ambiental, Coordenador do Núcleo de Direito Ambiental da Escola Superior de Advocacia – ESA e Superintendente de Meio Ambiente do Prodetur Nacional (Programa de Desenvolvimento do Turismo no Nordeste). Especialista em Direito Público pela Escola de Magistratura de Pernambuco; Especialista em Direito Urbanístico e Ambiental pela Faculdade Salesiana do Nordeste; Mestre em Tecnologia Ambiental pelo Instituto de Tecnologia de Pernambuco

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2. TUTELA DO MEIO AMBIENTE – COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL. 2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2.2. REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS.2.3. ASPECTOS DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA ESFERA MUNICIPAL3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

A proteção dos recursos naturais e do meio ambiente de uma forma geral se mostrou latente desde a Convenção de Estocolmo em 1972 quando, de forma embrionária, passou-se a se discutir o tema em Fóruns privilegiados, com poder decisório dos seus partícipes, para deliberar sobre a interferência humana no meio ambiente.

Em ritmo acelerado de crescimento, os movimentos ambientalistas passaram a exercer forte influência sobre a sociedade formadora de opinião, todavia, de modo ainda insuficiente se comparado com o desenvolvimento econômico mundial crescente e desordenado.

Com um discurso desafiador de escassez dos recursos naturais, da utilização racional desses recursos e da sua preservação para as presentes e futuras gerações, o tema passou a ser adotado pelos legisladores e gestores públicos que incorporaram a problemática às suas agendas criando normas de proteção e instrumentos de gestão ambiental, atualmente, essenciais para o controle, o planejamento e o equilíbrio do crescimento da economia mundial.

Dentre vários instrumentos de planejamento, destaca-se o licenciamento ambiental, como o mais importante para o controle sobre as transformações do meio ambiente e para harmonização entre o desenvolvimento social e econômico e a dinâmica ambiental.

No Brasil, a nossa Constituição delegou à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal a competência para legislar e para proteger o meio ambiente. Os Estados criaram seus órgãos de meio ambiente, e acumularam, no exercício da competência supletiva, o papel dos Municípios.

Todavia, com o advento da Lei Complementar 140/2010, essa realidade vem modificando. Os Municípios, com base no artigo 9º, XIV, a, do estatuto complementar, iniciaram o processo de estruturação para realizar o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local ou localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

Aos Estados, consoante ensina o artigo 8º, XIV, do mesmo diploma ficou instituída a competência residual para atuar em favor do meio ambiente. Ou seja, todo o licenciamento ambiental que não for de competência da União nem do Município, será automaticamente reconhecido como de competência estadual.

Todavia, no caso dos Municípios, a criação da estrutura para que se reconheça a sua capacidade jurídica para licenciar, não virá, necessariamente, acompanhada de capacidade técnica e estrutural daqueles entes. Só

assim os Municípios estarão realmente aptos a serem responsáveis por parte da proteção ambiental no Brasil.

Importante ressaltar que o licenciamento ambiental configura-se como um dos principais instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente (artigo 9º, IV da Lei Federal 6.938/81) e da Constituição da República de 1988.

Dessa forma, torna-se muito importante avaliar, em conjunto com os aspectos legais e institucionais, o processo de criação das estruturas de licenciamento ambiental nos Municípios, avaliando o modo como deve ser realizada a transferência da responsabilidade para os municípios, demonstrando a insegurança jurídica que pode ser trazida com o cumprimento das obrigações estabelecidas na Lei Complementar e o papel do Ministério Público no acompanhamento desse processo.

2. TUTELA DO MEIO AMBIENTE – COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A nossa Carta Magna dedicou um capítulo ao tema, garantindo a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para tanto, considerando o regime de organização político-administrativa da nossa República, que compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e considerando ainda a importância do meio ambiente para a coletividade, a Constituição da República determinou o compartilhamento de responsabilidades constitucionais para todos os entes federados, seja para legislar, seja para proteger o meio ambiente.

Assim, foi atribuída a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger o meio ambiente, as paisagens naturais, combater a poluição em qualquer de suas formas e preservar as florestas, a fauna e a flora.

Todavia, trata-se de uma norma de eficácia limitada, porquanto o parágrafo único do artigo 23 da Constituição determinou a necessidade de fixação de Lei complementar para o estabelecimento das normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A referida norma complementar foi criada apenas no ano de 2011.

Antes disso, no decurso desse lapso temporal, a Resolução 237/97 do CONAMA, sem entrar no mérito da sua legalidade, foi editada com o intuito de servir de parâmetro, aos operadores do direito, para determinar os critérios para fixação de competências constitucionais de cada ente federativo.

Naquela Resolução, segundo o seu artigo 6º, competia ao órgão ambiental municipal o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e que fossem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio. Ocorre que a Resolução, nesse aspecto, foi objeto de questionamentos nos Tribunais quanto à sua legalidade, tendo causado, indubitavelmente, uma espécie de moratória institucional no que se refere à constituição dos órgãos ambientais pelos Municípios brasileiros.

Apenas com o advento da Lei Complementar nº 140/2011, os dispositivos constitucionais supracitados passaram a gozar de eficácia plena, com o estabelecimento de normas para as ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do meio ambiente.

Com isso, reproduzindo boa parte dos critérios estabelecidos na Resolução Conama 237/97, a Lei Complementar 140/2011 delimitou a repartição das competências constitucionais de cada um dos entes da federação através de critérios de abrangência do impacto e de localização, a seguir discriminados.

2.2. REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Com o advento da LC, que revogou parcialmente a Resolução Conama 237/97, passou-se a adotar, além da abrangência dos impactos, alguns critérios de localização para atração da competência, que anteriormente não eram considerados na Resolução Conama.

O art. 7º, XIV, “d” da Lei Complementar, por exemplo, aduz que se o empreendimento estiver localizado em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs), ainda que o impacto seja eminentemente local, a competência do licenciamento fica a cargo da União.

Aos Municípios, o art. 9º, XIV, “a” da Lei Complementar, reservou a competência para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local ou localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental.

Para os Estados, a Lei Complementar, em seu artigo 8º, XIV destinou a competência residual para o licenciamento ambiental. Isso porque colocou sob a tutela do Estado todas as atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado as competências da União e dos Municípios.

Portanto, segundo a Lei, caso a competência do licenciamento não esteja sob a responsabilidade da União ou dos Municípios é atribuída para o âmbito do Estado. Assim, regra geral, as atividades de licenciamento de âmbito local ficam sob a tutela dos Municípios que, para se tornarem aptos a exercer a competência que lhe fora destinada, precisam dispor de Conselho Municipal de Meio Ambiente, de Órgão de Meio Ambiente e de Fundo Municipal de Meio Ambiente.

Importante salientar que, junto com o processo de licenciamento ambiental, a Lei Complementar passou a atribuir a competência única do ente que licencia para aplicar sanções sobre o empreendimento ou atividade licenciada. Ou seja, a partir da vigência da Lei Complementar, cada ente da federação teve sua atribuição devidamente delineada sob o ponto de vista da proteção ao meio ambiente.

No caso dos Municípios, muitos ainda não dispõem de Conselhos Municipais de Meio Ambiente estruturados, de legislações específicas, de órgão licenciador, enfim, de um Sistema Municipal de Meio Ambiente em funcionamento para exercer a sua competência para licenciar.

Assim, se por um lado, a Lei Complementar outorgou eficácia plena ao dispositivo constitucional previsto no artigo 23, tendo o Município condições legais de exercer a sua competência no que diz respeito ao licenciamento de obras e empreendimentos de impacto local, por outro há que se avaliar se os municípios estão aptos, sob o ponto de vista técnico e estrutural, para realizar o processo de licenciamento sob a sua responsabilidade.

A responsabilidade pela proteção ambiental, comum aos entes da federação, traz, utopicamente, uma maior proteção ao meio ambiente na medida em que permite um maior alcance da atuação do Estado na fiscalização das atividades impactantes, porém, na prática pode transferir uma responsabilidade para um Município sem corpo técnico e estrutura operacional capazes de assumir a gestão ambiental de impacto local.

Para tanto, o Ministério Público na condição de Instituição defensora da ordem jurídica e dos interesses sociais, deve acompanhar o processo de municipalização do processo de licenciamento ambiental, fomentando a transferência de conhecimento entre os órgãos estaduais e os órgãos municipais, até que o Município encontre-se apto a realizar o seu processo de licenciamento de forma autônoma e com respeito aos princípios do direito ambiental.

Demonstrando evidente preocupação com o tema, o exímio doutrinador Paulo Affonso Leme Machado, antes mesmo do advento da Lei Complementar aduzia o seguinte:

“Portanto, é uma das tarefas da lei complementar criar instrumentos que evitem que um Estado da Federação ou um Município possam descumprir a legislação ambiental ao atrair investimentos, praticando um desenvolvimento não sustentado.”¹

Apesar de relevante, tal preocupação não fora incorporada pela Lei Complementar, seja pela ineficiência dos nossos legisladores, seja pela dificuldade em trazer eficácia à medida sugerida pelo doutrinador.

Portanto, ante os vários cenários estabelecidos com municipalização do licenciamento ambiental no Brasil há que se analisar os riscos advindos do exercício da competência ambiental por aquele ente federativo.

2.3. ASPECTOS DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA ESFERA MUNICIPAL

O licenciamento ambiental é o processo administrativo por meio do qual o órgão ambiental competente licencia empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, avaliando a viabilidade ambiental de empreendimento na alternativa locacional apresentada e, em sequência, as condicionantes ambientais a serem cumpridas para sua instalação, ampliação e operação.

O referido processo envolve em regra a liberação, inicialmente da Licença Prévia que é concedida na fase preliminar do planejamento da obra ou atividade. Posteriormente, a Licença de Instalação autoriza o início da implementação do empreendimento ou atividade, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados.

Por fim, a Licença de Operação autoriza o início da atividade, do empreendimento após a verificação do efetivo cumprimento das medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

1 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros Editores. 19ª Edição. Pág. 128

Tais fases, durante o licenciamento, envolvem análises criteriosas e minuciosas dos impactos ambientais identificados e respectivas medidas mitigadoras, devendo ser realizadas por técnicos com isenção e competência capazes de aplicar a legislação ambiental de forma a atender aos princípios de proteção do meio ambiente insculpidos em nossa Constituição da República.

Importante salientar que os estudos ambientais envolvem uma equipe multidisciplinar de biólogos, geólogos, engenheiros, advogados e demais especialidades em razão da complexidade das análises necessárias para se conhecer os impactos ambientais, positivos ou negativos, gerados por um empreendimento.

Ainda assim, mesmo com toda a cautela de um órgão ambiental bem estruturado tecnicamente, alguns impactos ambientais não são conhecidos ou ainda não são considerados em sua verdadeira magnitude no estudo ambiental.

Portanto, é clarividente que um Município ao iniciar o seu licenciamento deve percorrer um longo caminho de estruturação física, técnica e operacional do seu órgão de meio ambiente, para licenciar obras que tragam impacto local ao seu território.

Não basta criar legislações que instituem o seu Conselho de Meio Ambiente ou ainda que crie o órgão de meio ambiente. Faz-se necessário um estudo aprofundado das atividades que são desenvolvidas ou que pretendem se desenvolver naquele município, em confronto com a sua condição técnica e estrutural.

Sob o prisma financeiro, a Lei Federal 10165/2000 que criou a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCEFA, cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, determinou em seu artigo 17-P a possibilidade de cobrança dessa taxa pelos Municípios.

Todavia, são recursos que aportam no município apenas com a formalização do Sistema Municipal da Gestão Ambiental, ou seja, somente a transferência do licenciamento para aquele ente. Nesse sentido, é de conhecimento geral a precariedade da situação em que se encontram os municípios brasileiros. No âmbito da gestão pública, os municípios não dispõem de técnicos com nível profissional adequado para o exercício das funções a ele atribuídas.

Dessa forma, com técnicos sem qualificação e com estrutura operacional insuficiente, transferir o licenciamento ambiental para os Municípios sem o devido acompanhamento pelo Ministério Público, torna-se uma determinação legal arriscada e que pode trazer sérios prejuízos ao Poder Público e, principalmente, à coletividade.

Inclua-se no conceito de “coletividade” acima colocado, os empreendedores. Esses também poderão ser afetados com esse recente movimento de municipalização do licenciamento ambiental no ordenamento jurídico. Para os empreendedores privados, o licenciamento em âmbito municipal pode trazer alguns *pseudo* benefícios de início, mas sob uma ótica jurídica bastante controversa.

O ganho na celeridade no trâmite dos processos de licenciamento dos órgãos ambientais municipais parece, de logo, ser a vantagem mais proeminente. Sem processos antigos e analisando processos geralmente mais simplificados, em razão da abrangência do impacto a ser analisado (local), a tendência das análises dos órgãos ambientais nos Municípios é de licenciar o empreendimento com a agilidade desejada pelo empreendedor.

No entanto, é possível que a referida aludida agilidade venha travestida de ilegalidade a ponto de causar a nulidade do processo de licenciamento ambiental.

Basta, por exemplo, que os órgãos ambientais, por absoluta incapacidade técnica, deixem de exigir estudos técnicos adequados às características do empreendimento. Nesse sentido, sob o argumento da incerteza quanto aos impactos do empreendimento, podemos encontrar algumas decisões exaradas em sede dos nossos Tribunais que determinam a paralisação do processo de licenciamento do empreendimento.

Observe-se a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“AGRAVO. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. PROTEÇÃO. INTERESSE PÚBLICO. ORDEM. SAÚDE. SEGURANÇA. ECONOMIA.

1. *Recurso de agravo manejado em face da decisão da Presidência deste Tribunal, que deferiu o pedido de suspensão da execução de medida antecipatória da tutela deferida de modo parcial em sede de ação civil pública visando à tutela do meio ambiente.*

2. *A par da tutela da economia pública, albergada pela decisão agravada ao fundamento da necessidade de regular abastecimento de energia elétrica, é igualmente suscetível de consideração a proteção ao meio ambiente, nitidamente*

buscada pela ação civil pública em comento e alcançada pelo instituto da suspensão de execução de medidas liminares, já que diretamente relacionada com o interesse público e com a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas (artigo 4º, Lei nº 8.437/92).

3. Merece ponderação por este Tribunal o relevo que assume a persistência de ato administrativo representado pelo licenciamento ambiental de usina hidrelétrica tido por inconsistente de modo exaustivamente fundamentado pelo Juízo Federal da ação civil pública originária.

4. Igualmente digno de elevada consideração o fato de que o empreendimento em questão será instalado a aproximadamente 500 metros do Parque Nacional do Iguaçu, reputado Patrimônio Natural da Humanidade pela UNESCO e maior parque nacional da Mata Atlântica.

5. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio suspendeu a anuência para a licença ambiental prévia do aludido empreendimento em razão de falhas e de omissões no EIA/RIMA respectivo, o que, à luz das obrigatórias prevenção e precaução a respeito dos empreendimentos potencialmente lesivos ao meio ambiente, faz por recomendar o acautelamento do patrimônio natural em questão, levado a efeito pela decisão cuja suspensão é pretendida.

6. O equacionamento da matriz energética nacional deve ser efetivado livre de açodamentos que comprometam o futuro da sociedade brasileira, sobretudo no tocante à sustentabilidade ambiental.

7. O equacionamento da matriz energética nacional deve ser efetivado livre de açodamentos que comprometam o futuro da sociedade brasileira, sobretudo no tocante à sustentabilidade ambiental. (TRF 4ª Região. AI na Suspensão de Execução de Liminar/Antecipação de Tutela nº. 2008.04.00.033007-2. Rel. Des. Federal Relatora Marga Inge Barth Tessler.Sessão: 19.12.2008.)” (grifos acrescidos).

Assim, ainda que seja afastado de logo qualquer dolo ou culpa do agente ambiental, o simples fato da ausência de estudos técnicos aprofundados, podem resultar na suspensão do processo de licenciamento ou, dependendo do grau em que se encontra a atividade, até mesmo a sua paralisação.

Do mesmo modo, a decisão acima deixa clarividente que ainda que sejam exigidos os Estudos Técnicos compatíveis com a atividade a ser licenciada, há que se existir no órgão um corpo técnico com capacidade técnica para analisar as conclusões e recomendações estabelecidas pelo estudo ambiental, sob pena de o estudo ambiental ser aprovados sem uma análise acurada.

Além disso, os técnicos deverão ser dotados de estrutura suficiente para realização das diligências necessárias ao esclarecimento do processo de licenciamento. Portanto, resta imperiosa a necessidade de observância do Princípio da Prevenção nos processos de licenciamento.

Outrossim, é forçoso reconhecer a existência da influência do poder econômico do empreendedor sobre os gestores públicos de grande parte dos Municípios do Brasil. O interesse em atrair grandes indústrias, geradoras de empregos, para o seu território pode, por exemplo, deixar o processo carente de análises técnicas fundamentais para emitir a Licença, transformando o licenciamento desse empreendimento numa mera formalidade administrativa.

Tal procedimento, da forma como narrado acima, mostra-se passível reconhecimento de nulidade pelo Poder Judiciário. A liberação da Licença Ambiental pelo Órgão Ambiental induz a uma errônea impressão de que o documento é revestido de segurança jurídica necessária à execução, pelo empreendedor, das fases do empreendimento. Tal conclusão é embasada, sobretudo na autonomia dada aos entes da federação para licenciar os empreendimentos de acordo com o seu impacto e sua localização.

Dessa forma, ultrapassada qualquer questão referente a conflitos de competência para licenciar e definido o ente responsável pelo licenciamento, os órgãos ambientais competentes passam a ser responsáveis pela emissão de documento que autoriza o empreendedor a iniciar suas atividades de instalação e operação da sua atividade.

Todavia, além das questões de competência ambiental faz-se mister observar o licenciamento sob o aspecto da legalidade para que a lisura do processo não seja questionada. Tais dúvidas a respeito da legalidade vêm sendo submetidas corriqueiramente ao crivo do Judiciário, causando uma situação de enorme insegurança jurídica quanto aos processos de licenciamento ambiental no Brasil.

Essa malfada situação tender a crescer com a criação, sem qualquer critério técnico, dos órgãos licenciadores no âmbito dos municípios apenas para atender uma exigência da Lei Complementar 140/2011 e sob a perspectiva de atração de novos recursos advindos das taxas de fiscalização ambiental e dos processos de licenciamento ambiental.

Vejamos o entendimento relatado na jurisprudência abaixo:

“Em tema de meio ambiente, a cautela deve pender a favor dos interesses da sociedade que estão em discussão. Demonstrado o perigo de dano, a medida que se impõe é o imediato afastamento da causa que está gerando o risco, ou seja, in casu, a paralisação de toda e qualquer atividade potencialmente lesiva (...) (Agravo de Instrumento nº 2008.033525-1, de Santo Amaro da Imperatriz, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 09.02.09)”

Nesse mesmo sentido, importante observar que a atuação do Ministério Público, e demais entes legitimados, provocando o Poder Judiciário para que exerça controle dos atos administrativos, vêm sendo maciçamente utilizada como forma de combate às ilegalidades cometidas pelos órgãos públicos, senão vejamos:

“É de todo factível o controle jurisdicional da legalidade dos atos administrativos, pois que descabida a intervenção do poder judiciário apenas no atinente aos critérios de conveniência e oportunidade, por se constituírem estes em faculdade exclusiva da administração pública.” (Agravo de Instrumento nº 2009.057684-3, de Blumenau, Rel. Des. João Henrique Blasi, publ. 26.02.2010). (TJSC; AI 2011.002843-5; 3ª C.D.Púb.; Rel. Des. Carlos Adilson Silva; DJSC 16/12/2011; p. 248).

Nesse sentido, a preocupação com o caráter de irreversibilidade da criação de órgãos ambientais municipais, considerando as atribuições constitucionais previstas para esses entes, deve ser acompanhada do necessário envolvimento do Ministério Público na transferência do licenciamento para o âmbito municipal, associado à cooperação técnica entre os órgãos estaduais e municipais, como alternativa de cumprimento responsável da Lei Complementar 140/2011.

Importante salientar que, a partir da criação dos órgãos municipais de meio ambiente, a atuação supletiva dos órgãos ambientais estaduais no licenciamento ambiental de impacto local será invocada apenas para casos excepcionais, quando houver inércia na atuação pelo órgão competente. Afora esse caso, qualquer atuação nos licenciamentos ambientais deverá acontecer pelo ente federativo competente, sob pena de nulidade do processo.

Vejamos a decisão abaixo num caso semelhante:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICENÇA PARA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DE AREIA EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. LICENÇA SUPLEMENTAR DO IBAMA. INEXISTÊNCIA DE INÉRCIA DO SEAMA. NULIDADE DO LICENCIAMENTO. A legislação pertinente ao tema, Lei nº 6.938/81 em seu art. 10 e a Resolução CONAMA nº 237/97 respectivamente em seu art. 5º estabelecem claramente a competência do SEAMA para a expedição de licença de operação, cabendo tal desiderato ao IBAMA, segundo a mesma, suplementarmente. Não obstante existe a vedação legal do exercício de qualquer atividade predatória efetuada em área de preservação ambiental em moldes a sustentar a ilegalidade do licenciamento efetuada de forma suplementar pelo IBAMA. Não houve inércia do SEAMA, ao abster-se no licenciamento pretendido, mas tão só cautela com o meio ambiente frente ao curso do Projeto de Lei para a destinação da sítio em questão como Área de Proteção Ambiental. Recurso provido. (TRF 2ª R.; AC 268968; Proc. 2001.02.01.029740-6; ES; 5ª T.Esp.; Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo; DJU 13/02/2007; p. 356)” (destaques acrescidos)

Dessa manifestação jurisdicional, destaca-se ainda a inexistência de direito líquido e certo à Licença Ambiental. Portanto, até mesmo após a emissão de uma Licença de Operação, o ato pode ser questionado pelo Ministério Público, por exemplo, e vir a ser declarado nulo.

Com isso, torna-se factível aventar-se a teratológica hipótese de o empreendedor seguir à risca todas as determinações expedidas pelo órgão ambiental, cumprir todas as condicionantes ambientais exigidas pelo órgão, e ter o seu processo cancelado pelo Poder Judiciário, seja por questão de competência, seja por questão de ilegalidade ou ainda pela ausência de estudos ambientais necessários às características do empreendimento.

Com a estrutura física e técnica que dispõe os nossos Municípios, torna-se preocupante a situação do empreendedor frente a processos de licenciamento em trâmite naqueles entes.

Ou seja, a segurança jurídica e até mesmo viabilidade empresarial do empreendimento pode ser afetada com a aludida insegurança transmitida pelo processo de licenciamento ambiental.

Assim, ante as questões jurídicas postas ao empreendedor, apenas um estudo ambiental bem delimitado e com escopo bem definido, o fará conhecer as restrições legais para instalar o empreendimento, de forma independente e segura.

Muitas vezes, somente após a aquisição do local onde se pretende instalar o empreendimento, a aprovação do projeto junto ao município e o pedido de licenciamento ambiental, o empreendedor toma ciência, pelo órgão ambiental, dos gravames ambientais impostos ao empreendimento. Trata-se de um risco desmedido a que se encontra submetido o empreendedor, que além de se submeter a novas limitações, desta feita de ordem ambiental, não tem segurança alguma quanto à legalidade daquelas exigências e, nem mesmo, certeza de que são apenas aquelas exigências.

Assim, ainda que o órgão ambiental emita seu posicionamento quanto à viabilidade do empreendimento e possibilidade de liberação das fases posteriores, a licença ambiental expedida pelo órgão estará sujeita ao controle jurisdicional, sempre que infringir alguma questão de legalidade ou mesmo seja demonstrada a incerteza sob o ponto de vista dos impactos no meio ambiente.

Nunca é demais lembrar que a diversidade de normas jurídicas ambientais (leis, decretos, resoluções, portarias, instruções normativas) associada à competência outorgada aos três entes da Federação (União, Estados e Municípios) para legislar, traz ao analista ambiental um intrincado arcabouço normativo de difícil interpretação e aplicação pelo operador do direito, revestindo de uma complexidade desmedida o processo de licenciamento ambiental.

Para tanto, recomenda-se aos empreendedores, no intuito de garantir a segurança jurídica do processo e de realizar um planejamento adequado do empreendimento, realizar um estudo prévio para atestar a sua viabilidade ambiental no afã de, previamente, conhecer as limitações normativas ambientais impostas à propriedade e ao seu entorno, de orientar a busca pela alternativa locacional mais adequada e ainda de garantir a segurança jurídica do seu processo de licenciamento.

Tal estudo, feito previamente ao processo de licenciamento, faz com que o empreendedor conheça as principais restrições ambientais do empreendimento naquele local e, por essa razão, não fique à mercê do reconhecimento judicial da legalidade dos atos administrativos exarados pelos órgãos ambientais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O arranjo institucional a ser dado para dotar o município de estrutura e capacidade técnica para licenciar, necessita de uma análise individualizada das necessidades e capacidades no Município. Tal estudo deverá contemplar também um planejamento que identifique o tempo necessário para que o Município assumira todos os processos de licenciamento ambiental, inclusive os mais complexos, de âmbito local.

A participação do Ministério Público também se mostra vital ao sucesso do processo de municipalização do licenciamento ambiental. Primeiro porque a fiscalização será fundamental para que não existam, nesse período de transferência de ações do Estado para o Município, conflitos negativos ou positivos de competência para licenciar. Segundo porque se mostra imprescindível a existência de um ator que defenda exclusivamente os interesses difusos, sem considerar os interesses individuais que certamente existirão nos órgãos estaduais e municipais quando da execução desse processo. Terceiro porque o Ministério Público deverá ter ciência das dificuldades do processo para atuar preventivamente no sentido de orientar os órgãos, evitando o ajuizamento desnecessário de demandas judiciais em face dos órgãos ambientais.

No que se refere ao particular, resta latente que a Licença Ambiental emitida por um órgão ambiental não traz a segurança jurídica necessária à sua atividade empresarial. Isso porque, o direito ao meio ambiente equilibrado, por ser difuso, tem repercussão em toda a coletividade e, por consequência, tem um controle social maior e mais atuante. Assim, antes de submeter um empreendimento ao processo de licenciamento ambiental, é de suma importância conhecer as restrições legais de ordem ambiental dentro do empreendimento ou no seu entorno, a exemplo da existência de fauna ameaçada de extinção, de passivos ambientais e de cursos d'água.

Tais análises são primordiais para a constatação da regularidade do processo de licenciamento e para

a segurança do particular quanto à legalidade do documento que licencia o empreendimento, evitando dissabores futuros com um eventual reconhecimento de ilegalidade no processo, pelo judiciário.

Dessa forma, a incorporação de estudos técnicos e jurídicos à fase de planejamento de um processo de viabilização de empreendimentos poderá representar um diferencial significativo para minimizar os riscos de ilegalidade no processo de licenciamento, além de dotar o empreendedor dos conhecimentos necessários à tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

_____. Lei Complementar n.º 140, de 08 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do **capite** do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de junho de 2013.

_____. Lei n.º 6938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de junho de 2013.

_____. Lei n.º 10.165, de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 de junho de 2013.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 6ª edição. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Malheiros Editores. 19ª Edição. 2011.

Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico v.47abr./mai. 2013.

Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico v.43ago./set. 2012.

Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico v.38out./nov. 2011.

UMA CRÍTICA AO ENUNCIADO 453 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ

Danilo Heber Gomes

Mestre e pós-graduado em Direito processual pela UNICAP. Membro efetivo do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro fundador da ANNEP (Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo). Secretário Geral da APPODI (Associação Pernambucana de Pós-Graduandos em Direito) para o biênio 2010-2012. Professor de direito processual civil da Faculdade de Direito de Olinda (AESO). Advogado. Contato: daniloheber@gmail.com

Introdução

Imagine que um autor tenha pedido indenização por danos morais, e o juiz, ao proferir a sentença, julga procedente o pedido, mas nada mencionada a respeito do honorários advocatícios. E passado o prazo para interposição dos recursos cabíveis, a decisão transita em julgado.

Nesse caso há uma decisão omissa, pois não houve pronunciamento sobre um dos pedidos feito pelo autor, qual seja, o arbitramento dos honorários sucumbenciais.

E qual seria a saída então para a execução dos referidos honorários? Ajuizar uma nova ação pedindo aquilo que não foi julgado? Rescindir o julgado através de ação rescisória? Realizar uma simples petição e pedir que o juiz se pronuncie? Ou simplesmente não há mais o que fazer e deve-se entender que, apesar de não haver sido julgado, vale o silêncio da sentença, como decisão de improcedência, já agora coberta pela *auctoritas rei iudicatae*? Em outras palavras: o que foi pedido, mas não foi dado nem negado, faz coisa julgada como se negado fora?¹

O presente artigo investigará tais indagações sobre o assunto, e tentar-se-á encontrar uma solução com critérios científicos e com escólio na teoria, ponteano, do fato jurídico.

1. Análise do enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ

O exemplo trazido acima já foi solucionado pelo STJ, cujo entendimento foi cristalizado pelo enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante deste tribunal superior.

Antes de iniciar com as respostas das perguntas feitas há pouco, é importante fazer alguns esclarecimentos sobre o precedente que deu origem ao citado enunciado 453.

Eis a ementa:

RECURSO ESPECIAL Nº 886.178 - RS (2006/0198875-6)

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO OMISSO QUANTO AOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA. INADMISSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

Relator: Min. Luiz Fux

DECISÃO:02/12/2009

DJE 25/02/2010

O acórdão ora referido é o RESP 886178 RS, que serviu como precedente para a formação do enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, cujo texto é o seguinte: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.”

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. In *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 245.

No caso em tela o recorrente ajuizou ação para cobrar honorários advocatícios que não foram arbitrados em processo anterior. No caso houve omissão judicial quanto ao pedido dos honorários advocatícios.

Apesar de ter sido formulado o pedido na petição inicial do processo anterior, os honorários advocatícios não foram arbitrados, transitando em julgado a decisão, cujo conteúdo nada mencionou acerca da verba sucumbencial.

Após o trânsito em julgado da decisão, foi ajuizada uma nova ação com o intuito único de cobrar os honorários advocatícios, pedido este não julgado no processo anterior.

Ajuizada a ação para a cobrança do pedido não decidido, os honorários advocatícios, a parte ré alegou, em preliminar de contestação, a coisa julgada com fulcro no inc. V do art. 267 do Código de Processo Civil, argumento este acolhido pelo juízo de 1º grau, e mantido no respectivo tribunal.

Da decisão do tribunal foi interposto o recurso especial, que apesar de conhecido, foi negado provimento de forma unânime, formando assim o acórdão ora comentado e o dando origem ao enunciado n. 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ.

Impende consignar e comentar alguns pontos do julgado:

Omitindo-se a decisão na condenação em honorários advocatícios, deve a parte interpor embargos de declaração, na forma do disposto no art. 535, II, CPC. Não interpostos tais embargos, não pode o Tribunal, quando a decisão passou em julgado, voltar ao tema, a fim de condenar o vencido no pagamento de tais honorários. Se o fizer, terá afrontado a coisa julgada. (ACO 493 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1999, DJ 19-03-1999)

Na passagem do julgamento ora comentado, o Recurso Especial Nº 886.178 - RS (2006/0198875-6), é citado pelo Relator, Ministro Luiz Fux, hoje ministro do STF, para reforçar o entendimento de que violaria a coisa julgada admitir ação própria para cobrar honorários advocatícios, uma vez que o remédio cabível seria a interposição de embargos declaratórios da sentença anterior.

Ainda no mesmo sentido do anterior, e trazendo mais um precedente que reforça a sua tese o ministro Fux colaciona o seguinte julgado:

O trânsito em julgado de decisão omissa em relação à fixação dos honorários sucumbenciais impede o ajuizamento de ação própria objetivando à fixação de honorários advocatícios, sob pena de afronta aos princípios da preclusão e da coisa julgada. Isto porque, na hipótese de omissão do julgado, caberia à parte, na época oportuna, requerer a condenação nas verbas de sucumbência em sede de embargos declaratórios, antes do trânsito em julgado da sentença. (Precedentes: AgRg no REsp 886559/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 24/05/2007; REsp 747014/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 05/09/2005; REsp 661880/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 08/11/2004; REsp 237449/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 19/08/2002)

Observe que o entendimento do STJ é firme no sentido de que se a sentença é omissa quanto ao pedido de honorários advocatícios, o remédio jurídico seria a interposição de embargos declaratórios, sob pena de se operar o trânsito em julgado, e não mais ser possível a cobrança das verbas sucumbenciais em ação própria.

E após citar os precedentes acima anotados, o Ministro Relator vota pelo não provimento do recurso especial concluindo:

Destarte, a ausência de discussão da matéria no recurso da ação principal, e a ausência de oposição de embargos de declaração, fizeram com que a sentença restasse, nesse tópico, abrangida pelo instituto da coisa julgada, sendo passível de modificação apenas mediante o ajuizamento de ação rescisória.

RECURSO ESPECIAL Nº 886.178 - RS (2006/0198875-6)

Relator: Luiz Fux

O julgado que omitiu a questão dos honorários advocatícios acolheu em parte o pedido do autor,

silenciando no tocante ao tópico da sucumbência. Tal questão punha-se como objeto de julgamento à consideração do juiz, e tinha de ser julgado em capítulo específico da sentença, entretanto não o foi.

A conclusão que chegou o ministro foi a seguinte: decisão omissa deveria ser integrada pelos embargos de declaração, e se transitada em julgado, apenas poderia ser passível de modificação se interposta ação rescisória, vedado ingresso de ação própria para a cobrança do pedido não decidido.

Não se concorda com o posicionamento do STJ.

Doravante, serão analisados alguns argumentos que não permitem chegar à conclusão que chegou o STJ ao elaborar do enunciado 453. Mas antes, algumas palavras sobre o ato jurídico inexistente são necessárias, uma vez que a noção do plano de existência é de fundamental importância para a conclusão final.

2. O ato jurídico inexistente

Com efeito, apesar de já difundida em sede doutrinária, o rigor científico não permite a chamada categoria do ato inexistente, pois a inexistência é conceito próprio do mundo dos fatos, e não do mundo jurídico.²

Ocorrendo um nada, um vazio, a inexistência, não se deve nem sequer falar de ato. Se houve um *ato*, é porque algo existiu. Logo a categoria do ato inexistente é logicamente uma forma contraditória. A contradição cessa, percebera com toda razão o professor Calmon de Passos, quando se inscreve o advérbio: ato *juridicamente* inexistente.³

Atos juridicamente inexistentes são atos que não chegam a ingressar no mundo jurídico, ainda que materialmente existentes, pois não possuem elementos mínimos de existência.⁴

O problema da inexistência jurídica é bem diverso da questão do vício ou defeito do ato e sua consequência invalidante. O ato inexistente não é ato jurídico. O ato nulo é ato jurídico,⁵ ainda quando defeituoso, anormal ou aleijado. A inexistência não pode ser um defeito do ato.⁶

O ato inexistente não produz efeitos algum, enquanto o nulo pode produzir. Além disso a invalidade é posterior à inexistência, pois só pode ser considerado válido ou inválido aquilo que existe.⁷

A categoria jurídica do ato inexistente engloba aqueles atos que não contêm os elementos suficientes para sua formação e, por isso, não podem ser considerados como processuais ou, sequer, jurídicos. Não se trata de defeito ou de ato viciado. Mas de um não-ato.⁸

O ato inexistente, portanto, não tem aptidão para produção de efeitos jurídicos e não precisa nem ao menos ser decretado inválido, pois aquilo que não existe não pode ser desfeito.⁹

2.2 A impossibilidade de sanção do ato juridicamente inexistente

A coisa julgada torna preclusa grande vulto das alegações de nulidade dos atos processuais. É possível afirmar que ela (a coisa julgada) convalida os atos processuais defeituosos.

Apesar disso, a coisa julgada não tem o condão de sanar os atos juridicamente inexistentes, uma vez que só se pode convalidar ou invalidar aquilo que existe.¹⁰

Em sentido contrário, há quem afirme que a categoria da inexistência da teoria geral perde força no processo penal, sempre que houver uma absolvição. Para esses autores, mesmo a sentença juridicamente inexistente surtirá efeitos para impedir um novo julgamento pelo mesmo fato apontado como delituoso.¹¹ O exemplo é

2 Assim percebeu MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 65 e 68.

3 No mesmo sentido do citado professor Marcos Bernardes de Mello PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 94.

4 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 33.

5 A distinção entre o ato juridicamente inexistente e o ato nulo fica evidente na seara processual, onde o ato inválido gera efeitos até a decretação de sua invalidade. ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional in Revista dialética de direito processual. n. 4. São Paulo: Dialética, 2003. p. 15.

6 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 96.

7 AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 502.

8 DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica in Revista dialética de direito processual. n. 13. São Paulo: Dialética, 2004. p. 47 e 49; O ato inválido não é ato inexistente; igualmente não é sinônimo de ato ineficaz; tampouco há de se confundir, sem mais, com ato viciado. Lá porque o defeito supõe o feito. Se algo não é, não pode ter vício. DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Invalidades processuais. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989. p. 42.

9 Se referindo a sentença inexistente MARDER, Alexandre S. Das invalidades no direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 27.

10 Discorda-se do posicionamento dos autores, data máxima venia, quando afirmam que a coisa julgada exerce papel sanatório tanto dos atos nulos, como dos atos inexistentes. GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 51.

11 Idem, p. 52.

de convalidação da sentença de juridicamente inexistente que absolveu o réu.

Em sentido semelhante com as ideias do parágrafo anterior a professora Ada Grinover afirma que o ato processual praticado em desrespeito à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente.¹²

Apesar dos argumentos lançados para defender a convalidação da sentença inexistente, que absolve o réu, e que o ato praticado em desrespeito à norma ou a princípio constitucional deve ser inexistente, não se concorda com esse posicionamento.

A sentença juridicamente inexistente, primeiramente, não poderá absolver o réu, porque não é, sequer, ato jurídico. E aquilo que não é ato jurídico não pode surtir efeitos jurídicos, pois efeitos jurídicos emanam apenas de fatos jurídicos.¹³

E não se pode considerar inexistente o ato praticado em desconformidade com os princípios constitucionais, salvo se não foi suficiente o suporte fático. O ato, neste caso, será ineficaz ou nulo, mas não inexistente.

A sentença inexistente não poderá, por sua vez, transitar em julgado. Pois nem mesmo o decurso de tempo pode transformar o que *nada é em algo*.¹⁴

O ato inexistente, portanto, não produz qualquer efeito jurídico, nem tampouco restará convalidado pela coisa julgada.¹⁵ E isso em qualquer ramo do direito, não importando se na seara penal, civil, eleitoral ou trabalhista.

3. Análise crítica do posicionamento do STJ

Feito o breve parênteses nos pontos 2 e 2.1 sobre o ato inexistente e a sua impossibilidade de convalidação, o estudo, doravante, se pautará numa análise crítica do posicionamento do STJ, no que tange ao enunciado 453 de sua súmula da jurisprudência dominante.

a) Crítica fundada na premissa do ato inexistente e na teoria dos capítulos da sentença.

Não são raros os casos em que no corpo da sentença de mérito o juiz repele preliminares deduzidas com o objetivo de obstar ao julgamento de mérito. Em hipóteses assim, é imperioso e muito útil reconhecer que ao menos dois capítulos essa sentença contém, a saber: (a) o que dispõe sobre o destino do processo reconhecendo a admissibilidade do julgamento de mérito, e (b) o que julga o mérito¹⁶. Se houver mais de um pedido poderá ser subdividida em tantos capítulos quantos pedidos forem.

Muito dificilmente uma sentença contém o julgamento de uma só pretensão, ou seja, haja uma só decisão. No caso em estudo (precedente que deu origem ao enunciado 453), verifica-se que há pelo menos dois pontos ao qual haverá (ou pelo menos deveria haver) decisão, quais sejam a questão principal e os honorários advocatícios.

Pois bem, sabendo que a sentença sem dispositivo é inexistente, por igualdade será inexistente a parte ou capítulo relativo a algum item específico, sobre o qual haja deixado o juiz de pronunciar-se no dispositivo.¹⁷

Ora, se a sentença é inexistente não produz coisa julgada, tampouco a produz, logicamente, qualquer parte ou capítulo inexistente de uma sentença.¹⁸

Acerca dos limites objetivos da coisa julgada, é certo que esta só abrange as questões sobre as quais tenha ocorrido julgamento. Aliás, é ocioso salientar o que há de óbvio na asserção: *coisa julgada* não pode deixar de ser a coisa que se julgou. Aquilo que não se julgou não se converte, à evidência, em coisa julgada.¹⁹

Com efeito, voltando ao acórdão, e, por conseguinte ao enunciado 453 da súmula da jurisprudência dominante do STJ, se não há julgamento acerca dos honorários advocatícios, como pode haver a formação da coisa julgada sobre as verbas sucumbenciais? E pior, como é possível caber ação rescisória?

Primeiro, conforme dito, só faz coisa julgada aquilo que se julga. E só se pode rescindir o que é rescindível. Não há como rescindir algo que não existe. É oportuno lembrar a lição de Pontes de Miranda: “O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois não pode ser desfeito. O que foi feito,

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico in Revista Iob direito civil e processual civil. n. 39. Porto Alegre: Síntese, 2006. p. 64.

13 VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 22.

14 DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica in Revista dialética de direito processual. n. 13. São Paulo: Dialética, 2004. p. 49.

15 SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997. p. 222.

16 DINAMARCO. Capítulos da sentença. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 10.

17 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 247.

18 Ibidem.

19 Idem, p. 243

para que falte, há, primeiro, de ser desfeito”²⁰

Para haver a coisa julgada, é preciso acima de mais nada, que se julgue algo. Logo, não será formada coisa julgada daquilo que não se julgou. Sendo assim não se poderá ajuizar ação rescisória, pois não se rescinde o que não existe.

Outra conclusão do julgado que fica evidenciada é a de que a omissão foi considerada um julgamento implicitamente improcedente, pois se os honorários advocatícios não podem mais ser cobrados é porque foram rejeitados.

A improcedência implícita não pode prosperar, principalmente pela função dos embargos declaratórios e algumas hipóteses de ordem pragmática que serão analisadas logo abaixo.

b) A função dos embargos declaratórios

Os recursos são o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”²¹.

Os embargos declaratórios são interpostos para esclarecer ou integrar a decisão. A função integrativa dos aclaratórios se dá quando há uma omissão no julgado. É o que dispõe o inc. I do art. 535 do diploma processual civil.²²

Se a omissão no julgamento fosse considerada julgamento improcedente, não teria sentido algum pôr-se à disposição da parte remédio destinado a propiciar o suprimento de omissão, a menos que se reconheça esta como verdadeiramente como tal. Inexistirá “ponto omisso”, caso se entenda que calar a respeito do item do pedido outra coisa não é senão rejeitá-lo.²³

Associar a omissão no julgamento com a improcedência implícita aniquilaria a função dos embargos de declaração. Como é cedido, reitere-se, os embargos de declaração servem integrar e esclarecer a decisão. Ora, se não há o que integrar, uma vez que há a improcedência implícita, deveria se concluir que quando a sentença é omissa a respeito de um determinado ponto, o remédio para a parte seria o recurso de apelação.

Note que confusão é feita quando se admite que a omissão implica no julgamento de improcedência implícito.

Logo o silêncio da decisão acerca de um determinado pedido, ainda que implícito, não pode implicar o julgamento de improcedência sob pena de fulminar a essência dos embargos de declaração.

c) A pragmática da improcedência implícita

Seguindo a linha do posicionamento contrário ao STJ, imagine a seguinte situação hipotética: um grupo de empresas do ramo alimentício, representadas pelas letras do Alfabeto A, B, C e Z, por estarem na mesma situação fática, apesar de concorrentes resolvem contratar um mesmo advogado com o intuito de não pagar um determinado tributo em virtude da inexistência do fato gerador.

Após o trâmite legal do processo, o juiz julga procedente os pedidos das empresas as isentando assim de pagar o aludido tributo. Todavia, na sentença não houve menção à empresa Z. A omissão passou despercebida, e não houve interposição dos embargos declaratórios e de nenhum outro recurso. A decisão, após a remessa necessária, foi mantida na íntegra e transitou em julgado.

Observe que a empresa Z não foi contemplada com o comando sentencial em virtude de uma omissão, apesar da situação fática ser a mesma das outras empresas que formaram o litisconsórcio ativo com ela.

Ora, se for aplicado o entendimento do enunciado da súmula 453 da jurisprudência dominante do STJ, a empresa Z não poderia ingressar com ação posterior para pugnar o não pagamento do tributo em virtude da formação da coisa julgada. E seu pedido deveria ser considerado improcedente em virtude da omissão.

Note que a situação fática dela era a mesma dos outros autores, mas uma vez que o julgado foi omisso em relação ao seu nome, Z deveria continuar pagando o tributo, que seus concorrentes não iriam mais pagar.

Assim, analise que a repercussão desse entendimento do enunciado 435 da súmula da jurisprudência dominante do STJ pode ser devastador, implicando até mesmo uma desigualdade e afetar o direito a livre concorrência. Os outros autores estariam menos onerados em virtude do não pagamento do tributo, já Z deveria

20 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoli. 1970. Tomo IV. p. 13-14.

21 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. 2008. p. 233.

22 Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

23 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 248.

pagar em virtude da improcedência implícita aplicada.

No exemplo citado e de acordo com o entendimento do STJ, a empresa Z continuaria pagando o tributo, e estaria impossibilitado de ingressar em juízo em virtude da formação da coisa julgada. E as empresas que ingressaram em conjunto com ela em juízo não estariam pagando.

A depender do caso, poderia ocorrer até mesmo a inviabilidade da atividade de Z, uma vez que seus concorrentes estariam em tamanha vantagem por não pagarem o tributo discutido em questão.

O entendimento decerto não apenas admite a formação de uma coisa julgada que não se julgou, mas viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que afasta da cognição judicial, matéria ainda não resolvida em juízo.

4. Conclusões a respeito do tema

Diante de tudo o que foi afirmado, algumas respostas às indagações inicialmente formuladas são óbvias, podendo chegar a uma conclusão sobre a problemática.

Quanto ao ajuizamento da ação rescisória para desconstituir o julgado, certamente não é possível. A coisa julgada pressupõe que algo tenha sido julgado, e na omissão total (pedido não julgado) nada foi julgado. Se nada foi julgado, e não há coisa julgada, a ação rescisória não é o caminho, pois não se pode desconstituir aquilo que não existe.

No que concerne à improcedência do pedido não julgado, verifica-se que não se pode considerar um julgamento omissivo como implicitamente improcedente. Não apenas pelo fato de fulminar a essência dos embargos declaratórios, mas também pelas conseqüências de ordem pragmática trazidas.

Já que não é cabível ação rescisória nem pode-se considerar o julgamento implicitamente improcedente, seria possível ajuizar uma nova ação pedindo aquilo que não foi julgado?

Há quem pense que sim. Afirma Dinamarco que em havendo omissão, e passando em julgado a sentença, a coisa julgada não impedirá o autor de voltar a juízo com a pretensão não decidida, porque a *auctoritas rei judicatae* nada mais é do que a indiscutibilidade dos efeitos substanciais da sentença e, obviamente, jamais poderia incidir sobre efeitos que a sentença não houver declarado.²⁴

Na mesma linha, Barbosa Moreira ensina que nenhuma norma jurídica proíbe a reiteração de pedido não julgado. A reiteração da ação tem por objeto uma pretensão a cujo respeito ainda não ocorreu prestação jurisdicional de qualquer teor: nem a favor nem contra – nem procedente nem improcedente. Arremata o processualista que a omissão de decidir não se identifica com a declaração de improcedência.²⁵

Apesar do grande quilate dos doutrinadores citados, não se concorda com as opiniões. Explica-se.

No momento em que é proposta a ação, gera para o juiz o dever de julgar a pretensão que lhe é submetida. Enquanto o magistrado não julga todos os pedidos haverá a litispendência, no sentido de lide pendente, que só cessará ao transito em julgado da decisão.

Propor uma ação para cobrar o pedido não julgado, é propor ação idêntica à que ainda não foi julgada. Essa segunda ação será litispendente, no sentido do §3º do art. 301 do CPC, ou seja, idêntica à anterior.

Assim, não será possível, em virtude de uma omissão judicial, propor ação para cobrar aquilo que não foi julgado, sob pena da segunda ação ser idêntica àquela que está pendente.

E qual seria a saída então, já que não cabe ação rescisória nem uma nova ação?

Basta uma simples petição dirigida ao juiz que proferiu a decisão omissa. Não é porque o magistrado deixou de julgar um pedido que acaba o dever de prestação jurisdicional.

É oportuno fazer a seguinte reflexão: o juiz profere decisão com a omissão total (deixa de analisar um pedido), e a parte não percebe a omissão e interpõe apelação. O tribunal percebendo a omissão poderá julgar o ponto omissivo em sede de apelação?

Leonardo Carneiro da Cunha entende que na eventualidade de o juiz omitir-se quanto aos honorários sucumbenciais, e não opostos os embargos declaratórios, poderá a questão ser erigida ao crivo do tribunal mediante interposição do recurso de apelação, cujo efeito devolutivo tem profundidade ampla e irrestrita, permitindo que a questão não abordada na sentença seja levada ao conhecimento do tribunal.²⁶ Concorde-se com o posicionamento do processualista.

24 DINAMARCO. Capítulos da sentença. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 252.

26 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Honorários de sucumbência e o princípio da causalidade in Revista dialética de direito processual. n. 23. São Paulo: Dialética, 2005. p. 85.

Não poderia o tribunal julgar em sede de apelação o pedido não julgado, (salvo os pedidos acessórios, como é o caso dos honorários advocatícios, correção monetária etc..) porque implicaria em supressão de instância. Então só o juiz de primeiro grau(aquele que proferiu a decisão omissa), via de regra, é quem poderia sanar a omissão.

Assim, a saída seria a interposição de uma simples petição perante o juízo que foi omissa acerca do pedido, uma vez que não há preclusão quanto ao pedido não julgado.

Em razão de todos os argumentos aqui espostos, certo é que a técnica utilizada pelo STJ para elaborar o enunciado n. 453 não foi das melhores e carece de ser superada (*overruling*).

Referências

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional in Revista dialética de direito processual. n. 4. São Paulo: Dialética, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Honorários de sucumbência e o princípio da causalidade in Revista dialética de direito processual. n. 23. São Paulo: Dialética, 2005.

DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Invalidades processuais. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989.

DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica in Revista dialética de direito processual. n. 13. São Paulo: Dialética, 2004.

DINAMARCO. Capítulos da sentença. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico in Revista Iob direito civil e processual civil. n. 39. Porto Alegre: Síntese, 2006.

MARDER, Alexandre S. Das invalidades no direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. 2008. _____. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. In Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1980.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo IV.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. São Paulo: Saraiva, 1989.

O PODER NORMATIVO E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

José Pandolfi Neto

Mestre em Direito Processual pela UNICAP. Professor da Faculdade de Ciências Humanas e Exatas de Belém do São Francisco – Facesf. Professor da Faculdade Marista – Recife. Professor da Faculdade Maurício de Nassau

RESUMO

O presente estudo tem como objeto o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, com as alterações impostas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Objetiva enfrentar as diretrizes traçadas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que desfigurou a sua natureza e impôs obstáculos para o acesso à justiça nas hipóteses dos dissídios coletivos de natureza econômica. A partir de uma nova pauta hermenêutica e se valendo de uma bibliografia atualizada e multidisciplinar enfrenta o conteúdo da referida emenda e defende que o seu enunciado fere vários Princípios Constitucionais Processuais, especialmente o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Com base em tais argumentos, conclui fazendo a defesa do Poder Normativo e propõe o reconhecimento da inconstitucionalidade da referida emenda constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: poder normativo; emenda constitucional; princípios constitucionais processuais; inafastabilidade da jurisdição.

O PODER NORMATIVO E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O nascimento do poder normativo da Justiça do Trabalho se deu juntamente com o surgimento da própria Justiça Trabalhista, ainda em sua fase administrativa. Incorporou-se à fase de implementação da legislação trabalhista de aparente cunho corporativista, que entusiasmava o novo governo que assumiu a direção do País no início da Década de 30. Era o início da “Era Vargas”¹.

Não resta dúvida que o tradicional sistema processual coletivo do trabalho recebeu forte influência da Carta del Lavoro italiana, da época do fascismo de Mussolini².

O surgimento da Justiça do Trabalho se deu como corolário da independência da disciplina então denominada como Direito do Trabalho, cujo nascimento foi decorrência do desmembramento de uma parte do Direito Civil, relativa aos contratos de locação de serviços³.

Ainda na época do Império, as leis de 13 de setembro de 1830, 11 de outubro de 1837 e 15 de março de 1842 foram as que primeiro trataram das demandas relativas à prestação de serviços. Elas deveriam ser apreciadas seguindo o rito sumaríssimo pelos juízes comuns. O Decreto n. 2.287, de 15 de março de 1879 veio a restringir esse procedimento apenas às demandas de prestação de serviços no âmbito rural, atribuindo sua solução aos juízes de paz. As demais demandas que envolvessem contratos de trabalho, de conformidade com o Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, seriam apreciadas pelos juízes comuns, seguindo o rito sumário⁴.

Com isso, verificava-se que surgia o reconhecimento de que as questões envolvendo matéria trabalhista necessitavam de um processo mais célere e simples. Mas os primeiros passos no sentido de implementar medidas para solucionar essas demandas surgiu no começo da era Republicana.

1 RIPER, Wiliam Walter. Poder normativo da justiça do trabalho: análise do antes, do agora e do possível depois. Revista LTr, Ano 69, p. 848, Julho. 2005.

2 No âmbito do direito laboral pátrio, sabe-se que o tradicional sistema processual coletivo do trabalho recebeu forte influência da Carta del Lavoro, apresentando-se, por isso mesmo, ultrapassado e incapaz de solucionar satisfatoriamente os novos e cada vez mais complexos conflitos trabalhistas de massa. VER: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho, Op. Cit., p. 804.

3 FERRARI, Irani; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 1998. p. 177.

4 Ibidem, p. 177

Como a atividade que preponderava em nosso país era a agrícola, a proteção do Estado voltou-se nesse primeiro momento para o trabalhador manual do campo, em especial o imigrante. Através do Decreto n. 979, de 06 de janeiro de 1903 foi facultada aos trabalhadores do campo a organização de sindicatos para defender seus interesses⁵.

Seguindo essa esteira, a mais remota tentativa de se constituir órgãos jurisdicionais trabalhistas no Brasil datou de 1907, quando se instituíram, no início do governo Afonso Pena, os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, através do Decreto n. 1.637. Deviam ter sido constituídos no âmbito dos sindicatos rurais com a finalidade de dirimir as divergências entre o capital e o trabalho. Entretanto, tal experiência não saiu do papel, tendo em vista que nenhum sindicato foi organizado nos moldes dessa previsão legal⁶.

Em 1920, o presidente do Conselho Nacional do Trabalho, Augusto Viveiros de Castro propôs a criação das Juntas Industriais no âmbito das fábricas, formadas por representantes dos patrões e empregados, sob a presidência de um delegado do governo, com o objetivo de organizar o trabalho nas indústrias com o disciplinamento de questões relativas ao salário mínimo, jornada de trabalho, aplicação de penas disciplinares, dentre outras. Entretanto, tal modalidade também não chegou a ser implementada na prática⁷.

Antes da revisão constitucional ocorrida em 1926 tiveram duas experiências de instituição de organismos especializados para solucionar os conflitos de trabalho no âmbito rural, no Estado de São Paulo. A primeira foi a instituição em 1911 do Patronato Agrícola, que foi inspirado nos *Conseils de Proud'hommes* “(precursores, na França, dos organismos com jurisdição especial para solucionar questões trabalhistas, com composição paritária)” por meio da lei estadual n. 1.299-A, regulamentada pelo Decreto Estadual n. 2.215, de 15 de março de 1912, com o objeto de prestar assistência jurídica ao trabalhador agrícola⁸.

A segunda experiência de instituição de organismos especializados para solução dos conflitos trabalhistas foi o funcionamento dos Tribunais Rurais, criados em 1922 pelo Presidente do Estado de São Paulo Washington Luiz Pereira de Souza (que viria a governar o Brasil entre os anos de 1926 a 1930)⁹.

Avançando na história, em 1923 surgiu no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, o Conselho Nacional do Trabalho instituído pelo Decreto n. 16.027, com tríplice finalidade: a) atuar como órgão consultivo do Ministério em matéria trabalhista; b) funcionar como instância recursal em matéria previdenciária; e, c) agir como órgão autorizador das demissões dos empregados que gozavam de estabilidade no serviço público, por intermédio de inquérito administrativo¹⁰.

Com o advento da Revolução em 1930 e a conseqüente subida de Getúlio Vargas ao poder, notabilizou-se a tutela paternalista ao trabalhador. Uma dessas medidas de caráter paternalista foi a instituição do Decreto n. 19.433, de 26 de novembro de 1930 que criou o Ministério do Trabalho. A sua organização se deu por meio do Decreto n. 19.667, de 04 de fevereiro de 1931, que criou o Departamento Nacional do Trabalho¹¹.

Ao tratar de medidas no sentido de solucionar os conflitos trabalhistas, o Governo Provisório de Vargas tomou a iniciativa de instituir dois organismos básicos: a) As Comissões Mistas de Conciliação entre empregados e empregadores (Decreto n. 21.396, de 12 de maio de 1932), destinadas à solução dos conflitos coletivos de trabalho; b) As Juntas de Conciliação e Julgamento (Decreto n. 22.132, de 25 de novembro de 1932), destinadas aos conflitos individuais trabalhistas¹².

As Comissões Mistas de Conciliação não eram órgãos julgadores, visavam apenas a composição amigável das partes. Havendo conciliação, lavrava-se o respectivo termo. Caso alguma das partes o descumprisse, implicaria em pagamento de multa para o empregador e demissão para o empregado.

As Juntas de Conciliação e Julgamento eram órgãos administrativos, sem caráter jurisdicional, mas que podiam impor a solução dos conflitos aos litigantes. Apenas não podiam executar suas decisões. Essas Juntas eram compostas por um presidente estranho aos interessados (advogado, magistrado ou funcionário nomeado pelo Ministro do Trabalho) e dois vogais, representantes dos empregados e empregados, nomea-

5 Ibidem, p. 178.

6 Ibidem, p. 178.

7 Ibidem, p. 178.

8 Ibidem, p. 179.

9 Ibidem, p. 179.

10 Ibidem, p. 180.

11 Ibidem, p. 181.

12 Ibidem, p. 181-182.

dos pelo Diretor-Geral do DNT¹³.

Evoluindo na história, em 1939, o Decreto-lei n. 1.237, deu organização à Justiça do Trabalho, ainda como órgão administrativo, para estabelecer a competência normativa aos Conselhos Regionais do Trabalho, nos julgamentos dos dissídios coletivos¹⁴.

O art. 94 do supra referido decreto-lei definia o conteúdo dessas decisões ao asseverar que:

[...] na falta de disposição expressa de lei ou de contrato, as decisões da Justiça do Trabalho deverão fundar-se nos princípios gerais do direito, especialmente do direito social, e na equidade, harmonizando os interesses dos litigantes com os da coletividade, de modo que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público¹⁵.

Para Pedro Carlos Sampaio Garcia¹⁶, essa é a primeira referência legal à solução dos conflitos de interesse pela Justiça do Trabalho, que não se limitava a um juízo legal, para poder fazer a autoridade decidir por um juízo de equidade.

No ano de 1946, a nova Constituição da República, que implementou a redemocratização do País, finalmente incorporou a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, mantendo o que já havia sido estatuído no Decreto-lei n. 9.797 do mesmo ano.

A referida Carta Magna, então em vigor, definiu a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos do trabalho, para fazer referência a um poder normativo em seu art. 123, § 2º:

Art. 123. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados, empregadores, e as demais controvérsias oriundas de relações do trabalho regidas pela legislação especial.

[...]

§ 2º A lei especificará os casos em que as decisões nos dissídios coletivos poderão estabelecer normas e condições de trabalho¹⁷.

A Carta Magna de 1988, na redação original do art. 114, § 2º aumentou o limite material do poder normativo da Justiça do Trabalho, ao se permitir estabelecer livremente, nas decisões dos Dissídios Coletivos, novas condições de trabalho, obedecido o teto mínimo da lei e da convenção coletiva¹⁸.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

[...]

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Este foi o entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho que, desde então, passaram a exercer ilimitadamente esse poder. As sentenças normativas passaram a conter grande número de cláusulas numa verdadeira atividade legislativa realizada pela Justiça do Trabalho.

A clara opção por uma atividade tipicamente legislativa realizada por órgãos do Poder Judiciário rapidamente foi percebida pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE 197911/PE, por intermédio da Primeira Turma daquela Corte, cujo relator foi o Ministro Octávio Gallotti, em que houve a fixação de

13 Ibidem, p. 182

14 Ibidem, p. 384-385.

15 GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo: Justiça do Trabalho: competência ampliada. São Paulo, Revista LTr, Ano 69, p. 385, Maio de 2005.

16 Ibidem, p. 385.

17 Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>> Acessado em: 14/04/2010.

18 BRASIL. Leis, decretos, etc. Consolidação das Leis do Trabalho; Código Processual Civil, Op. Ct., p. 75.

diretrizes diferentes daquelas até o momento obedecidas nas decisões da Justiça Trabalhista¹⁹.

Restou entendido pelo Supremo Tribunal Federal que a decisão da Justiça do Trabalho, no exercício de seu poder normativo, seria considerada fonte subsidiária do direito, suscetível de operar apenas no vazio legislativo, sujeita à supremacia da lei formal. Não seria possível à sentença normativa invadir reserva legal específica, assegurada no próprio comando constitucional, nem tampouco se contrapor ao dispositivo constitucional ou legal.

Já a segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 114836/MG (Relator - Ministro Maurício Correa), adotou posicionamento ainda mais restritivo, uma vez que decidiu que a competência normativa apenas poderia ser exercida quando a lei expressamente permitisse, sob pena de exorbitar a Justiça do Trabalho de suas funções constitucionalmente definidas, invadindo área de atuação do Poder Legislativo²⁰.

Ao assim decidir, o STF adotou uma concepção restritiva do poder normativo da Justiça do Trabalho, na intenção certamente de compatibilizá-lo com a necessidade de preservar a competência legislativa do Congresso Nacional. Estava sinalizando sem dúvida, que o poder normativo não é atividade inerente ao Poder Judiciário. Mas a Justiça do Trabalho, a despeito da orientação fixada pelo Supremo, continuou a exercer esse poder.

O Dissídio Coletivo se revestia de certas formas processuais, mas possuía fins diversos. Ele existia como mecanismo de controle estatal da organização dos trabalhadores e dos conflitos que estes mantinham com os empregadores, na lógica do sistema corporativista instalado no País na década de 1930²¹.

Parte da doutrina, como o próprio Pedro Carlos Sampaio Garcia²², considera ser esse um duro encargo para a Justiça do Trabalho, tendo em vista que as decisões muitas vezes eram tomadas levando em consideração o palpite de cada juiz, sem qualquer fundamento ou subsídio. Era uma vasta relação de vantagens e direitos criados de forma arbitrária. E, quando não cumpridas, se transformavam em processos individuais.

Não resta dúvida que as ações coletivas de trabalho – e aí estaria enquadrado o Dissídio Coletivo – inequivocamente, se originam da experiência corporativa. Sob o aspecto histórico, em relação a tal fato, é importante registrar o entendimento de Roger Bonnard, no sentido de que o regime fascista sempre foi contrário à luta de classes²³.

O regime fascista foi sempre contrário à luta de classes, pela conciliação e colaboração das classes sobre a base dos seus direitos e deveres respectivos, e isso no interesse da produção. Sua política consistiu sempre, portanto, em conciliar os interesses com o fim de suprimir a luta de classes e, para organizar a colaboração das classes, em determinar os seus direitos e deveres respectivos.

No entanto, os autores que defendem essa vinculação seccionaram a história legislativa brasileira para dar-lhe uma interpretação ambígua. O fato é que, do Estado Novo surgiram a Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a organização sindical. Mas nem a Justiça do Trabalho, nem o Ministério Público do Trabalho e nem a organização sindical brasileira têm na atualidade qualquer vínculo com o Estado Getulista. Portanto, o poder normativo há de ser interpretado no contexto de um modelo de Justiça e de um Ministério Público independentes e paradigmáticos, e de um sindicalismo desatrelado do modelo estatal.

1. O Poder Normativo Enquanto Interferência Estatal nas Relações Coletivas de Trabalho

Para os adeptos da corrente que se opõe ao poder normativo ainda corresponde a uma interferência do Estado nas relações coletivas de trabalho.

De acordo com Marcos Neves Fava, a divisão clássica das atribuições do Poder, como lançada por *Aristóteles*, na sua obra *Política*, detalhada por *Montesquieu*, n' *O Espírito das Leis*, nos impõe a visão moderna da organização Estatal, separando-se as funções estatais por sua atribuição a um dos três Poderes, que apesar de funcionarem intimamente ligados, são órgãos autônomos e independentes. A idéia de “tripartição dos poderes” é de ser criticada pelo fato de que o poder, em si, é uno e indivisível; as funções, sim, dividem-

19 GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O Fim do Poder Normativo, Op. Cit., p. 387.

20 Ibidem, p. 386.

21 Ibidem, p. 387.

22 Ibidem, p. 387.

23 BONNARD, Roger. *Syndicalismo, corporativismo e Estado corporativo*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos, 1938. p. 38.

se, segundo a vocação de cada órgão definindo-se como “um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar sua vontade”²⁴.

Esse tipo de sistema que estabelece a divisão das funções entre os órgãos do Estado fixou-se nas constituições de quase todos os países do mundo, unindo-se à idéia de um engenhoso mecanismo de pesos e contrapesos²⁵.

Cada um dos poderes da República realiza funções típicas e atípicas. Acontecerá o exercício das funções atípicas tão somente quando o referido Poder receber expressa autorização do poder constituinte originário. Mas, como já abordado anteriormente, o exercício dessas funções se dá em caráter excepcional. Como ocorre com o poder normativo da Justiça do Trabalho, ou com a edição de medidas provisórias pelo Chefe do Poder Executivo, por exemplo²⁶.

A primeira regra constitucional²⁷ que concebia a jurisdicionalização da Justiça do Trabalho foi a Constituição da República de 1946, uma vez que esta trouxe expressamente a autorização de deslocamento da competência legislativa, de forma específica, para o judiciário, na solução de conflitos coletivos.

Ives Gandra Martins Filho²⁸ define o poder normativo como aquele “constitucionalmente conferido aos Tribunais Trabalhistas de dirimirem os conflitos coletivos de trabalho mediante o estabelecimento de novas e mais benéficas condições de trabalho, respeitadas as garantias mínimas já previstas em lei”.

Para Pedro Vidal Neto²⁹, o poder normativo pode ser concebido como uma forma de integração do direito, pois amplia a atividade integradora de intérprete que exerce o Juiz nos Dissídios Coletivos, para que a equidade funcione como um meio de preenchimento de lacunas, nos Dissídios Coletivos.

O poder normativo é importante na medida em que, nos casos onde as categorias não cheguem a uma composição por intermédio de suas discussões, essa atribuição passaria a ser do Estado, que analisando o caso que lhe é submetido teria condições de dirimir o conflito de classes.

O fim do poder normativo acarreta na negativa do conflito de classes. Ora, se a Constituição da República prevê que, sempre que alguém tenha algum direito violado, possa se valer do Poder Judiciário para buscar a reparação, no momento em que se pretende acabar com o poder normativo, estar-se-ia permitindo que a classe trabalhadora não tivesse a possibilidade de buscar o respaldo estatal quando da negativa de algum direito por parte da classe patronal.

O autor do presente artigo também rechaça esse segundo posicionamento, por não haver qualquer intervenção estatal nessa modalidade de acesso à justiça. Como já ficou evidenciado, cessada a negociação coletiva, as entidades sindicais propõem a ação coletiva, a fim de pedir aos Tribunais que produzam as normas que não foram capazes de ser elaboradas através da via negocial, ou pedem ainda que interprete uma norma preexistente.

A única hipótese de ajuizamento do Dissídio Coletivo pelo Ministério Público do Trabalho será quando os interesses sociais e públicos se sobrepuserem aos interesses das categorias, mesmo assim, de forma excepcional.

2. Da exigência do Comum Acordo para Ajuizamento do Dissídio Coletivo de Natureza Econômica

Com a nova redação do art. 114, § 2º, da Constituição da República, verifica-se claramente que é facultada às partes, de comum acordo, suscitar o Dissídio Coletivo, do contrário não haverá dissídio coletivo. Não há outra alternativa. Entende-se inclusive que não há mais poder normativo. Transferiu-se para os atores sociais esse poder, já que atuação da Justiça do Trabalho passa a ter a natureza de uma arbitragem pública,

24 FAVA, Marcos Neves. O Esmorecimento do poder normativo: análise de um aspecto restritivo na ampliação da competência da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.) Nova competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 278.

25 “Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder, nem para beneficiar, nem para prejudicar a uma pessoa ou a um grupo particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo por meio dos atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência”. VER: DALLARI, Dalmo de Abreu apud FAVA, Marcos Neves. FAVA, Marcos Neves. O Esmorecimento do poder normativo: análise de um aspecto restritivo na ampliação da competência da Justiça do Trabalho, Op. Cit., p. 278.

26 [...] a delegação de funções não típicas constituiu solução inevitável, vez que o funcionamento estancado de cada Poder, exercendo exclusivamente suas atividades constitucionais ordinárias, não seria suficiente a atender as demandas sociais. Por se tratar de desvio excepcional dos trilhos da organização constitucional do Estado, a referida expressa atribuição deve surgir em situações “muito próximas do inevitável”, evitando-se promiscuidade arriscada e comprometedoras da independência dos Poderes. VER: CENEVIVA, Walter apud FAVA, Marcos Neves. FAVA, Marcos Neves. O Esmorecimento do poder normativo: análise de um aspecto restritivo na ampliação da competência da Justiça do Trabalho, Op. Cit., p. 277.

27 Registre-se que, antes da Constituição de 1946, o Decreto-lei nº 1.237 de 1939 outorgava aos órgãos, então administrativos de solução dos conflitos trabalhistas, o poder de criação de normas.

28 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Processo Coletivo do Trabalho, Op. Cit., p. 13.

29 A atividade judiciária não se reduz à subsunção lógica e silogística, mas envolve a criação de normas jurídicas, que se desenvolve na aplicação e na interpretação do direito. Resumidamente pode-se lembrar que o juiz não se exime de julgar, alegando a inexistência de norma jurídica adequada ao caso. Cabe-lhe descobrir a regra apropriada, mediante mecanismos de integração do direito, i.e., recorrendo à analogia, aos princípios gerais do direito e à equidade. Desse modo, são supridas as lacunas do direito. VER: VIDAL NETO, Pedro. Do Poder Normativo da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 1983. p. 107.

como se estivesse retornando à sua origem, na fase administrativa.

A exigência constitucional se apresenta, portanto como um pressuposto de existência do processo³⁰. No caso particular, não há no que se falar em Dissídio Coletivo se ele não for provocado de comum acordo por ambas as partes. É estabelecido pelo novo dispositivo constitucional um pressuposto para que se estabeleça a relação jurídica inerente ao Dissídio Coletivo. Dissídio Coletivo suscitado unilateralmente por uma das partes é processo inexistente. A outra parte não seria obrigada sequer a comparecer e muito menos a obedecer qualquer decisão ali proferida, pois sentença proferida em processo inexistente é sentença inexistente. Este tem sido inclusive o entendimento dos Tribunais, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho.

Para uma parcela minoritária da doutrina, como Humberto Theodoro Junior, não se pode considerar que o novo dispositivo constitucional viola o acesso à justiça pelo fato de não haver jurisdição. Se não há jurisdição, segundo ele, não há lesão ou ameaça de lesão de direito. Tendo em vista que o poder normativo é atividade legislativa, criadora de direitos, exercida impropriamente por um órgão do poder judiciário, diante de regra excepcional contida na Constituição da República³¹.

Tal entendimento foi corroborado inclusive pelo Enunciado nº. 35, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, em 2007:

DISSÍDIO COLETIVO. COMUM ACORDO. CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE AO ART. 114, § 2º, DA CRFB.

Dadas as características das quais se reveste a negociação coletiva, não fere o princípio do acesso à Justiça o pré-requisito do comum acordo (§ 2º, do art. 114, da CRFB) previsto como necessário para a instauração da instância em dissídio coletivo, tendo em vista que a exigência visa a fomentar o desenvolvimento da atividade sindical, possibilitando que os entes sindicais ou a empresa decidam sobre a melhor forma de solução dos conflitos.

O poder normativo somente existia por conta do § 2º, do art. 114, da Constituição da República. Não era o poder normativo corolário do direito de ação, mas decorrente de regra extravagante contida na Constituição. Desaparecida a regra, desaparece o poder normativo³².

Com respeito ao entendimento do autor, não se pode negar que o poder normativo consiste no exercício de poder jurisdicional. O Tribunal cria direito novo e, ao mesmo tempo, estará disciplinando as relações trabalhistas de categorias. Ele efetivamente faz a entrega da prestação jurisdicional, dirimindo o conflito até então existente. Não se pode negar que isso aconteça.

A mudança do dispositivo constitucional, quando passa a obrigar o comum acordo entre as partes para ajuizamento do dissídio coletivo, sem sombra de dúvidas que se apresenta como uma flagrante tentativa de negativa do conflito de classes. É o afastamento do Estado de sua função jurisdicional, no sentido de dirimir os conflitos existentes entre os cidadãos³³.

3. O Equívoco dos Fundamentos Favoráveis ao Afastamento do Poder Normativo

Os críticos do poder normativo da Justiça do Trabalho defendem que a função do Juiz é aplicar a lei, julgar, e não criar o direito, que seria uma função eminentemente legislativa. E daí vem a crítica, pois nesse aspecto, estaria ela fugindo de seu fim precípuo³⁴.

Segundo Antonio Álvares da Silva³⁵, o poder normativo escapava à atuação de um órgão do poder judi-

30 "Não se confundem os pressupostos processuais com as condições da ação. Os pressupostos são aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. E, em consequência, não atinge a sentença que deveria apreciar o mérito da causa. São, em suma, requisitos jurídicos para a validade e eficácia da relação processual. Já as condições da ação são requisitos a observar, depois de estabelecida regularmente a relação processual, para que o juiz possa solucionar a lide (mérito)". VER: THEODORO JÚNIOR, Humberto apud GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo, Op. Cit., p. 392, grifo do autor.

31 GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo, Op. Cit., p. 391.

32 Ibidem, p. 392.

33 "De acordo com as diretrizes traçadas pelas global prescriptions, a Constituição induz, promove a arbitragem e coage a uma busca das soluções extrajudiciais, como no caso da aplicação literal do § 2º do art. 114. Por outro lado, a cognição desta nova realidade deve se fazer mais uma vez pela estrutura, já que não é recente a vontade dos setores conservadores da sociedade brasileira de eliminar o conhecido poder normativo da Justiça do Trabalho, quando é exatamente nesta instância que os hipossuficientes conseguem algumas conquistas, como os reajustes salariais desconsiderados pelo próprio Estado e pelos empregadores.

A recusa à negociação não pode ser igualada à recusa pela arbitragem, pois estar-se-iam confundindo formas de solução de controvérsias diversas, como a autocomposição e a heterocomposição. Na mesma ordem, a busca do Judiciário por soluções não pode estar condicionada a uma concordância do ex adverso, por ser óbvia a barreira ao devido processo legal. Esta interpretação escolástica do conteúdo normativo impinge uma afronta ao princípio da inafastabilidade dos tribunais, bem como ao princípio político do processo". VER: BARROSO, Fábio Túlio. Extrajudicialização dos conflitos de trabalho, Op. Cit., p. 66-67.

34 O poder normativo judicial nos dissídios coletivos de natureza econômica é uma antiguidade do fascismo, já abolida nos países democráticos, inclusive na Itália. Neles, os dissídios coletivos simplesmente não existem (só havendo lugar para a autocomposição plena ou estimulada pela mediação ou a arbitragem, todas voluntárias). VER: CARRION, Valentim apud GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo, Op. Cit., p. 388.

35 SILVA, Antonio Álvares da apud ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Dissídio coletivo, Op. Cit., p. 74.

ciário, não pela natureza coletiva da ação, mas por consubstanciar atividade de natureza legislativa. Exercia o poder de inibir a negociação coletiva entre os atores sociais, que se acomodavam com a intervenção judicial e não procuravam a solução autônoma para os conflitos laborais econômicos.

O referido autor³⁶ toma por base a experiência dos países capitalistas mais avançados – especificamente a Alemanha – apresentando-se absolutamente contrário ao Poder Normativo. Segundo ele, a experiência do mundo capitalista moderno vem demonstrando de forma clara que os trabalhadores e patrões têm a possibilidade de criar suas próprias regras, sem qualquer interferência Estatal, ainda quando se tratar do Poder Judiciário.

Sobre o art. 114, § 2º o autor José Augusto Rodrigues Pinto³⁷ discorre:

Por isso, mantemos firme a posição de que, pela letra atual do artigo 114, § 2º da Constituição de 1988, a Justiça do Trabalho não tem poder nem competência normativa. Podemos conceder aos doutos pensadores que pensam diferentemente a existência de um resíduo de poder de criar normas gerais, quando decide o contraditório das partes, atendo-se aos seus limites.

Por sua vez, Everaldo Gaspar Lopes de Andrade³⁸, por razões diversas, defende tese contrária. Inicialmente, entende ele que as relações de trabalho sempre serão desiguais (a luta entre o capital e o trabalho). Em vista disso, a coação econômica estará sempre presente nessas relações, independentemente do posicionamento ideológico adotado.

A função criadora da atividade jurisdicional Estatal não é novidade alguma, como também não se pode mais acreditar no dogma da separação absoluta dos poderes. Não resta dúvida, portanto, que essa atividade criadora do Judiciário passa inclusive pelo positivismo jurídico metodológico.

Em sentido contrário, pode se verificar que não há qualquer questionamento ao poder normativo das agências reguladoras. Certamente pelo fato de que tratam de matéria de interesse do Estado capitalista, que beneficia apenas as grandes empresas detentoras do poderio econômico.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou dentre outros, o § 2º do art. 114 da Constituição da República houve, sem dúvida, uma tentativa do legislador de enfraquecer ou até mesmo mitigar o poder normativo da Justiça Trabalhista³⁹.

Anteriormente, o pressuposto básico para a instauração do Dissídio Coletivo de natureza econômica era a impossibilidade de conciliação espontânea das partes, por meio de negociação coletiva. Embora já existissem tentativas anteriores de acabar com o poder normativo da justiça do trabalho, através da criação de mecanismos extrajudiciais de “solução” dos conflitos, a exemplo da mediação e da arbitragem⁴⁰.

A utilização de tais institutos no âmbito trabalhista, no entanto, se apresenta de modo bastante temerário em face da relação de desigualdade existente entre as partes, que desencadearia, na grande maioria das vezes, no desequilíbrio da balança em favor da classe patronal.

A “*recusa à negociação*”⁴¹ assemelhava-se à “*recusa à arbitragem*”⁴² para, em conjunto, estabelecerem o pressuposto de instauração do Dissídio Coletivo, e, nesses casos, quando se impede o acesso ao Judiciário, se concretiza a negativa do

36 Ibidem, p. 75.

37 PINTO, José Augusto Rodrigues. A Emenda Constitucional N. 45/2004 e a Justiça do Trabalho: reflexos, inovações e impactos. Revista LTR, Legislação do Trabalho. São Paulo, ano 69, n.5, p. 531, maio de 2005.

38 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Dissídio coletivo, Op. Cit., p. 77.

39 “Por certo que tal norma confronta com os preceitos naturais do Estado Democrático de Direito, subverte o sentido da liberdade de acesso ao Judiciário consagrado no art. 5º, XXXV da norma ápice e consequentemente de acesso à justiça, dentro de um parâmetro de ordem jurídica ampla e justa de aspecto isonômico, quando impõe a necessidade de provocação ao Judiciário condicionada à vontade do “inimigo” processual, nas demandas coletivas de natureza econômica.

[...]

Com a vênua aos pensadores técnico-jurídicos em contrário que entendem ser válida esta nova medida constitucional derivada, uma vez e principalmente porque não caberia ao judiciário “legislar” em matéria estranha à sua atividade, entretanto, sabe-se que a tripartição de funções dos poderes do Estado não é absoluta. O grande motivo desta guinada neoconservadora do legislador brasileiro foi no sentido de acabar de uma vez por todas com a intervenção de um dos poderes do Estado na atividade econômica, especialmente no tocante às relações capital versus trabalho. Isto é tão certo que a maioria da doutrina não faz acaloradas críticas à figura das agências reguladoras (capturadas pelo interesse econômico) importadas do Direito norte-americano, que naturalmente exacerbam o seu questionável poder normativo, maculando também o tripartismo dos poderes estatais, originário da doutrina ocidental desde o século XVIII. E o que dizer das Medidas Provisórias?. VER: BARROSO, Fábio Túlio. Extrajudicialização dos conflitos de trabalho. Op. Cit., p. 73-74.

40 O comum acordo existente na norma do art. 114, § 2º, da Constituição é a negação do direito de ação, subvertendo a clássica disciplina processual pela materialização do contratualismo coletivo, em que naturalmente existem os conflitos de interesse e os sujeitos sociais não podem ser obrigados a acordar (concordar, contratar) para litigar, em decorrência natural do próprio conflito de interesses para se provocar o Judiciário. Isto é antitético. Como bem asseverou Carnelutti “El conflicto de intereses consiste en su incompatibilidad, em el sentido de que la satisfacción de la necesidad que corresponde a uno de los intereses, excluye o por lo menos limita la satisfacción del otro”. Ibidem, p. 75-76.

41 No nosso ordenamento jurídico atual, a negociação coletiva é obrigatória (art. 616, CLT).

42 A arbitragem continua sendo uma faculdade das partes.

conflito com a imposição da forma de solução extrajudicial⁴³.

O texto modificado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, no sentido de que as partes poderão ajuizar Dissídio Coletivo “de comum acordo”, apresenta um inequívoco contra-senso: se os negociadores não chegam a um denominador comum, resolvendo o conflito, é porque há impasse. Ora, se há impasse, muito difícil é que uma das partes, pelo menos, acene com interesse de aforamento do dissídio⁴⁴.

É certo que o entrave da negociação, não raras vezes, acarreta a reação da greve. Em visto disso, se em determinado processo de negociação as partes não chegarem a um denominador comum, ao acordo, desemboque numa greve, e por não haver consenso quanto à utilização do Poder Judiciário para solução do litígio, estabeleça-se o entrave.

A alteração decorrente da Emenda Constitucional que ora se refere, apresenta-se como uma forma do Estado transferir para os sujeitos sociais as soluções de seus conflitos, pois o Estado impõe como meio obrigatório de solução de conflitos coletivos, uma espécie de arbitragem pública, eleita por ambos os envolvidos no litígio. Mecanismo muito semelhante resultou do Fórum Nacional do Trabalho, instituído para dar início à Reforma Sindical⁴⁵.

As questões sociais e econômicas atuais, sem sombra de dúvida, também contribuem de forma efetiva para esse quadro, em relação ao poder normativo da Justiça do Trabalho. De um lado, percebe-se de modo claro a existência do desemprego estrutural, subemprego, precarização das relações de trabalho e urgente necessidade de incorporar ao mercado formal milhões de trabalhadores, hoje situados no mercado informal. Necessidade, enfim, de conferir-se efetividade às normas trabalhistas⁴⁶.

Em sentido oposto, até como decorrência desse sombrio panorama, temos o enfraquecimento dos instrumentos de pressão da classe trabalhadora, especialmente em se tratando da nossa inoperante organização sindical.

É fato corrente na doutrina brasileira que, em pleno século XXI, nossa organização sindical se apresenta de forma anacrônica. Sindicatos de fachada, vários deles criados sob o estímulo de sobrevivência à custa de recursos públicos, notadamente da famigerada contribuição sindical. A par da proliferação de muitos sindicatos burocratas e, até por isso, apresenta uma baixíssima taxa de sindicalização em franco declínio⁴⁷.

Não fosse apenas isso, ainda se verifica, em todo o mundo um quadro de enfraquecimento do movimento sindical, decorrente da política econômica neoliberalista.

Demonstra a experiência do Direito Comparado que a negociação coletiva é o melhor sistema de solução para os conflitos trabalhistas, inclusive porque acarretaria uma construção de relações trabalhistas menos conflituosas e mais cooperativas.

Mas como se sabe, para que isso ocorra, necessário seria que a negociação coletiva fosse precedida de sindicatos fortes e representativos, o que diverge atualmente da realidade brasileira. A crise do sindicalismo, por questões políticas, o medo da classe trabalhadora de se utilizar de mecanismos como a greve – com receio de perder o emprego – demonstra de forma clara essa situação.

Em nosso país, é sabido que a negociação coletiva já surge fragmentada, por causa de fatores diversos, como a evidente dispersão dos sindicatos, a instabilidade no emprego, a informalidade e o desemprego, que geram uma situação de desigualdade absoluta entre empregados e empregadores, mesmo no plano coletivo.

Daí se depreende que a Justiça Trabalhista, no exercício do Poder Normativo, não raras vezes, teria o papel de trazer o equilíbrio ou mesmo servir de contrabalança das forças em conflito, possibilitaria as categorias mais fracas em termos de representatividade, vantagens que muito provavelmente não obteriam mediante negociação direta com a classe patronal. Pode-se afirmar que, o Poder Normativo, compensa e protege, com garantias mínimas, as categorias fracas e mal organizadas. Em sentido oposto, apenas alguns poucos sindicatos de categorias profissionais mais fortes, se tanto, beneficiar-se-iam da negociação coletiva⁴⁸.

43 [...] todas as condutas anti-sindicais de esvaziamento da efetiva negociação devem ser tomadas como “recusa”: o agendamento tardio das sessões de negociação, a oferta desarrazoada, a alegação, em defesa, de que não houve exaurimento da via negocial, quando não formula, o suscitado, qualquer proposta conciliatória, a negativa de legitimidade passiva etc. VER: FAVA, Marcos Neves. O Esmorecimento do Poder Normativo – análise de um aspecto restritivo na ampliação da competência da Justiça do Trabalho, Op. Cit., p. 284.

44 Ibidem, p. 136.

45 Ibidem, p. 245.

46 DALAZEN, João Orestes. Reflexões sobre o Poder Normativo da Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004. Revista LTr, A Emenda Constitucional 45/2004 e a Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho e outros temas. São Paulo, Ano 13, n. 13, p. 135, fev. de 2006.

47 Ibidem, p.137.

48 Ibidem, p. 138.

Por esses motivos, num país como o Brasil, tão contraditório, complexo, heterogêneo e desigual é importante o exercício da função criadora de normas pela Justiça Trabalhista, no exercício do seu Poder Normativo.

A Emenda Constitucional nº. 45/2004 manteve o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, de forma mitigada, quando impõe a necessidade “do comum acordo” para ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica.

A impropriedade da norma constitucional, alvo inclusive de algumas ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF⁴⁹, é verificada por atentados diretos ao vernáculo. Por exemplo, quando o texto se refere a “de comum acordo”, ora se é acordo, não pode deixar de ser comum, deve haver obrigatoriamente a convergência da vontade das partes em litígio. Não há acordo consigo mesmo.

E não se diga que se trata de um preciosismo. Nada disto, trata-se efetivamente de um exemplo de precariedade e improvisação relativa às normas jurídicas votadas no Congresso Nacional, inclusive, aquelas de natureza constitucional.

Existe, por outro lado, uma parte da doutrina que entende não ter ocorrido o fim do poder normativo da Justiça do Trabalho, basicamente pelo fato de que a sentença poderá criar ou rever regras e condições de trabalho, desde que o pedido integre a lide, respeitadas as disposições mínimas de proteção ao trabalho previstas em lei ou instrumento da negociação coletiva⁵⁰.

Sob tal aspecto, veja a decisão da Seção de Dissídios Coletivos do TST⁵¹, em acórdão da lavra do Ministro Dalazen apud Sussekind⁵², proferido à luz da redação original do citado § 2º, assinalou:

Para que o preceito constitucional em tela ostente algum sentido lógico, reputam-se disposições mínimas as cláusulas preexistentes, pactuadas em convenções coletivas de trabalho, em acordos coletivos de trabalho ou contempladas em sentenças normativas. Tais cláusulas, constituindo um piso de conquistas da categoria profissional, devem balizar o julgamento do dissídio coletivo, a menos que, em face da dinâmica da economia e da sociedade, resulte demonstrada a excessiva onerosidade ou inadequação de determinada cláusula.

Os autores Octavio Bueno Magano e Luiz Carlos Amorim Robortella *apud* Garcia⁵³, são radicais na interpretação do supracitado dispositivo constitucional. Entendem, de forma inequívoca, que sua finalidade foi indiscutivelmente por fim ao poder normativo da Justiça Trabalhista. Não restam dúvidas que se trata absolutamente disto, como inclusive já ressaltado anteriormente.

No entendimento de Pedro Carlos Sampaio Garcia a finalidade é a mesma: extinguir o poder normativo da justiça do trabalho⁵⁴.

Outro enfoque a ser abordado, consiste no fato de se perquirir a inconstitucionalidade formal do aludido preceito constitucional diante da norma inserida no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, cláusula pétrea, que assegura o direito de ação.

João Oreste Dalazen entende que não há inconstitucionalidade no preceito constitucional, pois apenas dificulta o exercício do poder normativo⁵⁵.

A meu juízo, não há inconstitucionalidade porquanto: a) o art. 5º, inc. XXXV, ao impedir que se vede o acesso ao Poder Judiciário, diz respeito às lesões a direitos subjetivos decorrentes de normas jurídicas preexistentes, situação muito diversa do dissídio coletivo, em que a pretensão dirige-se à criação de normas jurídicas; b) de todo modo, o art. 5º, inc. XXXV não consagra um direito irrestrito e incondicionado de mero acesso ao Poder Judiciário, podendo a lei prever requisitos, condições e pressupostos para tanto, tal como se dá, por exemplo, com o

49 As ADIN estão tramitando perante o STF, ainda pendentes de julgamento, como se infere através dos anexos, que mencionam de forma discriminada as partes e o andamento atual das ações.

50 SUSSEKIND, Arnaldo. As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.). Justiça do Trabalho: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005. p. 30.

51 Órgão do Tribunal Superior do Trabalho competente para julgamento dos Dissídios Coletivos.

52 SUSSEKIND, Arnaldo. As Relações Individuais e Coletivas de Trabalho na Reforma do Poder Judiciário, Op. Cit., p. 30.

53 GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo, Op. Cit., p. 381.

54 “A modificação tem finalidade evidente: extinguir o chamado poder normativo da Justiça do Trabalho. Trata-se de importante alteração na estrutura e funcionamento da Justiça do Trabalho, que deveria estar sendo recebida com alegria por todos que desejam um verdadeiro avanço na democratização do nosso modelo de normatização e solução dos conflitos de trabalho. No entanto, apesar da clareza do comando constitucional, vem estabelecendo-se injustificada polêmica sobre o tema, inclusive dentro da própria Justiça do Trabalho. É preciso desfazer os equívocos que estão sendo artificialmente criados”. *Ibidem*, p. 140.

55 DALAZEN, João Orestes. Reflexões sobre o Poder Normativo da Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004, Op. Cit., p. 141.

exaurimento da negociação coletiva prévia no dissídio coletivo (CLT, art. 616, § 4º). No caso, a exigência de um consenso entre as partes é apenas um pressuposto do dissídio coletivo que, ainda assim, não obsta o exercício do direito de ação coletiva e do Poder Normativo. Apenas dificulta!

Não resta dúvida que tal posicionamento é no sentido de que o propósito da norma foi negar o conflito de classes e implementar uma política neocorporativista. O fato do dissídio ser ajuizado sem a manifestação expressa do comum acordo não seria, por si só, motivo de extinção do processo sem apreciação meritória. A simples ausência de impugnação especificada em contestação, no dissídio coletivo unilateralmente ajuizado perante a Justiça do Trabalho, implica assentimento tácito para o seu conhecimento.

Haveria, portanto, a necessidade da parte contrária esboçar sua recusa à instauração do dissídio de modo expreso, pois, do contrário, entender-se-ia haver concordância tácita, manifestada pelo suscitado.

Tal entendimento ganha peso na doutrina, como é o caso da opinião de José Luciano de Castilho Pereira⁵⁶: “Assim, ajuizado o Dissídio Coletivo pelo sindicato dos empregados, sem o acordo expreso da parte contrária, deve o juiz mandar citar o suscitado e apenas na hipótese de recusa formal ao Dissídio Coletivo, a inicial será indeferida”.

Mas, para que a ação tenha curso normal, será imprescindível a concordância das partes em relação ao caminho judicial a ser seguido. O referido autor segue seu raciocínio, agora exemplificando:

Os empregados querem um aumento salarial e a manutenção de cláusulas sociais, os empregadores não concordam com os pedidos e vedam o Dissídio Coletivo. [...] Nessa hipótese, se o Sindicato obreiro tiver força, estará aberta para ele a única via possível para a conquista de suas reivindicações: a greve. [...] Logo, embora não tenha sido este o desejo dos reformadores da Constituição Federal, este é o caminho que restará aos trabalhadores⁵⁷.

Daí se percebe, mais uma vez, que, se o sindicato obreiro for fraco – e esse é o caso da grande maioria no nosso País – caótica será a situação dos trabalhadores. Não haverá negociação coletiva, nem greve e nem Dissídio Coletivo.

Segundo a CF/88, poderia a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção do trabalho⁵⁸.

Para Grijalbo Fernandes Coutinho⁵⁹, teria perdido a Justiça do Trabalho o poder de criar a norma, numa sentença normativa, com alma de lei, afirmando:

[...] a Justiça do Trabalho, ao decidi-los [os dissídios coletivos] não poderá criar ou estabelecer normas não existentes no ordenamento positivo ou nos acordos coletivos e convenções coletivas vigentes entre as partes. [...] Restou, pois, reduzidíssimo o poder criativo dos Tribunais do Trabalho, alimentados, ao longo de décadas, por ‘amplíssima criatividade’ no estabelecimento de novas condições de trabalho, à margem da lei positiva.

Entretanto, não se pode deixar de ressaltar que existe o risco de se estar criando restrições que venham a limitar uma indiscutível fonte material das normas coletivas. A obrigatoriedade do comum acordo traz, em seu bojo, uma inevitável intenção de flexibilização das normas legais, já que as exigências patronais tenderão a se concentrar nessas cláusulas flexibilizadoras que, até o momento, têm sido recusadas pelos trabalhadores e, geralmente, não homologadas pela Justiça do Trabalho.

Daí se pode extrair que a maior parte da doutrina, como também da própria jurisprudência, não considera que ocorreu o fim do poder normativo da Justiça do Trabalho, com a nova redação do § 2º do art. 114 da CF/88, já que não se pode considerar que a imposição constitucional do comum acordo não se apresenta como uma condição da ação, inclusive diante do princípio constitucional da inafastabilidade da Jurisdição.

56 PEREIRA, José Luciano de Castilho. A reforma do Poder Judiciário: o Dissídio Coletivo e o direito de greve. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.). Nova competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005. p. 278.
p. 247.

57 Ibidem, p. 248.

58 FAVA, Marcos Neves. O Esmorecimento do poder normativo: análise de um aspecto restritivo na ampliação da competência da Justiça do Trabalho, Op. Cit., p. 288-290.

59 VARGAS, Luiz Alberto; FRAGA, Ricardo Carvalho; COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.). Relações Coletivas e Sindicais: nova competência após a EC n. 45. Justiça do Trabalho: Competência Ampliada. São Paulo: LTr, 2005 p. 331.

4. Da Inconstitucionalidade do § 2º do art. 114 da Constituição da República

É oportuno ressaltar, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal no exercício do Controle Concentrado de Constitucionalidade, tem declarado a inconstitucionalidade da Emenda à Constituição Federal que vulnera diretamente as denominadas “cláusulas pétreas”⁶⁰ da nossa Carta Política, o que se infere dos julgamentos das ADI nºs. 939/DF e 353 relativas à Emenda Constitucional nº. 03/9361.

Esse seria exatamente o mesmo caso da hipótese que nesse trabalho se examina: afronta direta à cláusula pétrea, ou seja, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, como consagrado pelo art. 5º, XXXV da Constituição da República, que assim determina: “Art. 5º. [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A doutrina também tem se posicionado em relação ao aspecto ora enfatizado, no mesmo sentido, ou seja, de que deve ser declarada a inconstitucionalidade quando houver afronta às cláusulas pétreas. Nesse sentido, segundo o entendimento de José Afonso da Silva,

Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum, etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias⁶².

e Luís Roberto Barroso,

Existem, também, as chamadas limitações materiais ao poder de reforma constitucional, conhecidas como cláusulas pétreas, que vêm previstas no § 2º do art. 60, onde se veda a apreciação de emenda tendente a abolir: “I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.”

Ora bem: sobrevivendo uma emenda constitucional, os dispositivos anteriores da Lei Fundamental que seja com ela incompatíveis ficam revogados. É bem de ver, no entanto, que as emendas constitucionais devem reverência absoluta aos preceitos do Texto Constitucional acima noticiados. Se os violar, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade e podem ter pronunciada sua invalidade⁶³.

A interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas. Daí se falar em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (*Natur de Sache*). Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do Devido Processo Legal.

No caso específico, é justamente isso que sucede, ou seja, um completo afastamento da situação fática, da realidade. Como se conceber a existência de um “comum acordo” entre partes conflitantes, entre partes onde, via de regra, impera a desigualdade de armas, sobretudo no aspecto econômico. Tal situação seria absolutamente surreal. Verifica-se como já apontado, a intenção clara do Estado de negar o conflito de classes.

5. A Transgressão ao Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição

O tema ora em discussão é bastante amplo e sua evolução no tempo demonstra de forma efetiva que ainda não foi possível estabelecer de forma precisa qual a maneira mais acessível de se promover a Justiça, ou seja, de acesso à justiça.

Teoricamente, o amplo acesso à Justiça deve ser concedido através de instrumentos fornecidos aos

60 Cláusulas pétreas são os dispositivos constitucionais que não podem ser modificados, por se tratar de garantias fundamentais.

61 EMENTA – Ação Direta de Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 03/93. – I.P.M.F. (imposto provisório sobre movimentação financeira, criado pela lei complementar n. 77/93). – imunidade dos estados, distrito federal e municípios (art. 150, IV, “a” da Constituição Federal). – federação (artigos 1., 18, 60, par. 4., i.) 1. As normas de uma Emenda Constitucional, emanadas, que são, de Constituinte Derivada, podem, em tese, ser objeto de controle, mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, quando confrontadas com normas elaboradas pela Assembléia Nacional Constituinte (originária) (art. 202, i, “a”). 2. Consideram-se relevantes para o efeito de concessão de medida cautelar, os fundamentos da Ação Direta, segundo os quais, com a quebra do Princípio da Imunidade Recíproca entre a União, os Estados e o Distrito Federal e os Municípios (art. 150, VI, “a” da Constituição), autorizada pelo parágrafo 2. do art. 2 da Emenda Constitucional nº. 03, de 18.03.1993, ficaria posta em risco a estabilidade da federação, que, em princípio, a um primeiro exame, não pode ser afetada, sequer, por Emenda Constitucional (artigos 1., 18, 60, par. 4., i, da Constituição). 3. Caracterizada a relevância de tais alegações e demonstrada, assim, a plausibilidade jurídica da Ação (“fumus boni iuris”) e havendo o risco de lesão ao Erário dos Estados, Distrito Federal e Municípios, pela incidência do I.P.M.F., enquanto tem curso, nem sempre rápido, o processo da Ação (“periculum in mora”), e de se deferir a Medida, para se suspender, quanto a eles, até o julgamento final, a incidência do tributo. 4. Medida Cautelar deferida, por votação unânime, para tal fim, com a suspensão dos efeitos do par. 2. da Emenda Constitucional n. 03/93, no ponto em que retiram, para as finalidades constantes do “caput”, a imunidade de que trata o art. 150, inc. VI, “a”, da Constituição (ADI 926 MC/ DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 01-09-93, Plenário, DJ de 06-05-94).

62 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004. p. 68.

63 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69.

jurisdicionados que lhes proporcionem meio de postularem em Juízo sem maiores entraves burocráticos, como também se defenderem com todos os meios de defesa em direito admitidos, respeitados os preceitos legais atinentes à matéria.

Entretanto o conceito do acesso à Justiça vem sofrendo constante modificação, pois fazer uma digressão e proceder a uma breve evolução histórica desde a época do Estado Liberal dos tempos da Revolução Industrial (que se pode considerar como surgimento das primeiras regras no âmbito trabalhista), onde o Estado era até então abstencionista, verificou-se a necessidade de intervir na relação entre trabalhadores e empregadores, no intuito de proteger àqueles, por serem economicamente mais fracos em tal relação⁶⁴.

Ocorre que os custos para o enfrentamento da Justiça eram muito altos, e, de fato, para a parte mais necessitada da população, ainda o é. E não se está aqui tratando apenas do custo financeiro, pois se deve levar em consideração ainda a morosidade de um processo judicial, o que acarreta na grande maioria das vezes em prejuízo irreparável para o jurisdicionado. Como outras despesas, por exemplo, honorários advocatícios.

Se levar em consideração que a verba trabalhista é de natureza alimentar, em que o empregado necessita dela para sustento próprio e de seus familiares, não é possível conceber que o trabalhador fique sem acesso a tais direitos por período de tempo considerável, pois estaria impossibilitado de prover o sustento de sua família. A grande problemática aqui seria como alcançar, obter a solução para tal situação de maneira ágil, eficiente, rápida e eficaz. Ainda mais importante tal situação nos dissídios coletivos, onde se envolve interesses de toda uma categoria.

A resposta para tal indagação, de fato, ainda não foi encontrada na prática em nosso ordenamento jurídico, na medida em que não se encontra essa solução efetiva através dos mecanismos que são colocados à disposição dos jurisdicionados.

A Constituição da República de 1988 estabelece que nenhum cidadão será afastado do amplo acesso à Justiça, garante a todos os indivíduos esse acesso de modo formal, que entretanto ao se deparar com a prática encontra vários óbices a serem ultrapassados.

À medida que o texto constitucional impõe às partes o comum acordo para o ingresso da medida judicial, estaria de tal maneira afrontando o tão propalado amplo acesso à Justiça, ante o óbice a ser transposto. Dessa maneira, não havendo a concordância da parte adversa, restaria prejudicado o cumprimento de um dos requisitos do acesso à Justiça.

Em vista disso, encontra-se diante de um confronto entre os conceitos de acesso à justiça formal e acesso à justiça material. Já que teoricamente é permitido, respeitado, consagrado, entretanto na prática, ele não se configura.

O entendimento doutrinário se configura exatamente nesse aspecto, onde se verifica, na grande maioria dos ordenamentos jurídicos pátrios, o respeito a esse tão propalado acesso à justiça formal que, na prática, em várias hipóteses, encontra óbices muita das vezes intransponíveis⁶⁵.

Daí surge outra problemática que seria justamente a da efetividade do acesso à justiça, ou seja, a efetividade perfeita ou igualdade de armas, como propalado por Cappelletti, que seria, como defendido pelo próprio autor, uma verdadeira utopia⁶⁶.

Tem-se obstáculos a serem transpostos que se colocam muitas das vezes como barreiras intransponíveis, onde raramente se alcança o objetivo que se busca.

Tais obstáculos podem ser considerados como as custas processuais, os honorários advocatícios e o tempo da demanda. Fatores esses que devem ser ponderados tendo em vista que muitas das vezes não vale a pena ingressar com uma ação judicial, a depender de tais fatores.

Não raras vezes o cidadão se depara com situações de monta econômica pequena que não justificaria o dispêndio da máquina judiciária, já que lhe acarretaria uma despesa maior que o resultado esperado do processo. Nessas situações, as custas processuais e os honorários advocatícios extrapolariam o valor a ser recebido pela parte autora, e assim não lhe seria vantajoso buscar o aparato judicial.

Diante disso, resta demonstrado em várias situações que o tão propalado amplo acesso à justiça, em muitos casos, não passa de um respaldo formal do cidadão que, ao tentar transpor tal formalidade, se depara na prática com obstáculos que o faz desistir na grande maioria dos casos, de lutar para defender seus direitos.

64 CAPPALLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

65 Ibidem.

66 Ibidem.

Poder-se-ia, diante de tais divagações, fazer referência à jurisdição constitucional, que é composta não apenas do que está prescrito na Carta Magna, mas também de textos, decisórios, argumentações e decisões. Este texto constitucional encontra-se muitas vezes numa posição genérica, que deveria ser interpretado por normais inferiores ou até mesmo pela doutrina ou jurisprudência, como no caso da problemática aqui enfrentada, em torno do art. 114, § 2º da CR/88⁶⁷.

Traça-se desta maneira um paralelo entre a questão do amplo acesso à justiça com a jurisdição constitucional. Poderíamos a princípio constatar que, em nosso ordenamento jurídico, o amplo acesso à Justiça está consagrado constitucionalmente, mesmo que encontre óbices a serem transpostos que estão configurados no próprio texto constitucional, surgindo como um verdadeiro contra-senso, numa contradição difícil de ser transposta. Mas cuja transposição deverá ser alcançada, inclusive mediante estudos doutrinários e decisões judiciais.

É nessas situações que, na grande maioria das vezes, deparar-se-á com sérios problemas, tendo em vista que o julgador passa a legislar, o que torna, não raras as vezes, bastante frágil o sistema jurisdicional, uma vez que os jurisdicionados se deparam com situações absolutamente discrepantes, criadas pelos representantes do Poder Judiciário.

No momento em que o Estado se separa, se afasta desse poder decisório, transferindo para terceiros tal responsabilidade, como no caso da arbitragem, mediação, dentre outras formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas. O que causa maior preocupação na sociedade, à medida que se estaria retroagindo ao Estado Liberal da época da Revolução Industrial. No caso, a classe patronal, economicamente mais forte, sempre iria impor a solução do conflito, ante a fraqueza da classe trabalhadora, que tinha de se submeter ao império do patrão, ante o medo de perder o seu emprego, garantia do sustentáculo de sua família⁶⁸.

Analisando o aspecto processual da aplicação do art. 114, § 2º da Constituição da República de 1988, relativamente à obrigatoriedade do comum acordo para ajuizamento do Dissídio Coletivo, de logo surge a dúvida ou o problema: ingressando a parte interessada com uma ação dessa natureza perante o Tribunal Regional do Trabalho competente, ou mesmo perante o Tribunal Superior do Trabalho, sem a concordância expressa da parte adversa, estar-se-ia diante de um óbice processual a decretar de imediato a extinção da ação sem julgamento do mérito, ou haveria a possibilidade de perquirir a parte contrária sobre a aceitação ou não do processamento da referida demanda judicial?

De logo se pode esclarecer que a resposta para tal indagação não é tão simples, nem ao menos consensual em nosso ordenamento jurídico, já que tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda não chegaram a um consenso em relação a tal problemática.

Tanto a jurisprudência quanto a doutrina não têm um entendimento sedimentado quanto à aplicação do art. 114, § 2º da CR/88, como demonstrado. Entretanto, em homenagem ao princípio constitucional da inafastabilidade do poder jurisdicional estatal, os mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos não podem ser colocados como óbice ao enfrentamento judicial, ou seja, as partes não devem necessitar de quaisquer condições para que venham a se socorrer do exame estatal de seus litígios.

Nos dias atuais, enfrenta-se exatamente a mesma situação, o mesmo problema. Tal modo de agir do Estado fragiliza a sociedade, e os cidadãos, diante de tal insegurança, tendem cada vez mais a se afastar do Poder Judiciário, que seria o órgão que, pelo menos a princípio, estaria na qualidade de guardião intransponível de seus direitos.

Infelizmente, não é dessa maneira que as coisas vêm acontecendo atualmente. Muito pelo contrário. Normas expedidas nessa direção (art. 114, § 2º da CR/88) demonstram que a “Jurisdição Constitucional” afasta do Estado o seu Poder de solucionar as controvérsias existentes ao atribuir tal responsabilidade aos litigantes, que devem decidir como se daria a solução de seus conflitos. Isso fatalmente fará com que o posicionamento do mais forte sempre venha a prevalecer diante daquele que esteja numa posição hierarquicamente inferiorizada. E é justamente nesse aspecto, que se estaria regredindo aos tempos da Revolução Industrial.

Caberia, portanto, ao Estado, criar mecanismos mais efetivos de solução dos conflitos judiciais, para chamar definitivamente para si a responsabilidade pela solução de tais conflitos. Na sua posição de inércia, de imparcialidade, teria condições, se utilizado exclusivamente para fins lícitos, morais e éticos, de se chegar a uma conclusão justa do conflito.

67 ADEODATO, João Maurício. *A retórica Constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

68 BARROSO, Fabio Tullio. *Extrajudicialização dos conflitos de trabalho*. Op. Cit., p. 56-57.

O amplo acesso à justiça deve ser respeitado de forma que não haja grande sacrifício das liberdades individuais (princípio político do processo). Entretanto, não é bem isso que se verifica em nosso ordenamento jurídico. Além dos entraves postos pela própria lei, ainda há problemas outros, como o alto custo de se ingressar com uma ação judicial, ao se considerar o valor das custas processuais, os honorários advocatícios e ainda a morosidade em relação à entrega da prestação jurisdicional⁶⁹.

Além de aspectos referentes ao respeito às liberdades individuais, como é o caso do princípio político do processo, deve ser ressaltado ainda o respeito a outros princípios constitucionais, como é o caso do princípio da unidade da constituição, da força normativa, da máxima efetividade, da conformidade funcional, do efeito integrador e da harmonização⁷⁰, embora esses não sejam aprofundados, tendo em vista a análise específica se referir ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Daí se verifica que são vários os aspectos que envolvem o acesso à justiça de forma plena e efetiva, tendo em vista que isso não se daria simplesmente pelo fato de estar previsto em texto legal ou mesmo constitucional o amplo acesso à justiça.

Portanto, apesar de estar alçado em nosso ordenamento como princípio constitucional, a inafastabilidade da jurisdição não se concretiza de forma prática, materialmente falando, a encontramos apenas no texto legal, já que ao transportá-la para a vida real, em diversas oportunidades ela esbarra muitas vezes em próprios dispositivos legais, constantes em outros textos normativos existentes no ordenamento pátrio⁷¹.

Além do aspecto processual, anteriormente analisado, deve-se analisar ainda outros aspectos, como o político, no que diz respeito à aplicação do art. 114, § 2º, da Constituição da República, como se mostrará logo adiante.

O Dissídio Coletivo trata de uma forma heterocompositiva de solução dos conflitos coletivos de trabalho, e, em nosso ordenamento jurídico, sempre que a negociação coletiva é frustrada, as partes vão buscar a solução para o litígio através desse meio judicial.

Os sindicatos representativos das categorias profissional e econômica devem possuir força política na tentativa de impor perante a parte contrária suas condições, de modo que estas prevaleçam e passem a se tornar regra naquela categoria.

Diante desse fato, é preponderante e fundamental que a categoria dos trabalhadores esteja constituída por um sindicato forte e representativo, que não venha a sucumbir diante das pressões sofridas pela classe patronal.

Um sindicato profissional independente não permite que fatores externos venham a refletir na sua gestão, na sua participação diante da classe trabalhadora e na sua relação com a categoria econômica. Para que se tenha essa independência é necessário que os líderes sindicais não sejam coniventes com interesses das empresas nem do Estado, o que muitas vezes se percebe e faz desvirtuar a real finalidade do sindicato profissional.

O aspecto político que envolve esta questão está diretamente ligado ao fator social, até porque não se pode

69 "Ora, ser cidadão é mais do que ser titular de direitos políticos. A cidadania é um princípio fundamental do regime democrático de direito, regime jurídico adotado pelo Brasil, conforme consta da Constituição de 1988. Pressupõe que as ações do Estado têm por finalidade o bem-estar coletivo" GOMES NETO, José Mário Wanderley; HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. Cidadania e acesso à justiça: o modelo de assistência jurídica oferecido pelo Estado de Pernambuco, a partir da Constituição de 1988. In: SERVERO NETO, Manoel (Org.). Direito, cidadania e processo, vol. 2. Recife: FASA, 2006. p. 81.

70 Princípio da Unidade da Constituição: segundo ele as normas constitucionais não devem ser interpretadas isoladamente, pois dessa forma poderiam estar elas descumprindo a Constituição. A Constituição deve ser vista como um todo, um sistema de normas, procurando compatibilizar suas diferentes normas. Para Luís Roberto Barroso "Na colisão de normas constitucionais, especialmente de princípios – mas também, eventualmente, entre princípios e regras, e entre regras e regras – emprega-se a técnica da ponderação. Por força do princípio da unidade, inexistem hierarquia entre as normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, in concreto, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham.

[...]

Princípio da força normativa: todas as normas constitucionais possuem eficácia. Não podem ser consideradas letras mortas. Se constam do texto da Carta Magna, possuem força normativa, caráter cogente.

Princípio da máxima efetividade: como as normas constitucionais possuem força normativa, o intérprete deve extrair delas sua máxima efetividade

[...]

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade Constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador." VER: BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição, Op. Cit., p. 374-376.

"Princípio da conformidade funcional: Deve-se respeitar a competência dos poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário). Deve ser observada e preservada a distribuição das funções conferidas pela Constituição aos poderes do Estado".

Princípio do efeito integrador: no entendimento de Sylvio Motta Filho e William Douglas Santos, esse princípio "informa que, na resolução das questões sobre a Constituição, é preciso optar pelos caminhos de interpretação que favoreçam a integração e unidade política e social". VER: MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da Motta; SANTOS, William Douglas Resinente dos. Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 23.

Princípio da harmonização: segundo o qual se exige coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, para que se evite o sacrifício de um em relação aos demais.

71 Dentre esses instrumentos, o direito de acesso à justiça é um dos mais importantes por constituir meio de promover a resolução dos conflitos de interesse; contudo, não é efetivo para todos. Limitações sociais, culturais e, principalmente, econômicas impedem que grande parcela da população usufrua a tutela estatal, ficando à mercê dos métodos não-convencionais. Vale ressaltar que, apesar de ser do conhecimento geral, não pertence ao escopo do presente estudo a menção aos meios não-oficiais de resolução dos conflitos, os quais são os mais acessíveis e cada vez mais utilizados pelos menos favorecidos. VER: GOMES NETO, Mário Wanderley; HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. Cidadania e acesso à justiça: o modelo de assistência jurídica oferecido pelo Estado de Pernambuco, a partir da Constituição de 1988. Op. Cit., p. 81-82.

vislumbrar uma classe profissional avançada politicamente, se no aspecto social os trabalhadores são absolutamente dependentes de seus patrões.

Não está se falando da subordinação decorrente do contrato individual de trabalho, já que esta é inerente a toda e qualquer relação de emprego. Entretanto, diante da instabilidade econômica e social vivida por nossos trabalhadores, não há como se atingir um equilíbrio nesse particular, o desemprego estará sempre batendo à porta desses trabalhadores.

O Estado precisa atuar proporcionando uma maior estabilidade aos seus cidadãos no mercado de trabalho, com medidas que venham a torná-los cada vez mais independentes do predomínio econômico patronal.

Sob o ponto de vista do aspecto econômico, apresenta-se também um problema fundamental, para impor o requisito do art. 114, § 2º da Constituição Federal de 1988. Isso pelo fato de que a classe patronal vale-se de sua preponderância econômica para coagir a classe trabalhadora a aceitar as condições por ela impostas.

Se o Estado não fornece à classe profissional condições de litigar em pé de igualdade com a classe patronal, não pode estipular regras de igualdade entre eles, quando na verdade não estão em pé de igualdade.

O próprio princípio da proteção ao hipossuficiente consagra que não se pode tratar de forma igual os desiguais, pois dessa maneira sempre ocorreria a preponderância do mais forte da relação. Numa relação desigual, o tratamento tem que ser também desigual, exatamente na medida da desigualdade das partes, para que seja possível buscar um equilíbrio entre os conflitantes.

Se não há equilíbrio entre as partes, já que economicamente estão bem distantes, via de regra, o Estado não lhes pode atribuir um tratamento igualitário, pois isso irá tão somente acentuar cada vez mais a desigualdade, e por conseguinte beneficiar a parte mais forte, ou seja, a classe patronal⁷².

O posicionamento do Estado liberal ou neoliberal, quando permite que classes desiguais estejam em igualdade de condições no momento de decidirem seus conflitos, é temerário e perigoso. Fragiliza a classe trabalhadora, enfraquecendo-a cada vez mais diante de seus empregadores.

Se o Dissídio Coletivo de natureza econômica apenas poderá ser ajuizado se houver concordância das partes, caso a negociação coletiva seja frustrada, e a classe patronal se negar a ajuizar a ação, alguns direitos já conquistados pelos trabalhadores poderão não mais ser respeitados, diante da inexistência de norma que os consagrem.

A classe patronal terá condições de pressionar a classe trabalhadora a aceitar as condições que estejam por ele sendo impostas, pois do contrário, não existirá norma coletiva, e aqueles direitos até então consagrados, não mais prevalecerão, num flagrante prejuízo para os empregados.

As constituições modernas começaram a prever a atuação da justiça numa concepção ampla. O inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição do Brasil estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Entendo que, diante da regra contida nos arts. 5º, XXXV e 8º, III, da CF/88,

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Mesmo malgrado o acordo entre as entidades sindicais, não se pode afastar o exame do litígio por parte do Poder Judiciário Trabalhista, que continuaria a exercer o seu poder normativo.

72 “Por outro lado, a indigitada norma constitucional aviva ainda mais a teleologia negocial dos sindicatos ou a exacerbação da teoria da vontade, tão evidente na realidade liberal, com consequências danosas aos trabalhadores, como a flexibilidade e a precarização. Observa-se que, para se chegar ao judiciário, se faz necessário um “pré-contrato”, um acordo entre as partes, que possuem interesses contrapostos, para que, juntos, batam às portas deste poder específico do Estado.

Ora, se não houve uma autocomposição prévia, que naturalmente elide a possibilidade conjunta de busca da solução pela via judicial, o tão só causismo constituinte secundário é que determina um malsinado prévio acordo para que a controvérsia se transforme em litígio, tendo como agravante a crítica realidade sindical”. VER: BARROSO, Fábio Túlio. Extrajudicialização dos conflitos de Trabalho. Op. Cit., p. 74.

Tal imposição do dispositivo constitucional, além de ofender diretamente o princípio da inafastabilidade jurisdicional, ainda se apresenta como flagrante afronta ao conflito de classes à medida que promove a negativa desses conflitos, impondo o comum acordo entre os litigantes.

Como já visto acima, quem está litigando, diante de um conflito de interesses, não tem como entrar num consenso a respeito de uma disputa judicial. E nesse aspecto particular, não há dúvida que a classe patronal vai tentar se sobrepor à classe profissional, e esta apenas teria a alternativa da greve. Entretanto, por questões já mencionadas anteriormente, a classe trabalhadora atualmente cada vez mais vem se eximindo do exercício do direito de greve, com medo do desemprego.

A imposição do comum acordo, além de fragilizar a classe obreira pelo impedimento de buscar a solução jurisdicional do conflito, ou seja, impedir o amplo acesso à justiça, constitucionalmente consagrado, ainda aumentará a vantagem da classe patronal na negociação, já grande pelo poderio econômico, e agora ainda maior pelo fato de que ter-se-á plena convicção de que se os trabalhadores não aceitarem suas condições, não poderão se socorrer do Poder Judiciário para tal fim.

Agora, passa-se a examinar a ordem jurídica justa, que tanto se busca, pelo menos é o que se fala, mas ainda se encontra tão distante. De nada adianta um ordenamento jurídico onde se verifique a presença de leis que tratem de amplo acesso à justiça, de inafastabilidade da jurisdição, mas que, na prática, não viabilize tal condição.

Numa ordem jurídica justa seria indispensável a presença de elementos que apresentasse para as partes de uma relação processual meios realmente acessíveis de se discutir uma demanda em juízo, de modo não oneroso e com o dispêndio de tempo razoável, de forma a viabilizar a decisão final. Em muitas vezes, de nada adiantará uma decisão favorável, após longos anos de espera, pois se se tratar de um direito urgente, a morosidade na entrega da prestação jurisdicional seria praticamente a negativa dessa efetivação.

Na seara trabalhista, é necessário que se esclareça que, via de regra, o que se discute é pagamento de salário ou de qualquer outra parcela que tenha natureza salarial. Na seara do direito coletivo, esses bens serão perseguidos por toda uma coletividade. Portanto, serve de sustento tanto para o trabalhador quanto para sua própria família. Assim, o retardo no cumprimento de sua obrigação, em muitas das vezes, lhe trará prejuízos irreparáveis, de ordem financeira e pessoal.

Para que se obtenha uma ordem jurídica justa, não basta a entrega correta da prestação jurisdicional. É necessário e indispensável que o bem da vida, almejado pelo litigante lhe seja entregue. Ou seja, aquele objeto perseguido, seja ele qual for, como, por exemplo, recebimento de uma indenização trabalhista, reintegração de um imóvel, dentre outros, possa efetivamente lhe ser retribuído.

Não basta a obtenção da ordem jurídica formal, se não se consegue vislumbrá-la materialmente. E ela apenas seria vislumbrada materialmente, se fosse efetivamente entregue a seu detentor, sendo esse reconhecido através de uma decisão judicial correta e justa em todos os aspectos, legais, éticos e morais.

Portanto, é necessário que se criem mecanismos no sentido de se solucionar questões dessa natureza, para que se evite que o hipossuficiente preste serviços para um empregador, uma empresa, e, após longos anos de dedicação a esse empregador, se depare com uma demissão. Além disso, sem recebimento das verbas rescisórias. Em boa parte das vezes, esse seria o início de uma verdadeira *via crucis* a ser submetida pelo empregado, pois terá que contratar um advogado e esperar a solução definitiva da demanda.

E não se fale do *jus postulandi*⁷³ no processo trabalhista. Até porque não se pode admitir que um funcionário, muitas das vezes com recursos parcos e conhecimento limitado, tenha condições de elaborar uma petição inicial.

Além do mais, em casos desse tipo, estaria ele sujeito à aceitação de acordos irrisórios, já que não teria condições de esperar o deslinde final da ação. É o que na prática acontece quase que diariamente nos

fóruns trabalhistas pelo Brasil afora.

Em razão disso, é que se deve refutar decisões estatais no sentido de transferir para o particular decisões a respeito de conflitos trabalhistas, sobretudo nos conflitos coletivos. O fato da classe trabalhadora estar agrupada, representada por seu sindicato de classe, não lhe garante total certeza de que terá condições de lutar perante a classe patronal, detentora do poder econômico e possuidora do capital. Justamente por não deter o acúmulo do capital é que a classe trabalhadora acaba sucumbindo diante das pressões do patrão, como demissões em massa, diminuição salarial, e supressão de direitos até então garantidos.

Ao se permitir que em nome da economia de mercado, as decisões de cunho trabalhistas fiquem apenas nas mãos das partes litigantes, certamente a classe trabalhadora irá enfrentar momentos muito mais amargos do que já enfrenta atualmente, uma vez que a pressão no sentido de flexibilizar e até mesmo desregular as normas trabalhistas, será tão grande de modo que seja difícil controlá-la. Com medo de perder seus empregos, os empregados terminarão por sucumbir à vontade do empresariado, que cada vez mais enriquecerá às custas deles.

Alexandre Moraes⁷⁴ comentando o princípio da inafastabilidade da jurisdição afirma que:

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Consagrado constitucionalmente, o princípio em comento encontra óbices no ordenamento jurídico, como já apontado. Demonstra-se inclusive a contradição de nossa Carta Constitucional, ao analisá-lo em conjunto com o art. 114, § 2º da CF/88.

A par de tudo que foi analisado só resta concluir que a nova redação do § 2º do art. 114 da Constituição da República efetivamente buscou o fim do poder normativo da Justiça Trabalhista, deixando a classe trabalhadora à margem da vontade patronal, num flagrante retrocesso em relação ao ordenamento jurídico trabalhista pátrio.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Dissídio coletivo*. São Paulo: LTr, 1993.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BARROS, Aline M. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- BARROSO, Fábio Túlio. *Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONNARD, Roger. *Syndicalismo, corporativismo e Estado corporativo*. Tradução de Themistocles Brandão Cavalcanti. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.
- BRASIL. Leis, decretos, etc. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. Vol.2.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- DALAZEN, João Orestes. Reflexões sobre o Poder Normativo da Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista LTr*, A Emenda Constitucional 45/2004 e a Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho e outros temas. São Paulo: LTr, Ano XIII, n. 13, fev. de 2006.

FAVA, Marcos Neves. O Esmorecimento do Poder Normativo: análise de um aspecto restritivo na ampliação da competência da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes (org.). FAVA, Marcos Neves (org.) *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O Fim do Poder Normativo. *Revista LTr*, Justiça do Trabalho: Competência Ampliada. São Paulo, Ano 69, maio de 2005.

GOMES NETO, Mário Wanderley; HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. Cidadania e acesso à justiça: o modelo de assistência jurídica oferecido pelo Estado de Pernambuco, a partir da Constituição de 1988. In: SEVERO NETO, Manoel (Org.). *Direito, cidadania e processo*. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches – FASA, 2006. Vol.2.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo Coletivo do Trabalho*. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Processo Coletivo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. A Reforma do Poder Judiciário: o dissídio coletivo e o direito de greve. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA Marcos Neves (Org.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr. Maio. 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. A Emenda Constitucional N. 45/2004 e a Justiça do Trabalho: Reflexos, Inovações e Impactos. *Revista LTr*: Legislação do Trabalho. São Paulo, ano 69, n.5, maio de 2005.

RIPER, Wiliam, Walter. Poder normativo da Justiça do Trabalho: análise do antes, do agora e do possível depois. *Revista LTr*, Ano 69, jul. de 2005.

SEVERO NETO, Manoel (Org.). *Direito, cidadania e processo, Vol. II*. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches – FASA, 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. *Questões polêmicas de direito do trabalho, Vol. IV: idéias para uma nova Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. *As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário*. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.) *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

VARGAS, Luiz Alberto; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Relações Coletivas e Sindicais: Nova Competência após a EC n. 45*. COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Org.) *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

VIDAL NETO, Pedro. *Do poder normativo da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1983.

A UNIÃO EUROPEIA E O BRASIL: RECURSOS HÍDRICOS NA POLÍTICA E LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

Prof. Dr. Christiano German

Universidade Católica de Eichstaett-Ingolstadt, Baviera/Alemanha
mail@prof-german.com

Desembargador Alberto Nogueira Virgínio

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e Diretor Adjunto da Secretaria de Planejamento Estratégico da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB
dranv@hotmailink.com.br

ÍNDICE

Introdução

1) A Importância dos Recursos Hídricos no Século XXI

1.1.O mistério da água nas culturas e ciências

1.2.A situação atual no mundo

2) O Problema da Preservação da Água

2.1.Proteção e gestão das águas na Europa

2.2.A cooperação com a União Européia e a legislação no Brasil

Conclusões

Figuras

Referências Bibliográficas

Introdução

Nas lendas sobre a origem do rio Amazonas os mitos e a ciência se misturam. Um dos mitos de criação indígena reza que o rio é originário do amor irrealizável entre o sol e a lua. Como a lua não conseguia dividir o céu simultaneamente com o sol amado, a lua pôs-se a chorar. As lágrimas da lua escavaram um profundo vale entre as serras, criando um imenso rio, posteriormente denominado de Amazonas¹.

Ao analisar a questão da origem da água em nosso planeta, esse mito de criação não está tão longe das teorias científicas atuais. Por isso, nessa primeira parte pretendemos detalhar somente os conceitos teóricos sobre a origem da água nas culturas e na ciência, assim como o seu significado único para a natureza e todos os seres vivos. Nesse cenário, apresentamos em uma visão geral um levantamento atual sobre a problemática da água, questão essa cada vez mais urgente no mundo inteiro.

Na segunda parte tratamos dos desafios concretos enfrentados para garantir os recursos hídricos à humanidade. Aqui apresentamos primeiramente a política de proteção hídrica da União Europeia e os problemas de sua realização prática nos estados membros. Depois, queremos detalhar, como o Brasil lida atualmente com esses desafios e quais são as possibilidades que existem para uma cooperação com a UE sobre a

1 Agradecemos à Fundação Konrad-Adenauer em Rio de Janeiro pelo apoio oferecido ao Congresso Internacional sobre o Meio Ambiente da AMB em Manaus. Os nossos agradecimentos incluem em especial o senhor Michael Wittemann, engenheiro diplomado para técnicas de abastecimento na Alemanha (Diplom-Ingenieur der Versorgungstechnik - FU), da companhia pública de águas (Wasserverband) da cidade de Peine na Baixa-Saxônia/Alemanha, pela revisão deste artigo e detalhes importantes sobre os procedimentos de saneamento das águas na Alemanha.

Fiennes, Sir Ranulph et al.: Extreme der Erde, Editora National Geographic, Hamburgo, 2ª edição 2005, p. 264

proteção dos recursos hídricos.

1. A Importância dos Recursos Hídricos no Século XXI

1.1. O mistério da água nas culturas e ciências

Os antigos mitos sobre a origem da água do Amazonas falam sobre o pranto da lua. Na questão da origem da água até hoje não resolvida conclusivamente muitos cientistas partem do princípio que a água em algum momento veio de fora nos oceanos da terra – possivelmente de asteroides ou cometas. No ano de 2008 houve uma descoberta que apoia essa teoria: duas equipes de astrônomos descobriram independentemente que o asteroide “24 Themis”, que circula como um dos maiores objetos entre o Marte e Júpiter, está envolto de uma fina camada de gelo². E também na lua já foi constatada a existência de água em forma de gelo³.

Como nos mitos sobre a criação do rio mais longo do mundo com 6.850 km de extensão desde sua nascente, as lendas sobre a água tem um papel central nas diferentes culturas e suas religiões⁴. Todas elas tem em comum o fato de destacarem um uso consciente da água como fonte e símbolo da vida⁵.

“No início era a água”, consta no mito da criação da bíblia⁶. No antigo testamento e no Judaísmo a água é considerada o elemento originário da vida. No Cristianismo a água representa a fertilidade, a cura e a origem de toda a vida. Além disso, a água é o símbolo para a vida eterna e para a cura (águas com poder de cura, por exemplo, de Lourdes). Jesus compara a palavra de Deus com uma fonte de água viva. Confúcio (551 - 479) afirma “Os sábios encontram alegria na água” e o sábio grego Tales de Mileto (624 - 546) escreve “Tudo começa na água, pois a água é tudo e para a água tudo retorna”. Também no Islamismo a água tem um papel importante, é considerada como condição prévia para a vida humana. No Islamismo sunita, o direito de matar a sede é um dos direitos mais santos escriturados. Para esse fim é necessário proporcionar acesso a toda água localizada em propriedade privada. No Budismo e Hinduísmo, em feriados importantes as estátuas são lavadas com água de cheiro, esborrifar água mutuamente é símbolo de pureza e alegria de viver. Um ditado indiano diz: “Água, você é a fonte de todas as coisas e de toda existência”.

Ao contrário desse respeito cultural e religioso pela água como fonte de vida, o manejo atual, muitas vezes pouco sensato do ser humano com esse maior bem, fez com que a água não seja mais símbolo da vida, mas que pode ser compreendida cada vez mais também como símbolo da morte⁷. Especialmente no hemisfério sul do planeta, os efeitos da escassez da água manifestam-se de forma trágica: mais de um bilhão de pessoas não tem acesso seguro à água potável, sofrem de doenças causadas por água contaminada, vivem em constante fome e sede. Essa escassez, muitas vezes geográfica, geralmente ainda aumenta com a distribuição extremamente desigual dos recursos entre as populações pobres e ricas. Enfim, não se trata de um destino natural, mas de uma questão de justiça.

A exigência de uma distribuição justa terá uma posição decisiva em relação à problemática da água em todos os países em questão, destacando o papel central do Poder Judiciário face aos interesses políticos, econômicos e sociais divergentes e em boa parte agressivos. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) tem, portanto, um papel de vanguarda mundial com o manifesto “In dubio pro natura” nesse I Encontro Internacional de Direito Ambiental na cidade de Manaus, cidade esta dotada de significado simbólico.

1.2. A situação atual no mundo

Mesmo na ciência, a água continua sendo pesquisada como elemento natural único. A terra é o único planeta de nosso sistema solar, no qual há água líquida disponível na superfície. De fato, a terra é em 70 por cento coberta de água. Por esse motivo, ela é também denominada de Planeta Azul. A água é considerada uma condição central para que a vida, como nós a conhecemos, possa ser gerada. O corpo humano consiste de aprox. 60 por cento de água.

2 Campins, Humberto et al.: Water ice and organics on the surface of the asteroid 24 Themis, *Nature*, 2010, Vol. 464, pp. 1320-1321

3 Astronomie. Der Mond enthält hundert Mal mehr Wasser als gedacht, in: *Zeit Online* 27.05.2011, veja <http://www.zeit.de/wissen/2011-05/mond-wasser-wissenschaft> (acessado em 13/06/2012)

4 INPE. Estudo do INPE indica que o rio Amazonas é 140 km mais extenso do que o Nilo, veja http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=1501 (acessado em 13/06/2012)

5 Sobre as religiões: Vogt, Markus: Wasser – Ursprung allen Lebens. Thesen aus der Sicht Christlicher Sozialethik, Thesen zum Element Wasser, 8 de junho de 2011, Munique, veja www.kaththeol.uni-muenchen.de/lehrtstuehle/christi_sozialethik/personen/1vogt/texte_vogt/vogt_wasser.pdf (acessado em 13/06/2012)

6 Genesis 1.1 - 2,4a

7 A tese fundamental é a de que “água é ao mesmo tempo o símbolo da vida como da morte”. Veja na bibliografia Prof. Dr. Markus Vogt, Lehrstuhl für Christliche Sozialethik (Cátedra de Ética Social Cristã), Ludwig-Maximilians-Universität München, in: Wasser – Ursprung allen Lebens (2011).

Figura 1 – Inventário da Água na Superfície da Terra (2006)

A quantidade total de água do planeta é estimada em 1,4 bilhões de quilômetros cúbicos (km³). Pelo menos na prática nada da quantidade de água existente há mais de quatro bilhões de anos se perde no sistema da Terra. Essa é a boa nova, pois não existe tecnologia para produzir água nova. A maior parte, com 97 por cento, é água salgada. Somente aprox. 2,75 por cento (38,5 milhões de quilômetros cúbicos) são água doce, conforme consta na Figura 1⁸. E somente aprox. 0,3 por cento dessas reservas de água doce – aprox. 100.000 km³ ou 0,008 por cento de toda a água – é facilmente acessível para o ser humano, especialmente em lagos e rios⁹. A notícia ruim é que outras reservas importantes como a água do lençol freático (Groundwater), dependendo de sua localização, (Shallow/Deep) precisa de 100 a 10.000 anos para se regenerar (Figura 2). Mas há também reservas hídricas que se regeneram em poucos anos. Isso depende basicamente do tipo do solo, por exemplo, arenoso, e também da precipitação. Na Alemanha, as reservas hídricas subterrâneas por lei precisam ser manejadas de tal forma que não seja retirado mais do que a natureza recupera em média. Assim, a água se tornará um bem finito para a humanidade que não tiver um consumo consciente, uma advertência também articulada enfaticamente pelos representantes responsáveis das autoridades no Brasil¹⁰.

Figura 2 - Permanência típica da água encontrada em vários reservatórios (2006)

Fato é que a relação entre a demanda e a disponibilidade de água já alcançou um nível crítico em muitas partes do mundo. A escassez e a seca já se tornaram um grande desafio – e a mudança climática provavelmente ainda tende a agravar o problema. Em meados desse século, na pior das hipóteses sete bilhões de pessoas em 60 países do mundo, na melhor das hipóteses dois bilhões de pessoas em 48 países sofrerão os efeitos da escassez da água.

Assim, a questão hoje é especialmente a quantidade de água por pessoa e ano tecnicamente “renovável”, ou seja, em princípio uma reciclagem sustentável das quantidades de água disponíveis. O critério é frequentemente usado para mensurar a quantidade de água disponível. Na Suíça, a quantidade de água renovável por pessoa e ano é de, por exemplo, 6520 m³, na Argélia 770 m³, na Arábia Saudita 160 m³. Nos países com reservas de água sustentáveis abaixo de 1700 m³ já existe escassez de água. Abaixo de 1000 m³ já falamos em falta de água¹¹. A Figura 3 a seguir exibe as regiões do mundo, onde há excesso de água (marrom claro), reservas de água suficientes (azul escuro), crescente escassez (azul claro) e finalmente a falta de água (cor laranja)¹².

Figura 3: Reservas de água no mundo inteiro

Apesar da crescente falta de disponibilidade, ainda há muitas possibilidades para economizar – melhorar da técnica de irrigação, cultivo de produtos adaptados, uma atitude de consumo consciente e o refreio do uso de água potável no setor agrário – as quais ainda não foram plenamente exploradas¹³. Especialmente na África, mas também em muitas partes da Ásia podemos prever catástrofes de fome e maiores conflitos por água, com o aumento da população, a queda do nível do lençol freático, a secagem dos rios que provoca a morte de gado e a perda de colheitas¹⁴.

Esse fato também foi registrado pelas Nações Unidas (UN), que iniciou um programa para a década internacional de água de 2005 a 2015. Além disso, a conferência das Nações Unidas pelo desenvolvimento susten-

8 PhysicalGeography.net: Chapter 8: Introduction to the Hydrosphere (2006), veja www.physicalgeography.net/fundamentals/8b.html (acessado em 11/06/2012)

9 Zahlen und Fakten: Globalisierung, Wasserverbrauch, em: Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, Situação: 14/09/2010 (acessado em 12/06/2012)

10 Serpa, Flávio de Carvalho: Águas no Brasil, em: National Geographic Brasil (Edição Especial Água), Abril 2011, Ano 11, No. 133, pp. 46-67, p. 52

11 Märki-Koepp, Martina: Wasser für den blauen Planeten, em: Bulletin. Magazin der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETH), N° 289, Maio de 2003, p. 5

12 Wasser weltweit: Wasserversorgungs- und Abwasserzweckverband Sonneberg, veja <http://wasserwerke-sonneberg.de/v4/wasser/wissenswertes/wasser-weltweit.html> (acessado em 06/07/2012)

13 Zahlen und Fakten: Globalisierung, Wasserverbrauch, em: Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, Situação: 14/09/2010 (acessado em 12/06/2012)

14 Para um panorama amplo dos conflitos sobre recursos hídricos veja Pacific Institute, The World's Water: www.worldwater.org/conflict.html (acessado em 25/06/2012)

tável no Rio de Janeiro, a Rio+20, também se ocupou com a questão da água¹⁵. A UE empenhou-se em acelerar consideravelmente a transição das economias mundiais para as denominadas “Economias Verdes Inclusivas” (Inclusive Green Economies). Além disso, a UE exigiu metas com prazos concretos nas áreas de energia, água, eficiência de recursos, uso sustentável das terras, biodiversidade, assim como para os oceanos¹⁶.

A precursora da Rio+20 foi a conferência líder para o meio ambiente e desenvolvimento das Nações Unidas no Rio de Janeiro duas décadas antes. Nesta, 172 Países deliberaram a “Agenda 21”, um programa sustentável de ações políticas, de desenvolvimento e de meio ambiente para o século 21¹⁷. Na 2ª parte destacamos no item 18, entre outros, a proteção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos¹⁸.

E finalmente queremos ainda destacar que a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou, mediante a solicitação da Bolívia, em 28 de julho de 2010 com 122 países votando a favor e sem votos contrários, o acesso a água potável limpa e ao saneamento básico como direito humano. Entre os países apoiadores estão também o Brasil e a Alemanha. Abstiveram-se do voto 41 países, dentre eles os EUA, Austrália e Quênia, além de 18 países da UE¹⁹. Países como, por exemplo, a África do Sul o Equador incluíram o direito a água em suas constituições²⁰.

2. O Problema da Preservação da Água

2.1. Proteção e gestão das águas na Europa

A relação entre a demanda e a disponibilidade de água já alcançou uma situação crítica também em muitas regiões da Europa. Em alguns estados membros já há uma escassez de água em todo o país. E o problema não se limita aos países vizinhos do Mar Mediterrâneo, mas também países como a República Checa já relatam sobre regiões com frequente escassez d’água²¹.

Há alguns anos, a Comissão Europeia exige rigorosamente dos estados membro impulsos políticos, por exemplo, em relação à política das tarifas de água, melhoria dos instrumentos para a gestão das águas e medidas para incentivar o uso consciente e a economia da água. A grande importância que os estados membros da União Europeia conferem aos padrões de qualidade da água, baseia-se na Legislação da UE²². A diretiva 98/83/EG do Conselho Europeu de 3 de novembro de 1998 sobre a qualidade de água de consumo estabeleceu parâmetros rígidos e obrigatórios de salubridade e higiene. O termo “Água destinada ao consumo humano” é definido obrigatoriamente para todos os estados membros no “Artigo 2º: Definições” da diretiva²³. Além disso, os estados membro da UE são obrigados a entregar a cada três anos um relatório sobre a qualidade da água potável. Assim, pode-se ao menos garantir que em toda a UE a água encanada possa ser usada para cozinhar²⁴.

Nos países como a Alemanha, onde as diretivas foram imprescindivelmente colocadas em prática,

15 RESOLUTION 58/217: Internationale Aktionsdekade “Wasser – Quelle des Lebens” 2005-2015, veja www.un.org/Depts/german/gv-58/band1/ar58217.pdf

Ainda www.un.org/waterforlifedecade/water_at_rio.shtml und www.un.org/waterforlifedecade/ (acessado em 15/06/2012)

16 Rio+20, United Nations Conference on Sustainable Development, veja http://www.bmu.de/rio_plus_20/doc/47266.php und <http://www.uncsd2012.org/>
Em português: <http://www.rio20.info/2012/> (acessado em 21/06/2012)

17 Um dos primeiros grandes projetos modelo para realizar a Agenda 21 na Alemanha foi o projeto nacional „Altmühltal-Agenda-21-Projekt (1995–1998)“ no vale do rio Altmühl na Baviera, realizado pela Universidade Católica de Eichstätt-Ingolstadt e premiado pelo então Presidente da República Federal da Alemanha Roman Herzog. Foram 25 áreas de projetos com mais de 100 medidas.

18 AGENDA 21: Konferenz der Vereinten Nationen für Umwelt und Entwicklung, Rio de Janeiro, Juni 1992, p. 202, veja http://www.un.org/depts/german/conf/agenda21/agenda_21.pdf
Em português: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global> (acessado em 04/07/2012)

19 RESOLUTION 64/292: Das Menschenrecht auf Wasser und Sanitärversorgung, Deliberada na 108ª sessão plenária em 28 de julho de 2010 veja <http://www.un.org/Depts/german/gv-64/band3/ar64292.pdf> (acessado em 15/06/2012)

20 Krennerich, Michael: Forum. Das Menschenrecht auf Wasser – weit mehr als ein unverbindliches Ziel, em: NJW-aktuell, Edição 39/2010, p. 18

21 Ambiente: Escassez de água e secas – uma grande preocupação para muitas regiões da Europa, IP/10/577 Bruxelas, 18 de Maio de 2010, veja <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/577&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=de>

22 (acessado em 08/06/2012)

Veja “Sínteses da legislação da UE”: http://europa.eu/legislation_summaries/index_pt.htm

e “Proteção e gestão das águas”: http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/index_pt.htm (acessado em 15/06/2012)

23 RICHTLINIE 98/83/EG DES RATES vom 3. November 1998 über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch, veja <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0083:DE:NOT>
Em português: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:330:0032:0054:PT:PDF>

(acessado em 18/06/2012)

24 Qualität von Trinkwasser, em: Europa. Zusammenfassungen der EU-Gesetzgebung (Situação: 28/10/2011), http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/128079_de.htm
Em português: http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/128079_pt.htm

(acessado em 18/06/2012)

aplicam-se, para água de consumo, diretivas mais rígidas do que para a água mineral engarrafada. A norma alemã para água de consumo é um exemplo positivo da conversão da diretiva da CE 83/98 em direito nacional e ainda foi melhorada no ano de 2011²⁵.

Para tal, a norma nacional de água para consumo do ano de 2001 foi adaptada em alguns pontos nos desenvolvimentos mais recentes. Além da consideração dos mais atuais conhecimentos científicos, buscava-se ainda uma adesão maior às diretivas do direito europeu, assim como uma desburocratização. Também o direito de proteção ao consumidor foi fortalecido. Um complemento importante foi o exame da legionella em instalações de aquecimento de água de consumo²⁶. Desde então existe a obrigatoriedade de se realizar anualmente o exame para instalações de água quente em prédios públicos ou comerciais, nos quais houve uma vaporização da água de consumo (por exemplo, em chuveiros). Aqui também podemos citar, além dos prédios públicos como creches e piscinas públicas, prédios para locação residencial. Se forem constatadas concentrações muito altas, a vigilância sanitária competente, assim como os locatários deverão ser informados. Além disso, a Alemanha foi o primeiro estado membro da União Europeia a definir um valor limite para o urânio em água para consumo. Com 0,010 miligramas (=10 microgramas) por litro, o valor limite para urânio na Alemanha é o mais rígido do mundo, oferecendo a todos os segmentos da população – incluindo bebês – a proteção da saúde contra possíveis danos causados pelo urânio na água de consumo.

Outra norma legal da EU, após 1998, a Diretiva-Quadro da Água 2000/60/CE, entrou em vigor em 22/12/2000. Nos fundamentos dessa diretiva ampliada podemos ler: “(1) A água não é um produto comercial, como outro qualquer, mas um patrimônio que deve ser protegido, defendido e tratado como tal” e “(9) É necessário desenvolver uma política comunitária integrada no domínio das águas”.²⁷ Com essa diretiva complementar foram dados novos impulsos, especialmente para uma proteção hídrica integrada de maior viés ecológico.

Como em outros países da UE a transposição dessa Diretiva-Quadro para a ordem jurídica nacional acarreta em problemas jurídicos, especialmente devido ao federalismo que divide as competências legislativas entre a União e os Estados Federados. Por isso, houve necessidade de uma reforma do federalismo na Alemanha para colocar em prática as deliberações da UE da Diretiva-Quadro da Água. Além disso, há muitos conflitos adicionais da UE com os diferentes países membros em relação ao pleno cumprimento da Diretiva-Quadro da Água.

O conflito atual no âmbito do cumprimento pleno da Diretiva-Quadro da Água de 2000 versa, por exemplo, sobre uma definição distinta do conceito “serviços hídricos” da UE e da Alemanha²⁸. Conforme as normas da UE, os custos ambientais e dos recursos também precisam ser computados nos serviços hídricos. Portanto, os “serviços hídricos” para a UE também abrangem o uso de água na refrigeração de instalações industriais e de irrigação na agricultura. Sob esse ponto de vista, por exemplo, a indústria e a agricultura na Alemanha não praticam o uso consciente e econômico de água. A Alemanha aplica as normas da UE para “serviços hídricos” somente para o abastecimento de água de consumo e o esgoto, assim como o tratamento de esgotos. A comissão solicitou diversas vezes que a Alemanha alterasse a sua interpretação sobre os serviços hídricos, pela última vez em setembro de 2011. Como última etapa em um processo de violação contratual a Comissão Europeia deu entrada, em 2012 num processo no Tribunal de Justiça da União Europeia contra a República Federal da Alemanha. Casos semelhantes são analisados também em países como a Áustria, Dinamarca, Finlândia, Hungria, os Países Baixos, Suécia e a região Bélgica de Flandres pela Comissão. Os países indiciados estão sujeitos a multas²⁹.

25 Erste Verordnung zur Änderung der Trinkwasserverordnung (1. TrinkwÄndV) vom 03.05.2011, veja http://www.umweltbundesamt.de/wasser/themen/downloads/trinkwasser/BGBI_IS_748.pdf (acessado em 20/06/2012)

26 Bactérias do tipo Legionella podem causar pneumonias graves (Doença do legionário) e produzir a Febre de Pontiac. „Trinkwasserverordnung und Legionellen“ (Situação: 19/10/2011), em: Bundesministerium für Gesundheit, veja <http://www.bmg.bund.de/ministerium/presse/pressemitteilungen/2011-02/aenderung-der-trinkwasserverordnung/trinkwasserverordnung-und-legionellen.html> (acessado em 03/07/2012)

27 Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU): Die Europäische Wasserrahmenrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland, veja <http://www.bmu.de/binnengewasser/gewaesserschutzpolitik/europa/doc/3063.php>

(acessado em 20/06/2012). Em português: Directiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2000, que estabelece um quadro de acção comunitária no domínio da política da água, veja <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0060:pt:HTML>

28 Veja Artigo 2º, Definições 38. “Serviços hídricos”: todos os serviços que forneçam a casas de habitação, a entidades públicas ou a qualquer actividade económica:

a) A captação, represamento, armazenagem, tratamento e distribuição de águas de superfície ou subterrâneas;
b) A recolha e tratamento de águas residuais por instalações que subsequentemente descarregam os seus efluentes em águas de superfície.

29 Europäische Kommission: Umweltpolitik. Kommission verklagt Deutschland wegen Wasserdienstleistungen, 31.05.2012, veja http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/10684_de.htm (acessado em 20/06/2012)

Uma consulta ao site do Comissário do Meio Ambiente da União Européia, Janez Potočnik, revela, que foram iniciados ou estão iminentes uma série de outros processos e ações que visam impor o cumprimento das disposições da UE contra os países membros³⁰. E o Comissário do Meio Ambiente ainda considera valores limites mais rígidos para a qualidade da água. A cada quatro anos a lista das substâncias mais perigosas é avaliada no âmbito da higiene da água conforme o estado da ciência. Até o momento foram encontradas 33 dessas “substâncias prioritárias” como fósforo, benzeno, atrazina e metais pesados como chumbo e mercúrio. Segundo os planos da comissão da UE deverão ser acrescentadas outras 15 substâncias. Pela primeira vez serão incluídos resíduos de medicamentos como o analgésico diclofenaco, de medicamentos anti-hipertensivos, de meios de contraste que contém iodo, usados no raio-x, assim como a pílula anticoncepcional.

Neste momento, questiona-se se não haveria uma “superregulamentação” possivelmente fora da realidade por parte da UE. Como já descrito, até o momento nem a Diretiva-Quadro da Água da União Europeia do ano 2000 não pode ser cumprida em todos os países, e em segundo lugar a realização técnica de padrões ainda maiores na qualidade de água seria difícil de se financiar, mesmo pelos países com maiores recursos na EU. Somente para a região do lago Bodensee na Alemanha, o terceiro maior lago da Europa Central, após o lago Plattensee e o lago de Genebra, a complementação do equipamento técnico necessário das instalações de tratamento deverá custar aproximadamente um bilhão de euros. Outro problema, em muitos lagos e rios na Europa, consiste ainda no fato deles ultrapassarem as fronteiras e a qualidade de água variar nos determinados países – como é de se esperar – com frequência. Em terceiro lugar, os valores sugeridos para novas microcontaminações indesejadas são tão baixos, na faixa de nanogramas por litro e para a sua comprovação analítica e o monitoramento das águas são necessários processos sensíveis e de altos custos. Todavia, há atualmente novos conhecimentos científicos que apontam para possíveis situações de insalubridade, mesmo com a ingestão de resíduos mínimos de medicamentos. Assim, por exemplo, existe a suspeita de que resíduos de pílulas anticoncepcionais podem comprometer a fertilidade da população masculina. A consequência é que os novos valores limite e valores máximos discutidos não poderão ser cumpridos em muitas reservas hídricas que até o momento tenham apresentado uma qualidade de água excelente³¹. Para complementar é importante instituir uma melhor política de informação e estratégia de contenção ao incentivo da população a aumentar a cautela ao lidar com medicamentos e, por exemplo, deixar de descartar medicamentos pelo esgoto.

2.2. A cooperação com a União Europeia e a legislação no Brasil

Face às diretivas europeias apresentadas com as suas exigências em partes rigorosas em relação à qualidade de água, a legislação no Brasil ainda deixa muito a desejar. Além disso, precisam ser consideradas as condições gerais muito distintas em comparação com a Europa. Primeiramente, o Brasil é um dos países com a maior quantidade de água do mundo, respondendo por um quinto de todos os recursos hídricos do mundo³².

A provável maior reserva de água do mundo encontra-se no norte do Brasil, entre os territórios dos Estados do Amazonas, Pará e Amapá. O aquífero Alter do Chão foi descoberto em 2010. As primeiras estimativas partem de um volume de água superior a 86.000 km³³³. Essa quantidade seria suficiente para suprir cem vezes as necessidades de água de toda a população mundial.

Gráfico 4: Aquíferos no Brasil

E no sul do Brasil há ainda uma segunda reserva de água subterrânea, o Aquífero Guarani. Ele recebeu o seu nome em homenagem ao povo indígena Guarani que habitava a região até a chegada dos europeus. Com uma extensão de quase 1,1 milhões de km² (corresponde a mais do dobro do território da França) esse aquífero tem uma área enorme. Com um volume total estimado de até 45.000 km³, esse aquífero representa, todavia, somente a metade dos recursos hídricos subterrâneo do aquífero Alter do Chão no norte do país.

30 Comissário do Meio Ambiente da União Européia, Janez Potočnik. Homepage: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/potocnik/index_en.htm (acessado em 21/06/2012)

31 Rieger, Arnold: “Der Bodensee ist der EU nicht sauber genug” (Manchete) e “Wie gefährlich ist die Apotheke im See?” (p. 6), em: Stuttgarter Nachrichten, 4 de maio de 2012

32 Sacher, Danuta: Es geht nicht nur um die Dienstleistung, Wasserprivatisierung in Lateinamerika, em: ila 281 dezembro/janeiro de 2004/05. Veja: www.ila-web.de/artikel/ila281/wasser.htm (acessado em 08/06/2012)

33 Sobre este assunto veja Pöfneck, Janine: Das blaue Gold des Guarani-Aquifer, em: Focus Brasilien, Analysen & Kommentare, Konrad-Adenauer-Stiftung, janeiro de 2012, veja <http://www.kas.de/wf/doc/6140-1442-1-30.pdf> (acessado em 25/06/2012) e Aquífero na Amazônia pode ser o maior do mundo, dizem geólogos, (artigo e mapa 19/04/2010), veja <http://www.vnews.com.br/noticia.php?id=70222> (acessado em 28/06/2012)

O principal problema desse outro tesouro global consiste no fato de atravessar as fronteiras dos países Brasil, Uruguai, Argentina e Paraguai tendo, portanto, um significado geopolítico específico. Conforme estimativas, 70 % deste aquífero encontram-se sob território brasileiro. O segundo maior percentual de aprox. 19 % está sob território da Argentina. Face a essa riqueza em reservas hídricas cada vez mais importantes, não somente estados terceiros como os EUA, mas especialmente empresas internacionais demonstram um interesse ativo e estratégico na região. Além disso, a região já é considerada foco de conflitos em potencial no futuro. Durante um exercício militar em 2007 a Argentina já simulou uma guerra pela reserva hídrica. No mais, ambos aquíferos correm grande risco devido a poluição, exploração excessiva, assim como os efeitos da mudança climática. Especialistas temem que algum dia a retirada de água será maior do que a regeneração natural.

Ficou evidente, que o Brasil tem uma responsabilidade global, não somente pela floresta amazônica, mas também pelos seus recursos hídricos únicos. Essa crescente importância do Brasil no mundo foi reconhecida pela UE e foi firmado um acordo sobre uma parceria estratégica, na qual as questões ambientais também tem um papel importante. Essa nova forma de colaboração teve início em 4 de julho de 2007 em Lisboa com um encontro de cúpula entre a UE e o Brasil. Além de muitos outros aspectos foi acordado que o diálogo já existente nas áreas de ambiente e desenvolvimento sustentável seja ampliado³⁴. A questão dos recursos hídricos foi citada especificamente: “A gestão dos recursos hídricos, a proteção do meio marinho, a luta contra a poluição pelo mercúrio ou os modelos de consumo e de produção sustentáveis constituem também desafios enfrentados pelas duas partes”³⁵.

E também no documento de estratégia por país de 2007-2013 entre a UE e o Brasil, o problema foi detalhado: “O país deve...lutar contra...a degradação da qualidade dos recursos hídricos...”³⁶. Além disso, foi acordada ainda uma parceria estratégica com a Alemanha em 14 de maio de 2008. Nesta, as partes contratantes concordam em “focar a cooperação em áreas...do manejo de recursos naturais...”.

Foram realizadas cúpulas anuais entre a UE e o Brasil, sendo que a 5ª Cúpula entre a UE e o Brasil em 4 de outubro de 2011 em Bruxelas também deveria oferecer um caminho para um crescimento ecológico em relação à Rio+20³⁷. Na polêmica declaração de aprox. 50 páginas da Rio+20 de 2012 com o título “O futuro que desejamos”, a comunidade dos estados pela primeira vez aderiu ao conceito da “Economia Verde”, um modelo econômico que enfoca mais fortemente a proteção dos recursos naturais. O relatório global “Fifth Global Environmental Outlook Report”, que também lida com a problemática da água, havia sido apresentado previamente aos tomadores de decisão (“policy makers”) ³⁸.

A UE considera a declaração da Rio+20 pouco comprometedor, mas um primeiro passo na direção certa. Também as Nações Unidas elogiam os esforços, mas ninguém ficou verdadeiramente satisfeito, especialmente as associações de meio-ambiente. Segundo entendimento do Comissário de Meio Ambiente da UE Janez Potocnik, deve-se ao empenho da UE que a declaração final, imposta unilateralmente pelo Brasil, tenha sido melhorada em pontos decisivos. Potocnik considera um sucesso da UE, entre outros, a defesa do direito a água potável e um saneamento básico digno, assim como a valorização do programa ambiental das Nações

34 Strategische Partnerschaft EU/Brasilien: P6_TA(2009)0140. Recomendação do Parlamento Europeu de 12 de março de 2009 à Comissão para a parceria estratégica entre a União Europeia e o Brasil (2008/2288(INI)-(2010/C 87 E/34), veja <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:087E:0168:0172:DE:PDF> (acessado em 27/06/2012)

35 Auf dem Weg zu einer strategischen Partnerschaft zwischen der EU und Brasilien, in: Europa. Zusammenfassungen der EU-Gesetzgebung, veja http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/reactions_with_third_countries/latin_america/r14021_de.htm
Em português: http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/reactions_with_third_countries/latin_america/r14021_pt.htm (acessado em 27/06/2012)

36 Europäische Kommission - Länderstrategiepapier 2007-2013 für Brasilien, in: Europa. Zusammenfassungen der EU-Gesetzgebung (12.06.2008), veja http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/reactions_with_third_countries/latin_america/r15014_de.htm
Em português: http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/reactions_with_third_countries/latin_america/r15014_pt.htm (acessado em 28/06/2012)

37 Gipfeltreffen EU-Brasilien: Neue Bande knüpfen: Europäischer Rat (04.10.2011), veja <http://www.european-council.europa.eu/home-page/highlights/eu-brazil-summit-creating-new-ties?lang=de>
Em português: <http://www.european-council.europa.eu/home-page/highlights/eu-brazil-summit-creating-new-ties?lang=pt> (acessado em 29/06/2012)

Veja também Fischer-Bollin, Peter: Der 3. EU-Brasilien-Gipfel am 6. Oktober in Stockholm. Erwartungen und Perspektiven, em: Focus Brasilien, Analysen & Kommentare, Konrad-Adenauer-Stiftung, Setembro de 2009, veja http://www.kas.de/wf/doc/kas_17670-544-1-30.pdf (acessado em 27/06/2012)

38 UNEP 2012: GEO5. The Fifth Global Environmental Outlook Report. Summary for Policy Makers, veja http://www.unep.org/geo/pdfs/GEO5_SPM_English.pdf e <http://www.unep.org/portuguese/geo/> (acessado em 06/07/2012)

Unidas, no qual futuramente todos os estados das Nações Unidas serão filiados³⁹. Assim, por exemplo, a versão espanhola da declaração no capítulo “Agua y saneamiento” no item 121 destaca, com observação sobre a “Década da água”, acima citada. “Reafirmamos nuestros compromisos relativos al derecho humano al agua potable y el saneamiento, que ha de hacerse efectivo gradualmente en beneficio de nuestra población, respetando plenamente nuestra soberanía nacional. Resaltamos también nuestro compromiso con el Decenio Internacional para la Acción “El agua, fuente de vida”, 2005-2015”⁴⁰.

Aqui também ficou claro que deliberações internacionais mais concretas, como também a consolidação da parceria entre a UE e o Brasil, podem ser esperadas com mais facilidade quando se trata de assuntos econômicos. O Brasil está em décimo lugar entre os parceiros comerciais da UE com 2,2 % de todo o volume comercial da União. E a UE é o principal parceiro comercial do Brasil com um total de 22,2 %.

Mas também o governo brasileiro tem ciência de sua responsabilidade pelos recursos hídricos. A base da legislação no Brasil é a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997 que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos⁴¹. Antecedeu essa lei a definição das reservas hídricas como “bem de domínio público” no Capítulo II - Da União, Art. 20 na nova constituição de 1988. Uma disposição igual ou semelhante não existe no contrato de Lisboa ou na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Na lei de Água brasileira de 1997 consta, portanto, logo no início no Título I - Da Política Nacional de Recursos Hídricos - Capítulo I dos Fundamentos no Art. 1º: “A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: I - a água é um bem de domínio público; II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico”; III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais, como no Art. 2º - I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos...” A norma da UE acima já citada (Diretiva-Quadro Água 2000/60/CE) tem metas semelhantes: “A água não é um produto comercial como outro qualquer, mas um patrimônio que deve ser protegido, defendido e tratado como tal”.

Na Alemanha, a legislação sobre a gestão da água de 2009 trata desse item em outra redação considerando as definições da UE. Por isso, consta no Capítulo 1 no § 4º sobre “Propriedade de água, Restrições da propriedade de terras” no item (2): “Águas correntes na superfície assim como águas subterrâneas não estão sujeitas a propriedade privada”. Além disso consta no Capítulo 2 na seção 1 § 6º sobre os princípios gerais da gestão de águas: “(1) As águas deverão ser manejadas de forma sustentável especialmente com o objetivo de..., 3. usá-las para o bem de todos e conforme os interesses de cada um”.

Assim, a água como bem de todos tem um papel de destaque na constituição e na legislação no Brasil, na UE e na Alemanha. Somente a colocação em prática dessas prioridades foi realizada com maior consequência na UE⁴².

Todavia, há também no Brasil sinais positivos que partem do governo federal. Isso ficou patente em um levantamento atual sobre a qualidade dos recursos hídricos no Brasil de 2012, publicado no âmbito de um amplo estudo da Agência Nacional de Águas criada no âmbito de uma nova legislação em 2000⁴³. Na introdução ficou claro que os dois grandes desafios do Brasil mencionados no setor do abastecimento de água estão sendo endereçados⁴⁴. O estudo pragmático propriamente dito já impressiona pela grande quantidade de detalhes em um país de dimensões continentais com mais do dobro do tamanho da UE e aproximada-

39 Abschluss des Gipfel Rio+20. Wenig Konkretes über “die Zukunft, die wir wollen” von Jule Reimer, Deutschlandfunk, em: Tagesschau.de (03.07.2012) veja <http://www.tagesschau.de/ausland/rio206.html> (acessado em 03/07/2012)

40 El futuro que queremos. Documento final de la Conferencia, 19 de junio de 2012, veja http://www.uncsd2012.org/content/documents/778futurewewant_spanish.pdf

Um pouco estranho parece o fato de que a declaração chave “The Future We Want” (“O futuro que queremos”) na site oficial da Rio+20 (www.uncsd2012.org) foi somente publicado em árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol: <http://sustainabledevelopment.un.org/index.php?menu=1481>

41 Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm (acessado em 05/07/2012)

42 Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG). Data de edição: 31/07/2009, última alteração Artigo 5º inciso 9 da Lei de 24 de fevereiro de 2012, veja http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/whg_2009/gesamt.pdf (acessado em 03/07/2012)

43 Agência Nacional de Águas (Brasil): Panorama da Qualidade das Águas Superficiais do BRASIL 2012, veja http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/publicacoes/Panorama_Qualidade_Aguas_Superficiais_BR_2012.pdf (acessado em 02/07/2012)

44 Todas as áreas problemáticas da ecologia no Brasil já são conhecidas durante décadas. Veja German, Christiano: ‘Meio Ambiente’ als Problemereich der brasilianischen Innenpolitik”, in: Kohlhepp, G./ Schrader, A. (Hrsg.), Ökologische Probleme in Lateinamerika, Tübingen 1987, pp. 279-292

mente 25 vezes o tamanho da Alemanha.

Num extenso resumo é citado em primeiro lugar o problema, até o momento não resolvido, do saneamento básico e do tratamento de esgotos: “Atualmente, os esgotos domésticos representam a principal pressão sobre os recursos hídricos do País, em função da falta de rede de coleta e tratamento ou do tratamento ineficiente dos esgotos coletados (Figura 5). O resultado disso é o lançamento de cargas orgânicas domésticas remanescentes nos corpos hídricos, principalmente nas proximidades dos aglomerados urbanos, incorrendo na deterioração da qualidade da água com consequências econômicas e sociais”⁴⁵. No Brasil há quatro etapas do tratamento de água: Preliminar, Primário, Secundário e Terciário. Do volume total de esgotos tratados por dia no Brasil (8,5 milhões de m³), apenas 10% passam por tratamento terciário.

Figura 5 - Carga Orgânica Remanescente – 2008

Um estudo comparável e também muito detalhado sobre a gestão de águas na Alemanha “Wasserwirtschaft in Deutschland”, com as respectivas referências ao direito conjunto da EU foi publicado em 2010 pelo Ministério Alemão de Meio-Ambiente. O motivo para tal foi a já mencionada nova lei alemã para a gestão dos recursos hídricos, a qual pôde entrar em vigor no plano federal após a reforma do federalismo em 1º de março de 2010. Na primeira parte do estudo é constatado que as exigências mínimas descritas no Capítulo 18 da Agenda 21 para um abastecimento de água seguro (40 litros de água de consumo salubre por habitante e por dia, abastecimento de 75 % da população urbana com instalações sanitárias, estabelecimento de padrões para a descargas de esgotos municipais e industriais, nível mínimo da eliminação de resíduos) já foram colocados em prática na Alemanha. Há 99 % da população ligada à rede de abastecimento pública de água de consumo e o percentual da população que tem acesso a sistemas de esgoto é semelhante⁴⁶.

Conclusões

Diante desse cenário, queremos focar especialmente na água de consumo como bem necessário para a sobrevivência do ser humano em nossa conclusão. Na Alemanha, por exemplo, as concessionárias públicas só garantem a qualidade até o medidor na entrada da residência. Pelas instalações domésticas e sua aplicabilidade em relação à salubridade e a qualidade técnica adequada para o transporte de água de consumo respondem os proprietários da casa e dos apartamentos. Para apartamentos locados, para garantir a saúde pública, não são mais permitidas, por exemplo, tubulações de chumbo. Os antigos tubos precisam ser substituídos por novas tubulações de materiais certificados⁴⁷. Para os proprietários, essas modernizações são muito caras. No caso do Brasil isso significaria que em uma data remota quando a água de consumo de qualidade potável passar pelas tubulações, também as respectivas medidas construtivas precisam ser cumpridas para que os enormes gastos no tratamento da água façam sentido.

Outra área problemática não solucionada, é no Brasil o uso tradicional da água como mercadoria para fins comerciais ou também políticos. Assim consta na legislação brasileira que “a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico”, mas não consta explicitamente como nas leis da UE “a água não é um produto comercial como outro qualquer, mas um patrimônio que deve ser protegido, defendido e tratado como tal”. Por esse motivo, as mídias brasileiras e os ambientalistas criticam há décadas que esse valioso recurso está se afastando de sua finalidade e deixando de ser um bem comum.

Assim, segundo a Defensoria da Água, grupos multinacionais já buscaram informações sobre locais adequados para a retirada de água no aquífero transfronteiriço do Guarani e adquiriram terrenos nessas áreas. Foi criada uma ONG pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil no ano de 2004 no âmbito da Campanha da Fraternidade de 2004, que tinha como tema principal “Fraternidade e Água”. A Defensoria advertiu sobre a possibilidade de que empresas multinacionais possam adquirir conhecimentos sobre o aquífero do Guarani para usá-lo para fins de comércio privado. Uma privatização da água poderia acarretar no aumento do preço da água. O “ouro azul” de fato não seria mais um bem público⁴⁸. Em um estudo de 2008 a Defensoria ainda

45 Agência Nacional de Águas (Brasil): Panorama da Qualidade das Águas Superficiais do BRASIL 2012, páginas 206 e 208. Figura p. 210, a.a.O. (acessado em 02/07/2012)

46 Umweltbundesamt: “Wasserwirtschaft in Deutschland”, 1ª parte: “Grundlagen” e 2ª parte: “Gewässergüte”, Situação: julho de 2010, veja: <http://www.bmu.de/binnengewasser/downloads/doc/46635.php> (acessado em 04/07/2012)

47 Umweltbundesamt: Ratgeber Gesundheitliche Aspekte der Trinkwasser-Installation (Situação: junho de 2007), veja <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rfpdf-l/3058.pdf> (acessado em 05/07/2012)

48 Pößneck, Janine: Das blaue Gold des Guarani-Aquifer, em: Focus Brasilien, Analysen & Kommentare, Konrad-Adenauer-Stiftung, janeiro de 2012, p. 2, a.a.O.

alerta para o fato de que 70% da água no Brasil é imprópria para o consumo humano. As principais causas da contaminação seriam atribuídas principalmente ao agronegócio e à atividade industrial. Além disso, existiria uma falta generalizada de controle e de fiscalização⁴⁹.

O uso da água como mercadoria comercial política para a compra de votos também tem uma longa tradição, por exemplo, no Nordeste do Brasil, onde a população sofre recorrentes períodos de seca. Em um ano de eleições como 2012, especialmente quando se trata de eleições municipais, onde estes casos ocorrem com maior frequência, a organização não governamental Articulação do Semiárido (ASA) exige que os ministérios criem um disque denúncia para denunciar essas práticas e que o Supremo Tribunal Eleitoral estabeleça uma campanha: “Não troque seu voto por água. Água é direito seu”⁵⁰. A declaração ainda afirma: “O Brasil tem o dever ético de não consentir que as medidas de emergência e socorro às pessoas se transformem em instrumentos de manipulação e desvirtuação das eleições”. A preocupação se dirige ao uso político do carro-pipa, entre outras uma prática comum durante as ações de mitigação dos efeitos da estiagem⁵¹.

Outro agente que tem pouco interesse em ampliar o abastecimento da água de consumo para a sociedade é provavelmente o lobby da água mineral, que tem bastante poder e que há décadas registra altos lucros. Afinal, o ser humano deve consumir em média 2,5 a 3 litros de água limpa diariamente. Conforme um estudo do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM existiam 987 concessões de lavra de água mineral ao fim de 2010 em todo o país. A produção brasileira de água mineral engarrafada pode ter chegado até 11,6 bilhões de litros em 2011, segundo informações do setor privado de águas minerais⁵². Com o crescimento econômico, a indústria de água mineral no Brasil conta com taxas de crescimento ainda maiores – assim como o governo conta com o arrecadamento de impostos.

Em setembro de 2005 o regulamento técnico para água mineral de 2000 foi atualizado, considerando a necessidade de constante aperfeiçoamento das ações de controle sanitário na área de alimentos e considerando também a necessidade de atualização da legislação sanitária de alimentos, com base no enfoque da avaliação de risco e da prevenção do dano à saúde da população⁵³. Nesta são estabelecidas maiores exigências de qualidade para a água mineral.

Como já mencionado, por motivos de salubridade, deve-se dar preferência à água mineral e não à água encanada no Brasil. Na Alemanha, a situação é diferente. A renomada fundação Stiftung Warentest testou em junho de 2012 a qualidade de 29 marcas de água mineral que oferecem água mineral sem gás. No resultado, todos os produtos apresentaram problemas. Quase dois terços dos produtos continham poucos minerais, além disso mais de uma em três garrafas apresentavam contaminações microbiológicas, problemas na identificação ou pequenos defeitos no gosto. Os pesquisadores chegaram à conclusão de que a água potável da torneira na Alemanha é mais acessível, muitas vezes de melhor qualidade e com 0,30 Cents de um Euro por litro (em Colônia) também bem mais barata⁵⁴ (correspondendo à aprox. 0,70 Centavos de um Real por litro). E com todas as etapas do tratamento da água incluídas no preço. Na conclusão, já não há mais motivo para beber água mineral, uma vez que com a alimentação, a quantidade de minerais ingerida já é suficiente.

Esse sucesso, pela população quase percebido como coisa normal em um estado de direito democrático e social, no qual o recurso da água potável de fato tornou-se um bem comum, corresponde à inicialmente mencionada e hoje em dia muitas vezes negligenciada valorização da água nos mitos e nas convicções das culturas antigas.

49 Jornal do Brasil-JB Online: Estudo mostra que poluição tomou 70% das águas de rios do Brasil, 24/10/2011 e 06/07/2012, veja <http://www.jb.com.br/ciencia-e-tecnologia/noticias/2008/03/22/estudo-mostra-que-poluicao-tomou-70-das-aguas-de-rios-do-brasil/> (acessado em 06/07/2012)

50 Nas eleições semi-competitivas durante o governo militar a troca „voto por água” teria sido classificado como “voto comprado”. Veja German, Christiano: *Brasilien. Autoritarismus und Wahlen*, München/Köln/London 1983, p. 227

51 Ações para barrar o uso eleitoral da água, in: *Jornal do Commercio (Recife)-JC Online*, 23/05/2012, veja <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/regional/noticia/2012/05/23/acoes-para-barrar-o-uso-eleitoral-da-agua-42998.php> (acessado em 06/07/2012) e *A Articulação do Semiárido (ASA): Declaração sobre o atual momento da Seca no Semiárido*, http://www.moc.org.br/download/24-05-2012_Documento%20ASA%20OFICIAL.pdf (acessado em 06/07/2012)

52 Kulaif, Yara: *Água Mineral, DNPM/SP – Sumário Mineral 2011*, veja https://sistemas.dnpm.gov.br/publicacao/mostra_imagem.asp?IDBancoArquivoArquivo=7113 (acessado em 06/07/2012) com referência à *Revista Água & Vida ABINAM – ano 12 nº 67 – fev/mar 2011*, São Paulo

53 Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 54/2000. Diário Oficial, 15 de junho de 2000 e Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 275 de 22 de setembro de 2005, veja: http://www.cetesb.sp.gov.br/solo/agua_sub/arquivos/RDC_275_2005.pdf (acessado em 06/07/2012)

54 Stiftung Warentest: *Mineralwasser*, veja <http://www.test.de/thema/mineralwasser/> (acessado em 06/07/2012). Im Supermarkt oder beim Discounter in Deutschland zahlt man für Mineralwasser ab ca. 13 Cent pro Liter, für klassische Marken sogar meist mehr als 50 Cent.

Referências

Livros

Fiennes, Sir Ranulph et al.: *Extreme der Erde*, Editora National Geographic, Hamburgo, 2ª edição 2005, p. 264

German, Christiano: *Brasilien. Autoritarismus und Wahlen*, München/Köln/London 1983

Artigos de revistas e jornais

Campins, Humberto et al.: *Water ice and organics on the surface of the asteroid 24 Themis*, *Nature*, 2010, Vol. 464, pp. 1320-1321

German, Christiano: ‘Meio Ambiente’ als Problembereich der brasilianischen Innenpolitik”, em: Kohlhepp, G./ Schrader, A. (Hrsg.), *Ökologische Probleme in Lateinamerika*, Tübingen 1987, pp. 279-292

Krennerich, Michael: *Forum. Das Menschenrecht auf Wasser – weit mehr als ein unverbindliches Ziel*, em: *NJW-aktuell*, Edição 39/2010, p. 18

Märki-Koepf, Martina: *Wasser für den blauen Planeten*, em: *Bulletin, Magazin der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (EZH)*, N° 289, Maio de 2003, p. 5

Rieger, Arnold: “Der Bodensee ist der EU nicht sauber genug” (Manchete) e “Wie gefährlich ist die Apotheke im See?” (p. 6), em: *Stuttgarter Nachrichten*, 4 de maio de 2012

Serpa, Flávio de Varvalho: *Águas no Brasil*, in: *National Geographic Brasil (Edição Especial Água)*, Abril 2011, Ano 11, No. 133, pp. 46-67, p. 52.

Legislações e Resoluções

AGENDA 21: *Konferenz der Vereinten Nationen für Umwelt und Entwicklung*, Rio de Janeiro, junho de 1992, p. 202, veja http://www.un.org/depts/german/conf/agenda21/agenda_21.pdf

Em português: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global> (acessado em 04/07/2012)

Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 54/2000. *Diário Oficial*, 15 de junho de 2000

Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 275 de 22 de setembro de 2005, veja: http://www.cetesb.sp.gov.br/solo/agua_sub/arquivos/RDC_275_2005.pdf (acessado em 06/07/2012)

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU): *Die Europäische Wasserrahmenrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland*, veja

<http://www.bmu.de/binnengewasser/gewaesserschutzpolitik/europa/doc/3063.php> (acessado em 20/06/2012)

Em português: *Diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 23 de Outubro de 2000, que estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política da água, veja

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0060:pt:HTML>

DIRETIVA 98/83/CE DA COMISSÃO de 3 de novembro de 1998 sobre a qualidade da água para consumo humano, veja

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0083:DE:NOT>

(acessado em 18/06/2012). Em português veja

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:330:0032:0054:PT:PDF>

Erste Verordnung zur Änderung der Trinkwasserverordnung (1. TrinkwVÄndV) vom 03.05.2011, veja <http://www.umwelt->

bundesamt.de/wasser/themen/downloads/trinkwasser/BGBL_IS_748.pdf

(acessado em 20/06/2012)

Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG). Data de edição: 31/07/2009, última alteração Artigo 5º inciso 9 da Lei de 24 de fevereiro de 2012, veja

http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/whg_2009/gesamt.pdf

(acessado em 03/07/2012)

Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm (acessado em 05/07/2012)

Qualität von Trinkwasser, em: Europa. Zusammenfassungen der EU-Gesetzgebung (28.10.2011), http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/l28079_de.htm

Em português:

http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/l28079_pt.htm

RESOLUTION 64/292: Das Menschenrecht auf Wasser und Sanitärversorgung,

Deliberada na 108ª sessão plenária em 28 de julho de 2010 veja

<http://www.un.org/Depts/german/gv-64/band3/ar64292.pdf> (acessado em 15/06/2012)

RESOLUTION 58/217: Internationale Aktionsdekade "Wasser – Quelle des Lebens" 2005-2015, veja www.un.org/Depts/german/gv-58/band1/ar58217.pdf

Ainda: www.un.org/waterforlifedecade/water_at_rio.shtml e www.un.org/waterforlifedecade/

(acessado em 15/06/2012)

RICHTLINIE 98/83/EG DES RATES vom 3. November 1998 über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch, veja

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0083:DE:NOT>

Em português: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:330:0032:0054:PT:PDF>

(acessado em 18/06/2012)

"Sínteses da legislação da UE": http://europa.eu/legislation_summaries/index_pt.htm

e "Proteção e gestão das águas": http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/index_pt.htm

(acessado em 15/06/2012)

Strategische Partnerschaft EU/Brasilien: P6_TA(2009)0140. Recomendação do Parlamento Europeu de 12 de março de 2009 à Comissão para a parceria estratégica entre a União Europeia e o Brasil (2008/2288(INI)-(2010/C 87 E/34), veja

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:087E:0168:0172:DE:PDF>

(acessado em 27/06/2012)

Fontes na Internet

Artigos, relatórios, declarações

A Articulação do Semiárido (ASA): Declaração sobre o atual momento da Seca no Semiárido,

http://www.moc.org.br/download/24-05-2012_Documento%20ASA%20OFICIAL.pdf

(acessado em 06/07/2012)

Abschluss des Gipfel Rio+20. Wenig Konkretes über „die Zukunft, die wir wollen“ von Jule Reimer, Deutschlandfunk, em: Tagesschau.de (03.07.2012) veja

<http://www.tagesschau.de/ausland/rio206.html> (acessado em 03/07/2012)

Ações para barrar o uso eleitoral da água, in: Jornal do Commercio (Recife)-JC Online, 23/05/2012, veja

<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/regional/noticia/2012/05/23/acoes-para-barrar-o-uso-eleitoral-da-agua-42998.php> (acessado em 06/07/2012)

Agência Nacional de Águas (Brasil): Panorama da Qualidade das Águas Superficiais do BRASIL 2012, veja http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/publicacoes/Panorama_Qualidade_Aguas_Superficiais_BR_2012.pdf (acessado em 02/07/2012)

Aquífero na Amazônia pode ser o maior do mundo, dizem geólogos, (artigo e mapa 19/04/2010), veja <http://www.vnews.com.br/noticia.php?id=70222> (acessado em 28/06/2012)

Ambiente: Escassez de água e secas – uma grande preocupação para muitas regiões da Europa, IP/10/577 Bruxelas, 18 de Maio de 2010, veja <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/577&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=de> (acessado em 08/06/2012)

Astronomie. Der Mond enthält hundert Mal mehr Wasser als gedacht, in: Zeit Online 27.05.2011, veja <http://www.zeit.de/wissen/2011-05/mond-wasser-wissenschaft> (acessado em 13/06/2012)

Auf dem Weg zu einer strategischen Partnerschaft zwischen der EU und Brasilien, in: Europa. Zusammenfassungen der EU-Gesetzgebung, veja http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/latin_america/r14021_de.htm

Em português: http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/latin_america/r14021_pt.htm (acessado em 27/06/2012)

Comissário do Meio Ambiente da União Européia, Janez Potočnik. Homepage: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/potocnik/index_en.htm (acessado em 21/06/2012)

El futuro que queremos. Documento final de la Conferencia, 19 de junio de 2012, veja http://www.uncsd2012.org/content/documents/778futurewewant_spanish.pdf

Europäische Kommission: Umweltpolitik. Kommission verklagt Deutschland wegen Wasserdienstleistungen, 31.05.2012, veja http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/10684_de.htm (acessado em 20/06/2012)

Europäische Kommission - Länderstrategiepapier 2007-2013 für Brasilien, in: Europa. Zusammenfassungen der EU-Gesetzgebung (12.06.2008), veja

http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/latin_america/r15014_de.htm

Em português:

http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/latin_america/r15014_pt.htm

(acessado em 28/06/2012)

Fischer-Bollin, Peter: Der 3. EU-Brasilien-Gipfel am 6. Oktober in Stockholm. Erwartungen und Perspektiven, em: Focus Brasilien, Analysen & Kommentare, Konrad-Adenauer-Stiftung, Setembro de 2009, veja http://www.kas.de/wf/doc/kas_17670-544-1-30.pdf (acessado em 27/06/2012)

Gipfeltreffen EU-Brasilien: Neue Bande knüpfen: Europäischer Rat (04.10.2011), veja <http://www.european-council.europa.eu/home-page/highlights/eu-brazil-summit-creating-new-ties?lang=de>

Em português:

<http://www.european-council.europa.eu/home-page/highlights/eu-brazil-summit-creating-new-ties?lang=pt>

(acessado em 29/06/2012)

INPE. Estudo do INPE indica que o rio Amazonas é 140 km mais extenso do que o Nilo, veja

http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=1501 (acessado em 13/06/2012)

Jornal do Brasil-JB Online: Estudo mostra que poluição tomou 70% das águas de rios do Brasil, 24/10/2011 e 06/07/2012, veja

<http://www.jb.com.br/ciencia-e-tecnologia/noticias/2008/03/22/estudo-mostra-que-poluicao-tomou-70-das-aguas-de-rios-do-brasil/> (acessado em 06/07/2012)

Kulaif, Yara: Água Mineral, DNPM/SP – Sumário Mineral 2011, veja

https://sistemas.dnpm.gov.br/publicacao/mostra_imagem.asp?IDBancoArquivoArquivo=7113

(acessado em 06/07/2012) com referência à Revista Água & Vida ABINAM – ano 12 nº 67 – fev/mar 2011, São Paulo

Pacific Institute, The World's Water: www.worldwater.org/conflict.html (acessado em 25/06/2012)

PhysicalGeography.net: Chapter 8: Introduction to the Hydrosphere (2006), veja

www.physicalgeography.net/fundamentals/8b.html (acessado em 11/06/2012)

Pößneck, Janine: Das blaue Gold des Guarani-Aquifer, em: Focus Brasilien, Analysen & Kommentare, Konrad-Adenauer-Stiftung, janeiro de 2012, veja

<http://www.kas.de/wf/doc/6140-1442-1-30.pdf> (acessado em 25/06/2012)

Rio+20, United Nations Conference on Sustainable Development, veja

http://www.bmu.de/rio_plus_20/doc/47266.php

<http://www.uncsd2012.org/>

Em português: <http://www.rio20.info/2012/> (acessado em 21/06/2012)

Sacher, Danuta: Es geht nicht nur um die Dienstleistung. Wasserprivatisierung in Lateinamerika, em: ila 281 dezembro/janeiro de 2004/05. Veja: www.ila-web.de/artikel/ila281/wasser.htm (acessado em 08/06/2012)

Stiftung Warentest: Mineralwasser, veja <http://www.test.de/thema/mineralwasser/> (acessado em 06/07/2012)

Trinkwasserverordnung und Legionellen (Situação: 19/10/2011), em: Bundesministerium für Gesundheit, veja

<http://www.bmg.bund.de/ministerium/presse/pressemitteilungen/2011-02/aenderung-der-trinkwasserverordnung/trinkwasserverordnung-und-legionellen.html> (acessado em 03/07/2012)

Umweltbundesamt: „Wasserwirtschaft in Deutschland“, 1ª parte: „Grundlagen“ e 2ª parte: „Gewässergüte“, Situação: julho de 2010, veja: <http://www.bmu.de/binnengewasser/downloads/doc/46635.php>

(acessado em 04/07/2012)

Umweltbundesamt: Ratgeber Gesundheitliche Aspekte der Trinkwasser-Installation (Situação: junho de 2007), veja <http://www.umweltdaten.de/publikationen/fpdf-l/3058.pdf>

(acessado em 05/07/2012)

UNEP 2012: GEO5. The Fifth Global Environmental Outlook Report. Summary for Policy Makers, veja http://www.unep.org/geo/pdfs/GEO5_SPM_English.pdf

e <http://www.unep.org/portuguese/geo/> (acessado em 06/07/2012)

Vogt, Markus: Wasser – Ursprung allen Lebens. Thesen aus der Sicht Christlicher Sozialethik, Thesen zum Element Wasser, 8 de junho de 2011, Munique, veja:

www.kaththeol.uni-muenchen.de/lehrstuehle/christl_sozialethik/personen/1vogt/texte_vogt/vogt_wasser.pdf (acessado em 13/06/2012)

Wasser weltweit: Wasserversorgungs- und Abwasserzweckverband Sonneberg, veja

<http://wasserwerke-sonneberg.de/v4/wasser/wissenswertes/wasser-weltweit.html> (acessado em 06/07/2012)

Zahlen und Fakten: Globalisierung, Wasserverbrauch, em: Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, Situação: 14/09/2010
(acessado em 12/06/2012)
(Artigo atualizado em 29.11.2012)

FIGURAS

Figura 1 – Inventário da água na superfície da terra (2006)

Table 8b-1: Inventory of water at the Earth's surface.

Reservoir	Volume (cubic km x 1,000,000)	Percent of Total
Oceans	1370	97.25
Ice Caps and Glaciers	29	2.05
Groundwater	9.5	0.68
Lakes	0.125	0.01
Soil Moisture	0.065	0.005
Atmosphere	0.013	0.001
Streams and Rivers	0.0017	0.0001
Biosphere	0.0006	0.00004

Fonte: www.physicalgeography.net/fundamentals/8b.html

Figura 2 - Typical residence times of water found in various reservoirs (2006)

(Permanência típica da água encontrada em vários reservatórios?)

Water is continually cycled between its various reservoirs. This cycling occurs through the processes of **evaporation, condensation, precipitation, deposition, runoff, infiltration, sublimation, transpiration, melting, and groundwater flow**. Table 8b-2 describes the typical residence times of water in the major reservoirs. On average water is renewed in rivers once every 16 days. Water in the atmosphere is completely replaced once every 8 days. Slower rates of replacement occur in large lakes, glaciers, ocean bodies and groundwater. Replacement in these reservoirs can take from hundreds to thousands of years. Some of these resources (especially groundwater) are being used by humans at rates that far exceed their renewal times. This type of resource use is making this type of water effectively **nonrenewable**.

Table 8b-2: Typical residence times of water found in various reservoirs.

Reservoir	Average Residence Time
Glaciers	20 to 100 years
Seasonal Snow Cover	2 to 6 months
Soil Moisture	1 to 2 months
Groundwater: Shallow	100 to 200 years
Groundwater: Deep	10,000 years
Lakes	50 to 100 years
Rivers	2 to 6 months

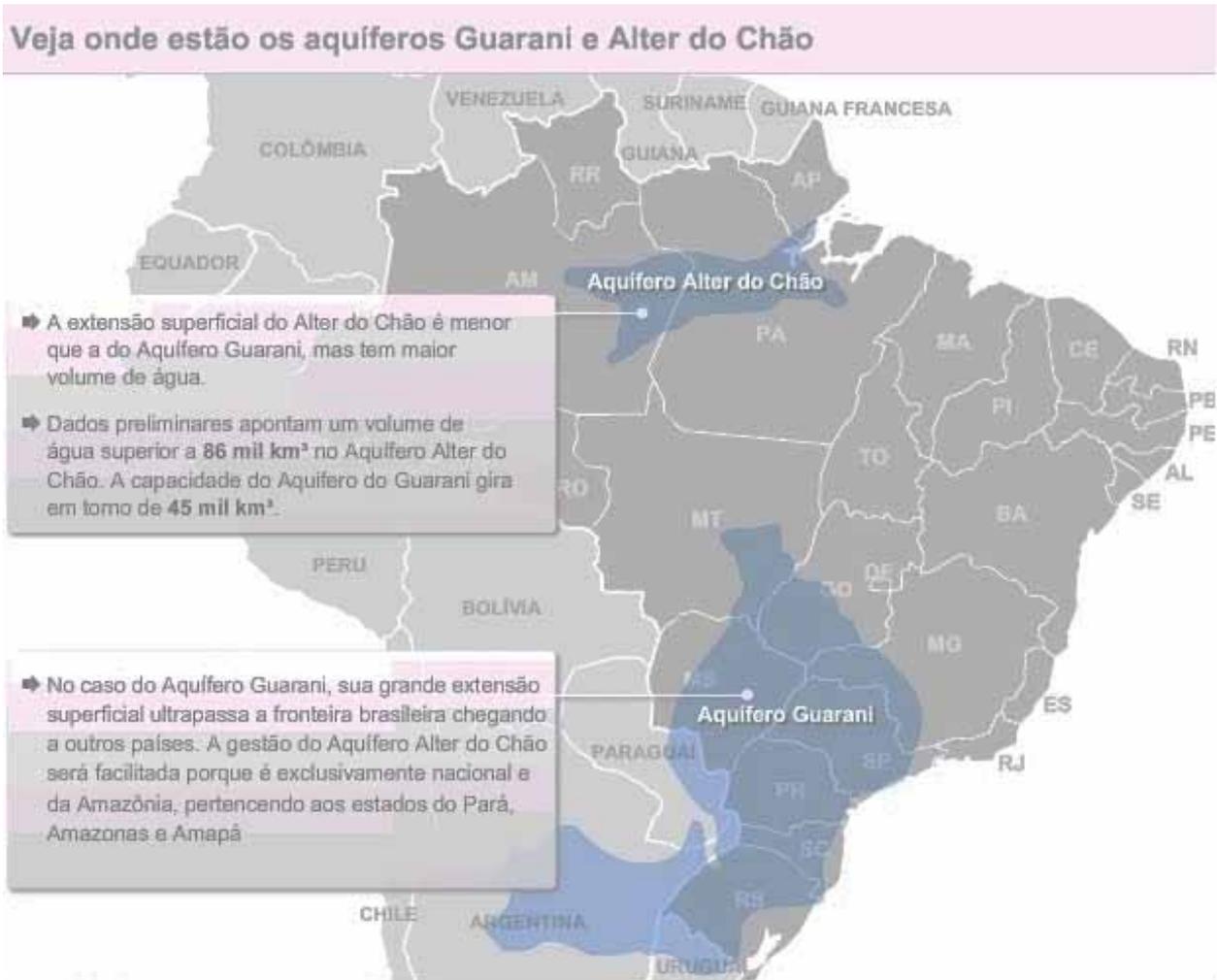
Fonte: www.physicalgeography.net/fundamentals/8b.html

Figura 3: Reservas de água no mundo inteiro



Fonte: <http://wasserwerke-sonneberg.de/v4/wasser/wissenswertes/wasser-weltweit.html>

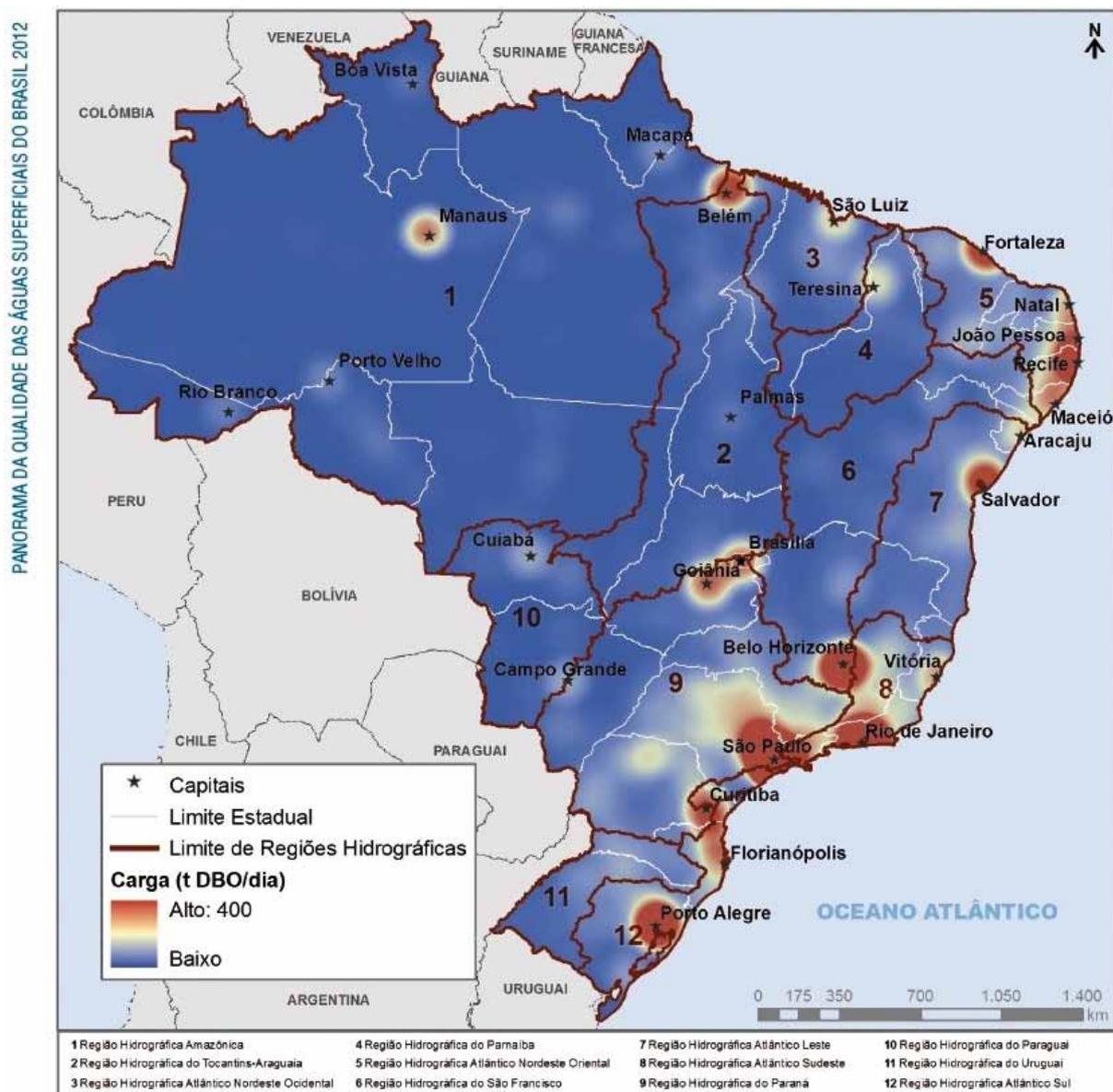
Gráfico 4: Aquíferos no Brasil



Fonte: Faculdade de Geologia/Instituto de Geociências da Universidade Federal do Pará.

Fonte: <http://www.vnews.com.br/noticia.php?id=70222>

Figura 5 - Carga Orgânica Remanescente – 2008



Fonte: PNSB (IBGE, 2008). Adaptação própria.

Figura 73 - Carga Orgânica Remanescente – 2008

Fonte (Figura p. 210): http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/publicacoes/Panorama_Qualidade_Aguas_Superficiais_BR_2012.pdf

AO SINDICATO DOS ADVOGADOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO – SINDAPE

O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos¹.

EMENTA: DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. COMUM ACORDO, ART. 114, § 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, INCONSTITUCIONALIDADES. AFRONTA A PRINCÍPIOS MATERIAIS E PROCEDIMENTAIS. DIGNIDADE DA PESSOA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REQUERIDA PERANTE O ORGÃO LOCAL DE JURISDIÇÃO.

Trata-se de consulta formulada pelo Sindicato dos Advogados do Estado de Pernambuco – SINDAPE, a respeito de Dissídio Coletivo diante da expressão de “comum acordo”, presente no artigo 114, § 2º da Constituição da República, em decorrência da Emenda Constitucional nº 45/2004.

No caso em comento, o pedido de parecer foi formulado com o intuito de esclarecer acerca da constitucionalidade da referida expressão, visto que se trata de norma constitucional derivada, passível de questionamento de sua validade perante o estuário jurídico presente na Carta Magna, levando-se em contra o Dissídio Coletivo de natureza econômica proposto pelo consulente, de nº 0000330-87.2012.5.06.0000, tramitando perante o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região.

Neste sentido, com respeito aos posicionamentos distintos sobre a referida matéria, tem-se o seguinte.

Inicialmente, cabe lembrar que está tramitando Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando a validade da norma presente no artigo 114, § 2º da Constituição da República, ADI nº 3423, com processo de mesma natureza apensos, nºs. 3520, 3392, 3432, passíveis de julgamento final perante o Supremo Tribunal Federal – STF.

O elemento basilar da consulta está assentado no seguinte questionamento: Em face do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, pode-se afirmar que a nova exigência processual contida no artigo 114, parágrafo 2º da Constituição da República, e sua nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ou seja, o “comum acordo” é inconstitucional?

DO ACESSO À JUSTIÇA EM UMA ORDEM JURÍDICA DEMOCRÁTICA X COMUM ACORDO

Nesse sentido, tem-se que o princípio da inafastabilidade está consagrado na ordem jurídica dos Estados democráticos, sendo um direito inarredável ao cidadão e às pessoas jurídicas, que no Brasil está consagrado no artigo 5º, XXXV da Carta Magna, ao definir que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não importa se são empresas ou mesmo entidades sindicais na defesa dos interesses dos seus representados, conforme, inclusive preceitua o artigo 8º, III da mesma carta constitucional, com a seguinte redação:

“Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)-

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

Levando-se em conta o teor das normas constitucionais acima indicadas, é pacífico o fato de pessoas físicas ou jurídicas acessarem os órgãos estatais de solução de conflitos, representado no caso em espécie pela Justiça especializada do Trabalho, da forma mais fácil e célere possível, principalmente em um país onde se observam ainda enormes assimetrias entre as partes envolvidas nos conflitos laborais, até mesmo no ambiente sindical. Isto deverá acontecer em perfeita consonância com o que se considera o acesso à justiça como corolário

¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, tradução, Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1998, pág. 12.

da ordem jurídica justa e em obediência ao princípio político do processo estabelecido na ordem democrática², de se facilitar o acesso às instâncias de solução de controvérsias existentes, públicas ou privadas, como asseveram Cappelletti e Garth:

“Devemos, no entanto, ser cautelosos para que o objetivo de evitar congestionamento não afaste causas que, de fato devam ser julgadas pelos tribunais, tais como, casos que envolvam direitos constitucionais ou a proteção de interesses difusos ou de classe.

(...)

Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças.”³

Nesta esteira, a utilização do termo “comum acordo” existente no artigo 114, § 2º da Constituição da República, decorrente de norma constituinte derivada, possui uma teleologia distinta da facilitação do acesso à justiça nas ordens jurídicas democráticas. Isto porque como fica bem claro, quando define que é “facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica”, a premissa para esta situação é que tenha restada frustrada a tentativa de autocomposição, induzida pelo Estado brasileiro nas normas do artigos 7º, XXVI, 8º, VI da Carta Constitucional e 611 e seguintes da CLT.

Assim, sendo facultado às partes que entabularam ou ao menos tentaram a negociação coletiva, poderão “de comum acordo” propor o dissídio coletivo econômico, condicionando o direito da propositura da ação ou das medidas pertinentes de acesso ao órgão jurisdicional de solução dos conflitos coletivos de trabalho, à concordância do seu “ex adverso”, maculando inteiramente e inicialmente a norma do artigo 5º, XXXV da Constituição da República.

Este limite teórico de acesso ao Poder Judiciário estabelecido por norma constitucional derivada, representa um impedimento prático aos jurisdicionados em “provocar” o Poder Judiciário, quando a matéria que está em conflito possui “natureza econômica”⁴. Logo, ao limitar o direito de acesso ao Poder Judiciário amplamente difundido e expansivamente admitido nas democracias, por situações meramente técnicas e dissonantes da realidade dos fatos e do sistema normativo implementado pela ordem constitucional originária, tem-se a inconstitucionalidade desta norma, como se tem da doutrina de Walber de Moura Agra, a seguir transcrita:

“Apesar disso, em épocas de crise, como a que vivemos, setores sociais defendem que as cláusulas pétreas podem ser alteradas, mormente os direitos adquiridos, pelo Poder Reformador.

Na realidade, o que intentam fazer se configura em um atentado à Constituição, uma fraude constitucional. Depredam o arrimo jurídico do país porque este estorva interesses da classe dominante.

(...)

Tal linha de argumentação se mostra estéril porque desconhece características básicas do Poder Reformador, com a sua limitação, derivação e subordinação, e descuida da diferenciação entre Poder Constituinte e poder constituído⁵”.

E ainda arremata:

“Postulamos que a única forma de haver a ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais é quanto ao Poder Reformador e nunca quanto ao Poder Constituinte Originário porque, se fosse desta forma, quebraria o caráter sistêmico da Constituição. Atuando o Poder reformador na modificação do texto originário, as alterações advindas seriam passíveis de sofrer a incidência do controle de constitucionalidade e expulsas do ordenamento se

2 WAMBIER, Luiz Rodrigues, CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato e TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1, 12.ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pág. 66: “(...) Quanto ao princípio político, pode dizer-se que a estrutura do processo, isto é, das regras disciplinadoras da atividade desenvolvida no processo, deve ser conformada à estrutura política que tenha sido adotada no país. Assim, a normatização processual num Estado de Direito, deve ser coerente com a concepção democrática com que se moldam as estruturas públicas. (...) o princípio político significa que o processo deve ter o máximo rendimento possível, como garantia da sociedade, como o mínimo de sacrifício da liberdade individual.”

3 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Obra citada, pág. 92.

4 BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho, LTR, São Paulo, 2010, pág. 205.

5 AGRA, Walber de Moura, Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000, pág. 201.

fossem taxadas de normas constitucionais inconstitucionais⁶.”

No âmbito específico para a matéria em comento é absoluto o sentido inconstitucional da norma constitucional decorrente de emenda que determinou o “comum acordo” para a propositura do dissídio coletivo, também conforme os seguintes argumentos:

“O comum acordo para a propositura do dissídio coletivo econômico é a negação do direito de ação, subvertendo a clássica disciplina processual pela materialização do contratualismo coletivo, em que naturalmente existem os conflitos de interesse e os sujeitos sociais não podem ser obrigados a acordar (concordar, contratar) para litigar, em decorrência do próprio conflito de interesses para se provocar o Judiciário. Isto é antiético⁷.

(...)

A obediência ao comum acordo do artigo 114, § 2º da Constituição, faz necessário um pré-contrato extrajudicial, um acordo entre as partes que possuem interesses contrapostos para que, juntos, batam às portas deste poder específico do Estado. Ou seja, condiciona o direito de ação de uma das partes à aquiescência do ex adverso, limitando o acesso à jurisdição e a um processo justo⁸.”

Na mesma linha, a universalização do acesso à Justiça das demandas coletivas nas ordens democráticas também amplia a necessidade de ser desconhecida esta limitação procedimental do “comum acordo” para a propositura do dissídio coletivo econômico.

Configurado ou não o direito material antes da sentença normativa, o certo é que uma vez formalizado o mandamento jurisdicional, o seu conteúdo naturalmente substitui o que em seu momento deveria ser formalizado entre os protagonistas iniciais da negociação coletiva. Logo, o resultado da decisão judicial evidencia o direito material do trabalho, basicamente por meio do princípio da adequação setorial negociada, que por sua vez, não poderá ser negado o seu conhecimento ou respectivos procedimentos e conseqüentemente, a decisão.

Neste sentido, tem-se a mais atual doutrina, como segue:

“A incorporação ao processo dos interesses e direitos coletivos e sua estruturação sistemática foram um notável avanço da ciência processual. O alargamento da defesa coletiva, abrangendo direitos individuais (homogêneos) também foi um passo a mais em prol do acesso à Justiça. Essa evolução é o reflexo concreto do princípio da universalização da tutela jurisdicional, ou da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República.

A universalidade da tutela jurisdicional orienta os sistemas processuais como um todo, seja em ordem individual, seja no aspecto coletivo. Nas palavras do Professor Cândido Rangel Dinamarco: “universalizar a jurisdição é endereçá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não jurisdicionizáveis”. Esta busca perene por abrangência o mais próximo possível do absoluto é ínsita à efetividade do direito material e, por corolário, ao pleno acesso à Justiça, pois como bem asseverado por Calamandrei, “todas as liberdades são inúteis se não podem ser reivindicadas e defendidas em Juízo⁹.”

Neste contexto, tem-se a primeira fundamentação sobre a inconstitucionalidade do artigo 114, § 2º da Constituição, ao determinar o “comum acordo” para a propositura de dissídio coletivo de natureza econômica.

DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO X COMUM ACORDO

Sob vários argumentos, principalmente de ordem econômica, foram criados nos últimos anos no Brasil, artifícios que tendem a afastar o Estado-Juiz de suas funções promocionais, de acordo com a legislação específica. No caso trabalhista, têm-se como situações similares o afastamento dos jurisdicionados, presente

6 AGRA, Walber de Moura. Idem, pág. 208.

7 BARROSO, Fábio Túlio. Idem, pág. 206.

8 BARROSO, Fábio Túlio. Ibidem, pág. 207.

9 MAIA, Diogo Campos Medina. Os Direitos Homogeneamente Lesionados e a Tutela Trabalhista. Revista Forum Trabalhista, Belo Horizonte, ano 1, nº 2, setembro/outubro de 2012, pág. 68.

no artigo 625-D, da CLT, decorrente da Lei 9.958/2000 e a propositura do Dissídio Coletivo de natureza econômica de “comum acordo” entre as partes, decorrentes da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004 e a alteração do seu artigo 114, §2º.

Esta última normatização acabou por estabelecer uma situação esdrúxula ao determinar uma autocomposição procedimental, para se solucionar o conflito de ordem material, o que na prática representa um retrocesso no sistema de acesso à jurisdição. Ou seja, o novo teor do artigo 114, § 2º da Constituição da República é norma de ordem constitucional sem concretude nem eficácia, pois “não há sincronia com a realidade econômico-político-social, nem *praxis*, pois não sedimentada sua conduta no cotidiano comportamental dos cidadãos¹⁰.”

Nestes casos são criadas situações formais que senão impedem diretamente o conhecimento e julgamento das ações decorrentes de conflitos de trabalho, criam dificuldades para que as normas de ordem social sejam efetivadas pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, contrário a este artificialismo processual, tem-se como referência o seguinte excerto:

“A denominada relação de instrumentalidade substancial entre o plano material e o plano processual se dá a partir dos elementos de coordenação, instrumentalidade, especificidade e determinação da relação jurídica de direito material processualizada: elementos estes que são condições da ação.

(...) No Estado de Direito jamais se poderá exigir ou se impor espúria e artificialmente condição da ação estranha e *ad extra* à própria pretensão material processualizada, sob pena de violar-se constitucional e inafastável direito à justiça e romper com a instrumentalidade substancial do processo¹¹.”

Esta relação sinérgica entre processo e cidadania, no reconhecimento dos direitos básicos no plano procedimental perante os tribunais, denomina-se instrumentalidade do processo, muito bem argumentado pelo magistrado do trabalho da 6ª Região, Dr. Sérgio Torres Teixeira:

“A etapa contemporânea da doutrina processual, conhecida como fase instrumentalista, manifesta os seus traços característicos mediante duas fórmulas de atuação. Primeiro, a imposição de uma visão crítica acerca da realidade processual, reconhecendo a atual crise e apontando as deficiências do modelo de processo jurisdicional na consecução dos seus escopos. Segundo, a promoção do desenvolvimento de um potencial reformista, no sentido de buscar promover a evolução e conseqüente aperfeiçoamento do sistema processual, almejando atingir real efetividade na concretização do direito do cidadão ao efetivo acesso à justiça. Almeja demonstrar, assim, que somente com a eficiência do modelo de processo jurisdicional será possível proporcionar a eficácia da ordem jurídica, garantindo a todos a inserção em um ordenamento jurídico justo, cujas normas estipulam medidas que promovem a vida harmoniosa na comunidade e asseguram a efetivação dos direitos. Seja pela observância espontânea as regras materiais, seja pela força coercitiva do Estado-Juiz, quando devidamente provocado mediante a propositura de uma ação judicial¹².”

A questão da limitação administrativa para acesso ao judiciário trabalhista do artigo 625-D da CLT foi resolvida pelo STF, por meio da decisão em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI n.º 2139, ao dar interpretação conforme a Constituição da República, sem limites de acesso à justiça do Trabalho.

No caso, não poderá haver impedimento de acesso ao poder Judiciário, com a nítida interpretação de admitir a instrumentalidade do processo, justamente para os jurisdicionados que mais precisam de uma solução justa, rápida e equânime, de acordo com os postulados de cidadania presentes na legislação do trabalho. O limite administrativo para a propositura de ação judicial na seara trabalhista, segundo o STF, está justamente no caso da tentativa de autocomposição decorrente da negociação coletiva, sendo uma limitação de ordem formal, jamais um impedimento e apenas entre os negociadores no âmbito judicial, como se tem do artigo 616, §§ 2º e 4º da CLT. Isto justamente porque o interesse ali presente é de ordem pública:

10 HESSE, Korad, apud, AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição*. Obra citada, pág. 58.

11 CASTELO, Jorge Pinheiro. Comissão de Conciliação Prévia – Filosofia, Ideologia e Interesses Envolvidos na Lei, Institucionalidade, Perplexidades e Situações Específicas – Limitações e Alternativas. Revista LTR, vol. 64, n.º 4, abril de 2000, pág. 448.

12 TEIXEIRA, Sérgio Torres. Inovações Estruturais na Concretização da Tutela Jurisdicional: Novos contornos da Sentença Mandamental Em Face da Últimas Etapas da reforma Processual. Recife: Revista da AMATRA VI, ano VIII, n.º 20, julho de 2004, pág.13.

estabelecer condições de trabalho, em consonância com os dispositivos de ordem constitucional, artigo 1º, II, III, e IV, artigo 3º, III e IV, artigo 7º XXVI e artigo 8º, VI.

Como já foi indicado em publicações anteriores:

“Na esteira legal, especificamente de ordem constitucional, a nova regra subverte a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, por sua evidente consequência flexibilista e precarizadora, e no mesmo momento fomenta o crescimento da pobreza dos trabalhadores, rompendo com o sentido de justiça e liberdade de acesso ao judiciário, não restando dúvida que possui a pecha da inconstitucionalidade, pois, afronta com as normas originárias de natureza imodificável, como os princípios fundamentais do artigo 1º, especialmente os incisos II e IV, com os objetivos da República, artigo 3º, incisos I e III e a garantia fundamental disposta no artigo 5º, XXXV, todos da Constituição¹³.”

Logo, a aceitação do “comum acordo” presente na já citada norma constitucional, como uma condição da ação representa na prática, sob fundamento formal e retórico, um retrocesso ao formalismo do processo, um afastamento do papel social das instâncias trabalhistas, quando deveria, principalmente na sua atual fase, ser instrumento de aplicação de cidadania plena, sobrepondo os princípios e finalidades constitucionais ao mero formalismo casuístico do processo civil, subsidiariamente utilizado para as demandas trabalhistas.

Eis outro fundamento contrário à constitucionalidade do “comum acordo” para a propositura do dissídio coletivo.

DA OBEDIÊNCIA À FORMALIDADE X DIGNIDADE HUMANA

Ainda que pensado como elemento formal válido, o “comum acordo” jamais poderá ser impositivo, no sentido de se exigir uma petição conjunta entre as partes litigantes ou mesmo, por sua falta, o não conhecimento da ação. Como muito, que a outra parte se posicione, utilizando outra prerrogativa constitucional, admitindo o contraditório para o caso sob apreço, fundamentando a sua negativa, sem, jamais, impedir que o jurisdicionado possa bater às portas do Poder Judiciário e não ter resposta para a matéria desta magnitude.

A jurisprudência já entendeu no mesmo sentido, como se tem dos seguintes excertos transcritos:

Processo: 00474-2006-000-03-00-9 DC TRT 3ª Região

Relator: Des. Sebastião Geraldo de Oliveira

Publicação: 25/08/2006

“EMENTA: DISSÍDIO COLETIVO. AJUIZAMENTO SEM A CONCORDÂNCIA DA PARTE CONTRÁRIA (ART.114, 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988). CONSEQUÊNCIA – O disposto pelo artigo 114, § 2º, da Lei Magna, não deve ser interpretado de modo literal e isolado, e sim sob a ótica da interpretação lógica e conjunta do ordenamento jurídico. O que emana do referido dispositivo constitucional é que as partes detêm a faculdade de ajuizar dissídio coletivo em caso de recusa da parte contrária em proceder à negociação coletiva ou à arbitragem ou na hipótese de malogro das tentativas conciliatórias, sob pena de, a se pensar o contrário, dar-se ensejo à violação do direito de ação constitucionalmente garantido (CF, art. 7º, inc. XXXV). Ademais, a participação do suscitado na audiência de conciliação e instrução perante este Tribunal e, bem assim, nas reuniões com o suscitante perante a Delegacia Regional do Trabalho, representa a concordância tácita com o presente dissídio coletivo”.

EMENTA” AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA PARA INSTALAÇÃO DE DISSÍDIO COLETIVO. COMPROVAÇÃO DE TENTATIVAS FRUSTADAS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA ADMINISTRATIVA SEM ÊXITO DE ACORDO. INTRANSIGÊNCIA DO SUSCITADO EM NEGOCIAL. PRESSUPOSTO OBJETIVO PREENCHIDO. Sustenta o suscitado, preliminarmente, a impossibilidade de propositura da presente ação coletiva em função de não ter sido observada a anuência comum aos entes coletivos, consoante prescreve o parágrafo 2º, do artigo 114, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45. A negociação coletiva extrajudicial prévia frustrada (CF, art.114,§2º), conforme documento no feito, bem como a intervenção judicial,

por ocasião da audiência dita administrativa, legitimam a instauração do dissídio, malgrado a alegação de ausência de anuência comum aduzida pelo suscitado. Mantivesse o sindicato patronal a sua postura intransigente de não negociar as cláusulas reivindicadas, bem como de não anuir na instauração da presente ação coletiva, estaria o suscitante obstado no seu direito de recorrer à justiça e consequentemente de fazer valer o preceito insculpido no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que nenhuma lesão ou ameaça de direito poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Preliminar rejeitada por unanimidade. (TRT24ª Região, Tribunal Pleno – Proc. 129-2005-000-24-00 – Relator Designado: Juiz João de Deus Gomes de Souza – DO-MS PJ de 10.11.2005, pag. 27/29)”.
PROCESSO: 00318-2005-000-03-00-7 DC

DATA DE PUBLICAÇÃO: 10/06/2005

ÓRGÃO JULGADOR: SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS COLETIVOS (TRT 3ª REGIÃO)

JUIZ RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO SIFUENTES COSTA

JUIZ REVISOR: DESEMBARGADOR LUIZ OTAVIO LINHARES RENAULT

EMENTA: DISSÍDIO COLETIVO – EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 – DESNECESSIDADE DA ANUÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA PARA O AJUIZAMENTO – A Carta Magna de 1988 é um conjunto de princípios e regras que deve ser analisado de forma harmônica para que se cumpra o seu projeto de Constituição Cidadã, no processo de sedimentação do Estado Democrático de Direito previsto em seu art. 1º, cujo inciso IV erige, como um dos seus fundamentos, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Neste contexto, afirmar-se que a nova regra constitucional (pela inclusão da expressão “comum acordo” no art. 114, §2º) retirou da Justiça do Trabalho o poder de julgar o dissídio coletivo importaria em elastecer ainda mais o abismo existente entre o projeto constitucional e a realidade atual dos fatos. Isto porque tal instituto jurídico tem o papel justamente de, sob os auspícios de um julgamento equitativo, estabilizar os conflitos entre o capital e o trabalho, contribuindo para que os dois fundamentos da República – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – tornem-se compatíveis, ao menos em termos pragmáticos, no conflitos que se apresenta. Também não há como se entender, racionalmente, qual seria o objetivo de transformar a Justiça do Trabalho em mais um árbitro, eis que a norma permite o ajuizamento do dissídio se as partes previamente se recusarem à arbitragem, instituto que, historicamente, constitui forma extrajudicial de decisão de conflitos. De todo modo, a própria expressão “dissídio” não se compactua com o “comum acordo” – onde há conflito de interesses não existe acordo. Por fim, se o legislador constituinte derivado pretendesse, efetivamente, extirpar o poder normativo, deveria tê-lo feito de forma expressa, indene de dúvidas, pois tal mudança repretaria a revisão brusca do referido contexto constitucional regente das relações entre trabalho e capital, culminando, em última análise, na real possibilidade de supressão de todos os direitos conquistados pelas categorias profissionais ao longo de anos de luta, ao mero talante dos sindicatos patronais ao não concordarem com o ajuizamento do dissídio”.

No mesmo ensejo, limitar o acesso ao poder judiciário por fundamento formal processual, é uma afronta ao sentido de cidadania ativa. Isto porque, como se tem matéria de ordem pública fundamental, onde se discutem elementos de dignidade da pessoa, e ainda, como o dissídio é de natureza econômica, presente está o elemento de subsistência inerente ao salário, conforme as suas finalidades decorrentes da norma do art. 7º, IV da Constituição, quando este deverá “atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preserve o poder aquisitivo”.

Na prática, quando se tem um dissídio coletivo de natureza econômica se está discutindo o direito à vida dos trabalhadores, passível de atendimento por todos os seus elementos de dignidade, salvaguardados em um Estado Democrático de Direito, como no caso da Constituição de 1988. Logo, o acesso ao Poder Judiciário, para o caso em espécie, é o corolário da materialização desta cidadania com dignidade plena.

Nesta seara, tem-se a expressão “comum acordo” do indigitado artigo constitucional, que uma vez exigida a sua utilização compulsória, caracteriza uma supressão ao livre direito de ação, consoante a doutrina de Amauri Mascaro Nascimento:

“Assim, não é exorbitante a tese da inconstitucionalidade do afastamento da jurisdição pela EC nº 45, porque não apenas criou uma condição para a ação ou um pressuposto processual, mas indo além, inverteu o direito de ação. A transferência do poder de agir do autor para o réu – que se verifica se o autor depende do consentimento

do réu para acioná-lo – não é nem condição da ação nem pressuposto processual. É supressão do direito de ação do autor e submissão do seu direito à opção do réu. É invalidante, portanto, do livre direito de ação. É o mesmo que negar o direito de ação. Movimentar a jurisdição para a proteção de um direito lesado é o princípio maior¹⁴. São estes outros argumentos que explicitam o vício de inconstitucionalidade da norma presente no art. 114, § 2º da Constituição.

FINALIDADE DO DISSÍDIO COLETIVO X COMUM ACORDO

É absoluto o sentido presente nas normas dos arts. 7º, XXVI e 8º, VI, da Carta Constitucional, ao determinarem em seus sentidos finalistas, que por meio do reconhecimento das Convenções e Acordo Coletivos de Trabalho, se estabeleçam normas que visem a melhoria da condição social dos trabalhadores. Esta situação deverá acontecer necessariamente, por meio das normas autônomas coletivas, cujas entidades sindicais, como interlocutoras e representantes das categorias em conflito, deverão negociar para se chegar a este desiderato da norma constitucional originária e fundamental.

Uma vez frustrada a negociação coletiva, deverão ser buscadas alternativas na própria ordem jurídica para se atender as finalidades constitucionais, visto que o seu objetivo inicial restou frustrado. Não seria crível nem razoável que a emenda à Constituição determine artifício processual que fomente a sucumbência dos trabalhadores diante da negativa do “comum acordo” para a propositura do dissídio coletivo econômico ou mesmo que, em virtude desta negativa procedimental da outra parte, haja o caminho mais tortuoso para a sociedade que é a greve. Neste caso, o acesso à jurisdição trabalhista é o mais comum, mais célere, o mais justo e plenamente incondicionado para as partes que estão em situação de plena desigualdade, tanto material quanto negocial.

O condicionamento ao acesso à jurisdição trabalhista de “comum acordo” também fere a norma constitucional finalista de melhoria da condição social prevista no caput do artigo 7º, visto que, sem a solução jurisdicional os demais caminhos a serem tomados não atendem ao elemento teleológico presente no sistema jurídico laboral, visto que o encaminhamento das demandas desta natureza deverá ser pela solução justa e equânime perante o Poder Judiciário Trabalhista.

Eis outro argumento de inconstitucionalidade da norma constitucional ora debatida.

LIBERDADE SINDICAL X COMUM ACORDO

Observa-se ainda outra afronta à norma constitucional originária na expressão “comum acordo”, presente no art. 114, § 2º da Constituição da República. Isto porque o art. 8º, I e III da norma ápice determina que :

“I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; (destaques)
(...)-

III- ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas;

Nesse caso, observado que a norma deverá ser entendida no seu aspecto sistemático, não caberá ao Poder Público, por qualquer norma ou forma, confrontar o teor do preceito constitucional originário, de não ingerência nas atividades das entidades sindicais, pois este representa o corolário do arquétipo de liberdade sindical existente no país.

É cediço que o modelo de liberdade sindical brasileiro não está coadunado com o paradigma internacional sobre a matéria presente na Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Contudo, alguns dos seus postulados foram silentemente admitidos na sistemática normativa e em especial no estuário normativo constitucional. Como se vê, justamente na impossibilidade de norma interventiva nas atividades representativas das entidades sindicais, sendo uma delas a de representar, autonomamente, sem ingerências, os interesses das respectivas categorias perante os órgãos administrativos e jurisdicionais.

Pensar ou agir de forma distinta do que se tem nos preceitos normativos da carta magna é ferir

o princípio da liberdade sindical, consagrado na mais valorosa carta de respeito à dignidade humana, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU, em especial os seus arts. II, X, XXIII e XXV e seguido pelo sistema normativo constitucional originário do país.

Desta forma, não poderá nenhuma norma, seja material ou procedimental, adentrar nas funções sindicais presentes nos postulados constitucionais de natureza fundamental, ainda que restritos sejam. Assim, o “comum acordo” acaba por sua ingerência do Poder Público nas ações e funções sindicais, em plena dissonância com as normas dos incisos I, III e, também, VI do art. 8º da carta magna, além do aspecto finalístico presente no caput do seu art. 7º, complementado pelo seu inciso XXVI.

DA IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA PÉTREA

Cabe ainda registrar uma outra afronta à constitucionalidade da norma presente no art. 114, § 2º da Carta Constitucional.

Como se sabe, o art. 60, § 4º, IV da Constituição da república impede que haja emenda ao seu texto, quando presentes direitos e garantias individuais. Nesse sentido, é correta a assertiva a seguir transcrita, coadunando-se sistematicamente com os demais fundamentos acerca da inconstitucionalidade sobre o “comum acordo” para a propositura do dissídio coletivo de natureza econômica:

“A garantia individual não poderá estar restrita apenas ao direito subjetivo de pessoas físicas provocarem o judiciário, pois o sentido finalístico presente na norma, que caracteriza inclusive o atual momento de compreensão das regras constitucionais, o neoconstitucionalismo, é o que não poderá haver óbice ao acesso à jurisdição por ser garantia fundamental, seja para as ações individuais, seja para as ações coletivas. Além do mais, a vedação do acesso à jurisdição à entidades de classe, necessariamente atinge as garantias individuais e fundamentais dos trabalhadores, que vêm nos seus respectivos sindicatos agentes que proporcionam a consecução da finalidade prevista na norma do caput do artigo 7º da Constituição¹⁵.”

DA INCOMPATIBILIDADE DA LIMITAÇÃO AO ACESSO À JURISDIÇÃO COM O CONTEÚDO MAIOR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45

Por fim, não bastassem os argumentos supra, tem-se que a Emenda Constitucional nº 45, conhecida como de reforma do Judiciário, se notabilizou por ser instrumento de expansão do acesso ao Judiciário, com o intuito de democratizar o acesso à Justiça e uma ordem jurídica justa¹⁶.

Assim, o atendimento formal e literal do “comum acordo” para a propositura do dissídio coletivo econômico está em absoluto desacordo com a proposta de propiciar perante a sociedade brasileira um Poder Judiciário amplo, célere, itinerante e cidadão, pois nada mais antidemocrático do que negar o direito de se buscar uma solução justa, decorrente da discussão sobre a implementação de direitos fundamentais, fulcrado apenas no apego ao formalismo jurídico, decorrente de codificação normativa derivada e sem uso para o caso em apreço, pois assim se estaria desconsiderando toda a estrutura normativa do Estado democrático de Direito, alicerçado na Constituição Cidadã.

Dessa forma, há discrepância absoluta entre a limitação técnica e o impedimento prático de acesso ao Poder Judiciário presente no art. 114, § 2º da Constituição da República e todo o seu elemento teleológico presente na Emenda Constitucional nº 45 que lhe pôs em vigor, pois esta pretendia ampliar o acesso a ordem jurídica justa e o “comum acordo” impede o atendimento a estas finalidades.

DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – PROPOSIÇÃO

Por fim, cabe enfrentar o tema de forma propositiva, vislumbrando a admissão de dissídios coletivos econômicos, que uma vez inadmitidos em função de não haver o “comum acordo”, leva milhares ou milhões de trabalhadores do Brasil a não terem perspectivas de melhoria da sua condição de vida, com fundamento nos artigos constitucionais acima transcritos.

Diante da possibilidade de os Tribunais exercerem o controle difuso de constitucionalidade “(...) em seu pedido inicial ou em momento posterior, a declaração incidental de inconstitucionalidade de

15 BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho. Obra citada, pag. 208.

16 BARROSO, Fábio Túlio. Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho. Obra citada, pag. 67.

uma norma, para que não tenha de se sujeitar a seus efeitos¹⁷, quando presentes situações flagrantes e de necessários pronunciamentos, entende-se a possibilidade do seu requerimento com supedâneo no art. 97 da Constituição da República.

Logo, o consulente poderá requerer que seja declarada a inconstitucionalidade da norma prevista no art. 114, § 2º da Carta Magna, nos autos do Dissídio Coletivo de nº 0000330-87.2012.5.06.0000, tramitando perante o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, como medida prática que poderá lhe assegurar o julgamento do seu objeto principal.

CONCLUSÃO

Diante dos argumentos apresentados acima, o entendimento é da plena inconstitucionalidade da norma presente no artigo 114, § 2º da Constituição da República, em sua nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, em que se exige o “comum acordo” para a propositura do dissídio coletivo de natureza econômica.

Este é o parecer, salvo melhor juízo.

Recife, 28 de novembro de 2012.

FABIO TÚLIO BARROSO

Advogado - OAB/PE nº 15.035.

Presidente da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho – APDT.

Pós-Doutor em Direito pela *Universidad de Granada*, Espanha.

Doutor em Direito pela *Universidad de Deusto*, Espanha.

Especialista em Direito do Trabalho, UNICAP.

Professor Universitário: FDR-UFPE (Graduação, Mestrado e Doutorado), UNICAP (Graduação e Mestrado), FACIPE (Graduação).

Professor da Especialização em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho da ESMATRA VI.

17 BARROSO, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 4ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 90.

MODELO DE INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO SOCIAL DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Pelo presente instrumento particular de contrato social de constituição de sociedade de advogados, os sócios a seguir qualificados, (_____), (nacionalidade), (estado civil completo), **OAB/PE** (_____), inscrito no CPF/MF sob o n.º (_____), residente e domiciliado à Rua (_____), n.º (____), apto. (____), no bairro de (____), município de (____), Estado de Pernambuco, CEP: (____) e (____), (nacionalidade), (estado civil completo), **OAB/PE** (_____), inscrito no CPF/MF sob o n.º (_____), residente e domiciliado à Rua (_____), n.º (____), apto. (____), no bairro de (____), município de (____), Estado de Pernambuco, CEP: (____), decidem e resolvem constituir a sociedade de advogados (_____), tudo em conformidade com o disposto nos Provimentos de n.ºs 112/2006 e 147/2012, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, inciso V, da Lei 8.906 de 04 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB), com fulcro nos arts. 15 a 17 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), e nos arts. 37 a 43 do Regulamento Geral e nas disposições da Legislação Civil em vigor, bem como o disposto nos artigos 1.052 e seguintes da Lei 10.406/2002, e de acordo com as condições contidas nos itens abaixo, as quais, mutuamente, aceitam, outorgam e pactuam, obrigando-se a cumpri-las em sua integralidade, por si ou por seus herdeiros e sucessores a qualquer título.

I – DO OBJETO DA SOCIEDADE:

Cláusula Primeira: A sociedade tem por objeto o exercício da advocacia, mediante a colaboração profissional recíproca dos sócios e dos advogados que vierem a se associar, a disciplina do expediente e dos resultados patrimoniais auferidos na prestação dos serviços advocatícios, em todas as áreas do direito, no âmbito consultivo e contencioso, sendo que tais serviços serão prestados unicamente pelos profissionais que a integram, ou, excepcionalmente, por parceiros autorizados contratualmente.

II – DA NATUREZA JURÍDICA E DA RAZÃO SOCIAL

Cláusula segunda: A sociedade simples de advogados denomina-se (_____), podendo ser tal denominação alterada somente por decisão da maioria dos sócios quotistas, a qualquer tempo.

Parágrafo único: Em caso de falecimento ou retirada de sócio que tenha lhe dado nome, a sociedade obrigatoriamente procederá à mudança de sua razão social. Em caso de falecimento de sócio e ingresso de respectivo herdeiro com o mesmo nome ou sobrenome, poderá o nome da sociedade ser mantido.

III – DA SEDE, DO PRAZO DE DURAÇÃO E DA ABERTURA DE FILIAL

Cláusula Terceira: A sociedade tem sede e foro jurídico neste município de (_____), Estado de Pernambuco, na Av. (_____), n.º (_____), (____)º andar, no bairro de (_____), CEP: (_____), sendo o seu prazo indeterminado.

Parágrafo único: A sociedade poderá abrir filial em outras Comarcas e Estados, dependendo o ato de criação de filiais de decisão unânime dos sócios, mediante registro dos atos na Seccional da OAB correspondente.

IV - DO CAPITAL SOCIAL E DOS SÓCIOS

Cláusula Quarta: O capital social da sociedade é de R\$ (_____) (____) reais), divididos em (____) (____) quotas no valor de R\$ (_____) (____) reais) cada, subscritos e integralizados, pelos sócios patrimoniais, na sua totalidade, em moeda corrente nacional, distribuídas entre os sócios da seguinte forma:

Nome	Percentual de participação	Número de quotas patrimoniais	Número total de quotas sociais	Valor (em R\$)
TOTAIS	100%			

Parágrafo primeiro: O corpo social é composto somente de sócios patrimoniais. Todos os sócios devem contribuir com seu trabalho profissional para a realização dos objetivos sociais.

Parágrafo segundo: Todos os sócios têm os mesmos direitos e obrigações, exceto no que toca à contribuição pecuniária para a constituição do capital social, caso seja criada a categoria de “sócio de serviço”, que é exclusiva dos sócios patrimoniais, bem como à sua contrapartida, que é o direito a receber seus haveres no momento do desligamento da sociedade, avaliados com base no seu acervo, calculados conforme estabelecido adiante, também exclusivo dos sócios patrimoniais.

V – DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

E DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE

Cláusula Quinta: Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer, sendo eles solidariamente responsáveis pelas obrigações que a sociedade contrair perante terceiros, limitadamente aos atos e obrigações de que efetivamente participarem.

Parágrafo primeiro: São expressamente vedados, sendo nulos e inoperantes com relação à sociedade, os atos de qualquer dos sócios, procuradores ou prepostos, que se caracterizem por operações estranhas ao objeto social.

Parágrafo segundo: A sociedade será administrada isolada e individualmente pelos sócios (_____) e (_____), já devidamente qualificados no preâmbulo do presente instrumento, os quais com a designação genérica de sócio administrador, empossados neste ato e dispensados de prestar caução, farão uso da denominação social, podendo representar a sociedade ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, perante repartições públicas federais, estaduais e municipais, autarquias, sociedades mistas e fundações, podendo abrir, movimentar e fechar contas bancárias, emitir e endossar cheques, promissórias e duplicatas e alienar bens móveis até o valor de R\$ (_____) (_____ mil reais).

Parágrafo terceiro: Para aquisição e/ou alienação de bens imóveis ou móveis de valor superior a R\$ (_____) (_____ mil reais), será exigida a autorização da maioria do capital social.

Parágrafo quarto: No caso de impedimento de sócio administrador, a sociedade será gerida e administrada através de sócio quotista, que agirá, também em conjunto, com o outro sócio administrador, não podendo alienar sob qualquer forma bens imóveis da sociedade até que o sócio administrador seja legalmente substituído.

Parágrafo quinto: O(s) sócio(s) administrador(es) pode(m)(rão) ser substituído(s) do exercício de suas funções e os poderes a ele(s) atribuídos poderão ser revogados a qualquer tempo, desde que decidido pela maioria do capital social.

Parágrafo sexto: O(s) sócio(s) administrador(es) pode(m) delegar funções próprias da administração operacional a profissionais contratados para esse fim.

VI - DO EXERCÍCIO SOCIAL, DO *PRO LABORE* E DOS HONORÁRIOS

Cláusula sexta: O exercício social coincide com o ano civil, iniciando-se, portanto, no dia 1º (primeiro) de janeiro, e terminando no dia 31 (trinta e um) de dezembro, de cada ano.

Parágrafo primeiro: O balanço geral da sociedade será levantado anualmente, no dia 31 (trinta e um) de dezembro, devendo estar formalmente concluído no prazo assinado pela legislação de regência. O lucro nele apurado será distribuído entre os sócios conforme deliberação dos sócios majoritários.

Parágrafo segundo: A sociedade poderá fazer antecipação aos sócios, por conta do resultado final do exercício.

Parágrafo terceiro: A sociedade poderá distribuir lucros mensalmente e de maneira desproporcional à participação no capital social, mediante levantamento de balanço mensal e DRE – demonstração de resultado de exercício.

Parágrafo quarto: Os sócios (_____) e (_____) perceberão, a título de *pro labore*, (____) (____) salários-mínimos mensais, e o sócio (_____) perceberá o *pro labore* mensal de (____) (____) salários-mínimos.

Parágrafo quinto: A distribuição dos lucros se dará observados os seguintes critérios:

- a) tempo de formatura;
- b) *status* universitário (mestrados, doutoramentos, pós-graduações, especializações, cátedras universitárias, colação de grau em outros cursos de nível superior, etc.);
- c) renome profissional, publicações, palestras, premiações;
- d) relação pessoal com o cliente (captação/prospecção) e gerenciamento de “conta/cliente”;
- e) criação de teses jurídicas;
- f) atuação em processos contenciosos judiciais e extrajudiciais e procedimentos consultivos;
- g) exercício de função pública ou cargo público.

VII – DO BALANÇO SOCIAL, BALANCETES E FUNDOS DE RESERVA

Cláusula sétima: Ao término de cada exercício, será levantado um balanço geral e elaborada uma demonstração de conta de perdas e lucros, para a verificação dos resultados. Afora isso, a sociedade elaborará mensalmente um balancete para apuração dos resultados parciais do exercício.

VIII – DA CESSÃO DE QUOTAS

Cláusula oitava: Aos sócios é reservado o direito de preferência na aquisição de quotas sociais.

Parágrafo primeiro: O sócio que desejar ceder ou transferir total ou parcialmente suas quotas sociais deverá notificar os sócios remanescentes de sua intenção, especificando a quantidade, valor e forma de pagamento, bem como o nome do eventual interessado, que deverá atender à qualificação de advogado regularmente inscrito na OAB.

Parágrafo segundo: Em prazo subsequente de 30 (trinta) dias da efetivação da notificação do último sócio, os sócios remanescentes deverão manifestar expressamente se desejam exercer seu direito de preferência e/ou se possuem alguma restrição ao ingresso do eventual interessado na sociedade.

Parágrafo terceiro: Inocorrendo o exercício do direito de preferência por parte dos sócios remanescentes sobre a totalidade ou parte das quotas sociais ofertadas e não havendo restrição, pelos demais sócios, ao

ingresso do eventual interessado na sociedade, o sócio ofertante poderá alienar as quotas sobre as quais não tenham recaído o direito de preferência ao terceiro interessado, nas mesmas condições em que tenha ofertado aos sócios remanescentes.

Parágrafo quarto: Em caso de mais de um sócio remanescente manifestar, tempestivamente, interesse na aquisição na oferta prevista neste artigo, terá preferência aquele que possuir maior número de quotas sociais; no caso de empate, as quotas ofertadas serão distribuídas proporcionalmente.

Parágrafo quinto: A admissão de novo sócio dependerá da concordância da maioria do capital social.

IX – DO FALECIMENTO, DA EXCLUSÃO E RETIRADA DE SÓCIO

Cláusula nona: Sobrevindo a retirada, a incapacidade/interdição e a incompatibilidade permanente para advocacia, a renúncia, a exclusão ou o falecimento do sócio, a sociedade se extinguirá, salvo na hipótese de substituição, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar do evento que ensejou a extinção da sociedade.

Parágrafo primeiro: Nos casos previstos nesta cláusula, serão apurados os haveres, pelo sócio remanescente, com vistas ao pagamento da quota social devida ao sócio retirante ou seus herdeiros, de acordo com o balanço especialmente levantado na data do evento que ensejou o desligamento, cabendo ao retirante, interdito, excluído, incompatível permanente para a advocacia, renunciante, excluído ou aos herdeiros do falecido, após a compensação dos custos e despesas a serem liquidadas, de todo o patrimônio apurado. O que for apurado será pago, após a compensação dos custos e despesas a serem liquidadas, em proporção equivalente à sua participação na sociedade.

Parágrafo segundo: Nas hipóteses acima previstas, os honorários pendentes serão considerados da seguinte forma:

1. As receitas mensais provenientes da advocacia de partido, do atendimento a clientes por meio de consultas ou hora técnica devem ser consideradas nessa apuração até a data em que ocorrer o evento/hipótese, não sendo devidas as que se vencerem daí por diante, ainda que se refiram a um cliente pessoal;
2. As receitas decorrentes de honorários judiciais serão pagas ao retirante, interdito, excluído, incompatível permanente para a advocacia, renunciante, excluído ou aos herdeiros do falecido, na medida em que forem recebidos pela sociedade;
3. Os contratos em que foram ajustados honorários de risco (cujo recebimento fica condicionado ao sucesso da demanda) deverão ser incluídos no cálculo dos haveres, como direito de crédito eventual, só ocorrendo seu pagamento quando a sociedade efetivamente os receber.

Parágrafo terceiro: O(s) herdeiro(s), e no caso de não exercício destes, os parentes até o segundo grau, ao seu critério exclusivo, desde que atendidas as exigências de inscrição na OAB e de ausência de proibição legal, poderá(ã) ou ingressar na sociedade em substituição ao sócio falecido, sem pagamento dos respectivos haveres, ou, receber os haveres.

Parágrafo quarto: A exclusão de sócio deve ser deliberada pela maioria do capital social, mediante alteração contratual, desde que observados os termos e condições expressamente previstos no contrato social. O pedido de registro e arquivamento de alteração contratual, envolvendo exclusão de sócio deve estar instruído com a prova prévia da comunicação feita pessoalmente ao interessado ou, na sua impossibilidade, por declaração certificada por oficial de registro de títulos e documentos.

X – DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA AUTÔNOMA

Cláusula dez: Fica veementemente proibido o exercício da advocacia de forma autônoma, não sendo possível auferir os honorários daí provenientes como receita pessoal.

XI – DA DISSOLUÇÃO E DA LIQUIDAÇÃO

Cláusula onze: Deliberando os sócios pela dissolução da sociedade, uma vez apurado o ativo e o passivo social e pagas todas as dívidas, será promovida a repartição do patrimônio que porventura restar entre os sócios quotistas, na proporção da participação de suas respectivas quotas.

XII – DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS

Cláusula doze: As deliberações sociais, mesmo que impliquem modificação do presente contrato, serão tomadas por maioria do capital social, salvo as relativas a direito individual de sócio, que não poderão ocorrer sem o seu consentimento expresso.

Parágrafo único: As alterações contratuais tomadas por deliberação majoritária serão assinadas por tantos sócios quanto bastem para caracterizá-la.

XIII – DA AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE

Cláusula treze: Os sócios declaram que não exercem nenhum cargo ou função incompatível com a advocacia ou que gere impedimento para seu exercício na consecução dos objetivos sociais, que não participam de outra sociedade registrada no mesmo Conselho Seccional e que não estão incurso(s) em nenhum dos crimes que os impediria de participar de sociedades.

Obs: Em caso de existir impedimento ou incompatibilidade com a advocacia, acrescer ou substituir a cláusula acima:

Parágrafo único: Em face do impedimento/incompatibilidade previsto(a) no artigo (____), inciso (____) do Estatuto da OAB, decorrente do exercício da função de (*informar o cargo exercido*) e, enquanto perdurar o mesmo, o(s) sócio(s) (*Nome/s do/s sócio/s*) não advogará(ão) e nem participará(ão) dos honorários recebidos pela sociedade por resultados de ações ou serviços contra as pessoas de direito público em geral, bem como nos processos judiciais ou extrajudiciais que tenham relação direta ou indireta com as funções de seu cargo e do poder público a que serve(m). Declara(m) também que não participa(m) de nenhuma outra Sociedade de Advogados no âmbito desta Seccional e que não está(ão) incurso(s) em nenhum dos crimes previstos em Lei, que o(s) impeça de participar de Sociedade de Advogados.

XIV – DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Cláusula quatorze: Todas as controvérsias decorrentes deste instrumento, bem como quaisquer violações de suas disposições, deverão ser amigavelmente solucionadas por meio de acordo entre as partes, de boa-fé, dentro do prazo máximo de 10 (dez) dias, mediante submissão da controvérsia ao representante legal da outra parte. Não havendo acordo, a parte interessada deverá solicitar que a controvérsia seja resolvida por arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/96 e do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB/PE, inclusive sua Tabela de Custas e Tabela de Honorários de Árbitros, admitindo-se, expressamente, a forma de nomeação de Árbitro (s) prevista no aludido Regulamento, o trâmite do procedimento à revelia, assim como todas suas demais disposições e especificidades, que se reputam como integrantes da presente cláusula.

E por estarem justos e acordados, todos os sócios acima qualificados assinam o presente instrumento particular de contrato de constituição da sociedade de advogados (_____) em 03 (três) vias de igual teor e forma, para os mesmos fins legais e jurídicos, na presença das 02 (duas) testemunhas abaixo assinadas.

(_____) /PE, (__) de (____) de (____).

(Nome completo de todos os sócios e indicação do número da OAB)

TESTEMUNHAS:

1. _____ 2. _____

NOME:

NOME:

CPF/MF:

CPF/MF:

Autores:

- *Arnaldo de Lima Borges Neto*

Advogado. Diplomado pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Bacharel em Administração pela Universidade de Pernambuco – UPE/FCAP. Pós-graduado LL.M. Direito Corporativo pelo IBMEC. Vice-Presidente da Comissão de Sociedade de Advogados – CSA da OAB/PE. Membro das Comissões de Direito do Consumidor (CDC) e de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CCMA) da OAB/PE. Membro do Conselho Diretor da Câmara de Conciliação e Arbitragem da OAB/PE.

- *Ivo Tinô do Amaral Júnior*

Advogado. Diplomado pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pós-graduado pela Fundação Dom Cabral no PDD – Programa de Desenvolvimento de Dirigentes. Pós-graduado LL.M. Direito Corporativo pelo IBMEC. Conselheiro Estadual da OAB/PE e Presidente da Comissão de Sociedade de Advogados da OAB/PE.

DISCURSO DO EX-PRESIDENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL / SECCIONAL PERNAMBUCO, HENRIQUE MARIANO, NA SOLENIDADE DE POSSE DO NOVO PRESIDENTE, PEDRO HENRIQUE REYNALDO ALVES, PARA O TRIÊNIO 2010 – 2012.

Em janeiro de 2010, tive a honra de assumir a Presidência da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Pernambuco, para o triênio 2010 – 2012.

No desempenho das minhas funções como Presidente, contei com a inestimável colaboração de várias pessoas, sem as quais não teria conseguido executar os projetos institucionais desenvolvidos, todos voltados para a defesa dos legítimos interesses corporativos dos advogados e à proteção do exercício da cidadania. Por essa razão, essa solenidade é, para mim, um momento de profundo agradecimento a todos que contribuíram para a nossa gestão.

Primeiramente, agradeço a minha família, minha esposa Eliane e minha filha Maria Cecília por todo amor, compreensão, incentivo e motivação. O exercício da presidência de uma Entidade tão grandiosa como OAB não poder ser concebido como um projeto unipessoal. Ele tem que está conjugado com a cumplicidade do seu núcleo familiar. A vocês duas minha gratidão por me proporcionarem equilíbrio e paz de espírito, requisitos indispensáveis para o exercício de uma função de tamanha responsabilidade, como a que é inerente à Presidência da OAB.

Agradeço imensamente aos Diretores, Conselheiros estaduais e federais, membros de comissões, Presidentes de Subseccionais, Dirigentes da CAAPE e da ESA e aos funcionários da Casa.

Não poderia ter sido mais feliz com a escolha dos integrantes da minha Diretoria, com a qual compartilhei nos últimos 03 (três) anos alegrias, tristezas, sonhos, projetos, realizações e preocupações. Sou verdadeiramente grato a cada um de vocês, Catarina Oliveira, Vice Presidente, Pelópidas Neto, Secretário Geral, Hebron Cruz de Oliveira, Diretor Financeiro, Bruno Baptista e Leonardo Coelho, Secretário Geral Adjunto. O meu sentimento de gratidão é proporcional à admiração e à verdadeira amizade que hoje nos une. Sei que estaremos juntos sempre e que os nossos vínculos são inquebrantáveis. Valerão por toda a nossa vida !

Além dos desafios e preocupações diárias, próprias do exercício da função, a Presidência me proporcionou uma agradável e admirável convivência com os integrantes do Conselho e membros das comissões. Trabalhamos duro e muito nos últimos 03 (três) anos, dentro de um ambiente de respeito e de colaboração recíproca. Durante a nossa gestão, procurei fazer um trabalho plural, participativo, valorizando a meritocracia, e por conseguinte, àqueles que verdadeiramente trabalharam e trabalham, destacando e publicizando as atividades individuais e coletivas daqueles que se empenharam nas suas respectivas atividades. Talvez seja por isso que chegamos ao final da nossa gestão, com a aprovação por parte do Conselho Pleno, quase sempre a unanimidade, de todas as proposições apresentadas por nossa Diretoria nas sessões ordinárias. Muito obrigado a cada um de vocês!

Viajei muito pelo interior do estado de PE, mais de 31.000km. Conheci a realidade e os anseios do povo de Pernambuco e dos colegas advogados do nosso estado. Eles precisam da OAB/PE. O advogado com atividade profissional no meu querido Sertão do Pajeú, por exemplo, paga o mesmo valor da anuidade que pagamos em Recife. Portanto, a sua Entidade de classe tem o dever e a obrigação de assisti-lo, sem nenhuma distinção. Por essa razão, não medimos esforços para aprimorar a interiorização dos projetos institucionais da OAB, levando aos colegas do interior cursos de pós-graduação, caravana do processo eletrônico, caravana das prerrogativas, instalação dos centros de inclusão digital nas 24 subseccionais, cursos de oratória, seminários jurídicos, cursos tele presenciais via satélite, dentre outros projetos realizados.

Ademais, reformamos e inauguramos novas sedes da OAB/PE nas subseccionais de Petrolina, Palmares, Barreiros, Limoeiro, Caruaru, Salgueiro, Jaboatão dos Guararapes e Paulista, além de instalarmos inúmeras salas de advogados em diversos fóruns da justiça comum, federal e nas varas da justiça do trabalho.

A Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Pernambuco implementou uma política institucional contra um dos principais males que atingem a advocacia brasileira: o aviltamento dos honorários sucumbenciais, direito expressamente consagrado no artigo 23 do Estatuto da Advocacia. A OAB/PE passou a intervir na condição de Assistente Simples, modalidade de intervenção de terceiros, na defesa dos advogados, auxiliando-os com a apresentação de defesa, interposição de recursos, formulação de sustentação oral, enfim, com todos os atos processuais necessários à defesa dos legítimos interesses e direitos dos advogados, insurgindo-

se contra a fixação de honorários módicos, aviltantes, incompatíveis com o zelo, a qualidade e a efetiva prestação profissional dos advogados.

Para nossa satisfação, a campanha de Combate ao Aviltamento dos Honorários Advocatícios lançada pela seccional pernambucana foi nacionalizada pelo Conselho Federal quando da Conferência Nacional dos Advogados realizada na cidade de Curitiba no mês de novembro de 2011, levando-a a todas as Seccionais da OAB(s) do País.

Ressalto um fato importante. Sem a efetiva participação e empenho dos Presidentes de Subseccionais torna-se impossível a OAB/PE atingir o seu desiderato, no sentido de interiorizar as suas atividades. Desse modo, apresento a todos os 24 Presidentes o meu agradecimento e gratidão pelo proficiente trabalho. Vocês representam a voz e as expectativas dos colegas interioranos, daí a relevância de todos na estrutura política e administrativa da Ordem. Peço vênica a todos os Presidentes de Subseccionais, para homenageá-los na memória do Presidente de Limoeiro, Marcone Santana, que precocemente nos deixou no ano passado.

O Poder Judiciário de Pernambuco, o Ministério Público e a Defensoria Pública do estado foram importantes parceiros na nossa gestão. Por certo, estivemos em alguns momentos em posições opostas. Todavia, nunca é demais lembrar que o antagonismo de ideias é a base da democracia e do estado democrático de direito. No entanto, nunca nos faltou nas nossas relações institucionais a lealdade e a transparência. A título meramente exemplificativo, lembro-me do incondicional apoio recebido de todas as esferas do Judiciário pernambucano e do MPPE ao inédito projeto lançado pela OAB/PE contra o lobby no Judiciário, que se constituiu em uma campanha de valorização da advocacia no sentido de combater o tráfico de influência no exercício da atividade jurisdicional. **“Jurisdicionado, seu direito não precisa de atravessador. Precisa de advogado!”** O lema da nossa campanha teve como eixo central o combate a atuação daqueles que promovem o tráfico de influência no Judiciário, denominados atravessadores. Essa maléfica e perniciosa prática avilta a dignidade dos advogados éticos e ilude os jurisdicionados com promessas vãs de um sucesso judicial que, quando se evidencia, é efêmero, por não resistir a uma revisão pela instância superior.

O Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, tanto na gestão do Des. José Fernandes de Lemos, como do atual Presidente Jovaldo Nunes, atendeu a várias proposições da OAB, seja editando provimentos suspendendo os prazos processuais nos recessos forenses, seja orientado os magistrados a fixar os honorários advocatícios em favor do advogados dativos, dentre outras ações.

Agradeço imensamente à imprensa pernambucana. Nunca nos faltou, seja concedendo espaços de destaque no apoio das nossas ações institucionais na defesa dos advogados e da sociedade, como por exemplo, o projeto Vote Limpo, desenvolvido em parceria com a Arquidiocese de Olinda e Recife e a Universidade Católica, onde defendemos nas eleições de 2010 e 2012 a efetivação dos requisitos elegibilidade estabelecidos na Lei Complementar n. 135, Lei da Ficha Limpa; a nossa luta em defesa da manutenção das prerrogativas do CNJ; a campanha nacional deflagrada pela OAB/PE na defesa firme do povo nordestino contra os atos insanos e vergonhosos de xenofobia perpetrados nas redes sociais, culminando com a primeira condenação judicial pela prática do crime de racismo cometido no twitter e facebook; a nossa defesa em favor da manutenção do exame de ordem; e tantos outros exemplos.

Meu Presidente Ophir Cavalcanti. Muito obrigado por tudo! Por sua ilimitada confiança, demonstrada em várias oportunidades ao logo da sua e da nossa gestão, sempre destacando os nossos conselheiros federais e a própria seccional para desempenhar funções ou relatorias de grande responsabilidade e de repercussão nacional.

Presidente Pedro Henrique. É grande a minha satisfação de ser sucedido por você, eleito Presidente com o maior percentual de votação de todas as seccionais brasileiras onde houve disputa de chapas. Você liderará a nossa Ordem na companhia de pessoas de grande valor e dimensão, Adriana Rocha, Silvio Pessoa Júnior, Bruno Baptista e Fernando Jardim. Todos advogados de escol, militantes, com acentuado espírito público.

Tenho plena convicção de que vocês farão uma memorável gestão, porquanto como você Pedro Henrique, com muita propriedade, sempre ressalta, a OAB é uma obra inacabada, onde cada um que por lá passa, dá o seu contributo, para a construção da história de uma das Entidades de maior expressão do Brasil, porquanto a sua voz, as suas manifestações, são ouvidas e consideradas por todos, advogados ou não.

No ano passado, comemoramos 80 anos da nossa seccional. Naquela oportunidade, fizemos questão de homenagear todos os ex-Presidentes, que ao seu modo e estilo pessoal, deram relevantes contribuições para a bela e emocionante história da nossa Entidade pernambucana. Sinto-me tranquilo e feliz em constatar que o nosso grupo político hoje é maior do que em 2009. O retorno de valorosos amigos e advogados que

em outrora participaram da nossa Ordem, representa, sim, a demonstração de que essa Entidade é de todos aqueles que desejam servir a sua classe e à sociedade. A Ordem não é patrimônio individual de quem quer que seja. A OAB pertence aos mais de 32.000 advogados do nosso estado. Ela é patrimônio do advogado e da sociedade pernambucana. A sua honrosa, digna, vitoriosa e emocionante história não é obra de um só. Ela pertence a todos indistintamente que por ela passaram e que ora estão no exercício da sua representação, sejam ex-presidentes, conselheiros estaduais ou federais.

A sua gestão Presidente Pedro Henrique certamente irá consolidar um antigo e justo anseio da classe, a construção da nova sede OAB no polo jurídico do Joana Bezerra.

Doravante, irei sim continuar trabalhando em prol da advocacia e da sociedade pernambucana, dessa feita como Conselheiro Federal de PE, mister que executarei na companhia de Pelópidas Neto, Leonardo Accioly, Inácio Feitosa, Hebron Cruz de Oliveiras e Antônio Campos.

Presidente Pedro Henrique serei um soldado na defesa da sua gestão iniciada no dia 1º de janeiro, apoiando as suas ações políticas e administrativas, até porque a **Ordem Continuará Avançando** !

Despeço-me do mesmo modo de quando assumi a Presidência da OAB/PE, dedicando esse momento à memória do meu pai Hélio Mariano, amigo maior que muito, muito cedo, nos deixou !

Lembro uma citação de Clarice Lispector,

“Sonhe com o que você quiser. Vá para onde você queira ir. Seja o que você quer ser, porque você possui apenas uma vida e nela só temos uma chance de fazer aquilo que queremos. Tenha felicidade bastante para fazê-la doce. Dificuldades para fazê-la forte. Tristeza para fazê-la humana. E esperança suficiente para fazê-la feliz.”

Muito Obrigado!

I ENCONTRO PERNAMBUCANO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

Data: **23 de setembro de 2013**
Local: Auditório da AMCHAM - Empresarial
Jopin, Av. Eng. Antônio de Góes, 742 - Pina

Horario: **08:00 - 18:00**
Carga horária: **10h/aula**

Programação



08:00 - 08:30 - Credenciamento.

08:30 - 10:00

Palestra: "A Arbitragem e a Mediação na Perspectiva da OAB".
Palestrante: **CARLOS EDUARDO DE VASCONCELOS** (Presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB-PE).
Presidente da mesa: **PEDRO HENRIQUE REYNALDO ALVES** (Presidente da OAB-PE).
Debatedor: **ARNALDO DE LIMA BORGES NETO** (Membro do Conselho Diretor da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB-PE, Membro da CCMA da OAB-PE, Sócio do escritório Lopes & Moury Fernandes Advocacia Empresarial).

10:00 - 10:15

Coffee break e lançamento do livro de **CARLOS EDUARDO DE VASCONCELOS** "Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas"

10:15 - 12:30

Palestra: "Mediação Empresarial".
Palestrante: **MARIA REGINA PINTO DE OLIVEIRA MELO** (Membro da CCMA-OAB/PE e do Conselho Diretor da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB-PE).
Presidente da mesa: **CELIANE MARIA BARBOSA BARROS** (Presidente do CEMAPE, Membro da CCMA-OAB/PE)
Debatedor: **SORAYA VIEIRA NUNES** (Vice-Presidente do Conselho Diretor da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB-PE e Presidente do INAMA/PE).

12:30 - 14:00 Intervalo.

14:00 - 14:30

Homenagem à **PETRÔNIO MUNIZ**.
Presidente da mesa: **CARLOS EDUARDO DE VASCONCELOS** (Presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB-PE).
Condutor da homenagem: **EMMANUEL PLÁCIDO OLIVEIRA DE MORAES** (Presidente do Conselho Diretor da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB-PE e Sócio do escritório Emmanuel Plácido Advogados Associados Advocacia, Mediação e Arbitragem).

14:30 - 15:30

Palestra: "A Arbitragem em Pernambuco e a Câmara da OAB-PE".
Palestrante: **EMMANUEL PLÁCIDO OLIVEIRA DE MORAES** (Presidente do Conselho Diretor da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB-PE e Sócio do escritório Emmanuel Plácido Advogados Associados Advocacia, Mediação e Arbitragem).
Presidente da mesa: **GUSTAVO RAMIRO COSTA NETO** (Diretor Geral da Escola Superior da Advocacia).

15:30 - 15:45 Coffee break.

15:45 - 16:00

Palestra: "Arbitragem Nacional e Internacional pelo Centro de Arbitragem AMCHAM"
Palestrante: **ROBERTO PASQUALIN** (Presidente do Centro de Arbitragem AMCHAM e Sócio do escritório Sênior PLKC Advogados).

16:00 - 17:00

Palestra: "Confidencialidade na Arbitragem"
Palestrante: **ROBERTO PASQUALIN** (Presidente do Centro de Arbitragem AMCHAM e Sócio do escritório Sênior PLKC Advogados).
Presidente da mesa: **CLÁVIO VALENÇA FILHO** (Diretor do CBAR e Sócio do Valença Advogados).
Debatedor: **ALEXANDRE DA FONTE** (Presidente do Comitê Jurídico da AMCHAM e Sócio do escritório da Fonte, Advogados).

17:00 - 18:00

Palestra: "O Advogado e o Processo Arbitral"
Palestrante: **FERNANDO MARCONDES** (Advogado, Sócio do escritório L. O. Baptista-SVMFA Advogados, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Construção, Presidente do Comitê de Infraestrutura da OAB-SP e Vice-presidente da Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento da OAB-RJ; Conselheiro da Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia de São Paulo, com participação em várias Arbitragens Nacionais e Internacionais).
Presidente da mesa: **SORAYA VIEIRA NUNES** (Vice-Presidente do Conselho Diretor da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB-PE e Presidente do INAMA/PE).
Debatedor: **CLÁVIO VALENÇA FILHO** (Diretor do CBAR e Sócio do escritório Valença Advogados).

Informações: ESA-PE
Rua do Imperador nº 307 - 1º andar
Santo Antônio - Recife/PE
Fones: 81 3224-7282 / 3224-2425
E-mail: secretaria@esape.com.br

Taxa de inscrição:

R\$ 50,00 (Advogados adimplentes, estudantes e associados da AMCHAM)

R\$ 70,00 (Demais casos)

Vagas limitadas!

Apoio:

CURSO DE INVERNO NA UNIVERSIDADE DE COIMBRA-PORTUGAL

Direito de Empresa

Período: 12 a 22 de JANEIRO/2014

12/01 - Saída: Recife/Lisboa

13/01 - Chegada: Acomodação no Hotel

14/01 - 10:00 - Solenidade de Abertura do Curso de Direito da Empresa

Local: Sala Gama Barros da Universidade de Coimbra

Prof. Doutor **Rui Cunha Martins**

(Coordenador do Programa de Pós-doutoramento
em Democracia e Direitos Humanos/UC)

15, 16, 17, 20 - Continuação do curso

18, 19, 21/01 - Dias livres (passeio opcional)

22/01 - Saída: Lisboa/Recife

**Investimento:
EUR 1100,00***

Pagamento parcelado:

23/09 - Sinal (200 Euros)

23/10 - Primeira parcela (300 Euros)

25/11 - Segunda parcela (300 Euros)

13/12 - Terceira parcela (300 Euros)

(curso+certificado+hotel+translado)

*O valor não inclui as passagens aéreas e passeios opcionais.

Informações e inscrições: **FACULDADE DAMAS**

Av. Rui Barbosa, 1426 - Bairro das Graças - Recife/PE

Fones: (81) **3426-5026 / 3426-5026 / 3427-3164**

SERÃO CONFERIDOS CERTIFICADOS PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA.



ADVOGADO, QUER PUBLICAR NA REVISTA ADVOCATUS?

Veja as orientações para quem desejar publicar artigos:

- ✓ Fonte: tamanho 12, times new roman, espaçamento 1,5, alinhamento justificado.
- ✓ Referências uniformes: autor-data ou sistema numérico (rodapé)
- ✓ Número de laudas: mínimo de 10 e máximo de 35
- ✓ Conteúdo obrigatório: (a) título; (b) resumo do currículo do autor; (c) bibliografia.
- ✓ Enviar para o e-mail: esa@esape.com.br



AVANCE. FAÇA PÓS-GRADUAÇÃO NA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DE PERNAMBUCO (ESA-PE)

A ESA-PE oferece serviços diferenciados e formação contínua de qualidade aos advogados pernambucanos.

- > Cursos de Extensão
- > Cursos de Pós-graduação
- > Caravana de Oratória
- > Caravana do Processo Eletrônico
- > Certificação Digital para advogados
- > Revista Advocatus

