

OS CAMINHOS DO DIREITO NO BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

VOLUME III



EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

Frederico Celestino Barbosa

Os caminhos do direito no Brasil: desafios e perspectivas

3ª ed.

Piracanjuba-GO
Editora Conhecimento Livre
Piracanjuba-GO

3ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Barbosa, Frederico Celestino
B238O Os caminhos do direito no Brasil: desafios e perspectivas
/ Frederico Celestino Barbosa. – Piracanjuba-GO

Editora Conhecimento Livre, 2022

179 f.: il

DOI: 10.37423/2022.edcl579

ISBN: 978-65-5367-203-1

Modo de acesso: World Wide Web

Incluir Bibliografia

1. direito-constitucional 2. direito-penal 3. direito-civil 4. direito-financeiro 5. direito-tributário I.
Barbosa, Frederico Celestino II. Título

CDU: 340

<https://doi.org/10.37423/2022.edcl579>

O conteúdo dos artigos e sua correção ortográfica são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores.

EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

Corpo Editorial

Dr. João Luís Ribeiro Ulhôa

Dra. Eyde Cristianne Saraiva-Bonatto

MSc. Frederico Celestino Barbosa

MSc. Carlos Eduardo de Oliveira Gontijo

MSc. Plínio Ferreira Pires

Editora Conhecimento Livre

Piracanjuba-GO

2022

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	5
PLURALISMO JURÍDICO E MEDIAÇÃO: POSSIBILIDADES PARA UM DIREITO EMANCIPATÓRIO	
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil	
Antonio Hilario Aguilera Urquiza	
DOI 10.37423/220906505	
CAPÍTULO 2	24
O CAMINHO DO DIREITO NA ODONTOLOGIA LEGAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS.	
Letícia Maués Oliveira Hanna	
Leila Maués Oliveira Hanna	
DOI 10.37423/220906537	
CAPÍTULO 3	33
O ACESSO ESSENCIAL ÀS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL	
Dilmar Xavier da Paixão	
Scheila de Souza	
Gabriele Domeneghini Mercali	
DOI 10.37423/220906543	
CAPÍTULO 4	54
TRABALHO E TECNOLOGIA: A CONDIÇÃO JURÍDICA DOS TRABALHADORES EM PLATAFORMAS DIGITAIS E A UBERIZAÇÃO DO TRABALHO	
Isabelle Gonçalves Araújo	
Graciane Rafisa Saliba	
DOI 10.37423/220906548	
CAPÍTULO 5	70
O REFLEXO DO NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA TIPICIDADE DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA	
Andrey Lyncon Soares Bento	
DOI 10.37423/220906551	
CAPÍTULO 6	85
A EXCLUSÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO POR INDIGNIDADE - CASO SUZANE VON RICHTHOFEN	
Michelle Rassi Fernandes LOPES	
DOI 10.37423/220906570	
CAPÍTULO 7	119
ISENÇÕES FEDERAIS E SEU REFLEXO NAS RECEITAS DOS MUNICÍPIOS	
Michelle Rassi Fernandes Lopes	
DOI 10.37423/220906582	

CAPÍTULO 8 149

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EC 96/2017: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO ANIMAL DO
BRASIL SOB A GUARIDA DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

LUCAS CAVALCANTE GONDIM

DOI 10.37423/220906585

Capítulo 1



10.37423/220906505

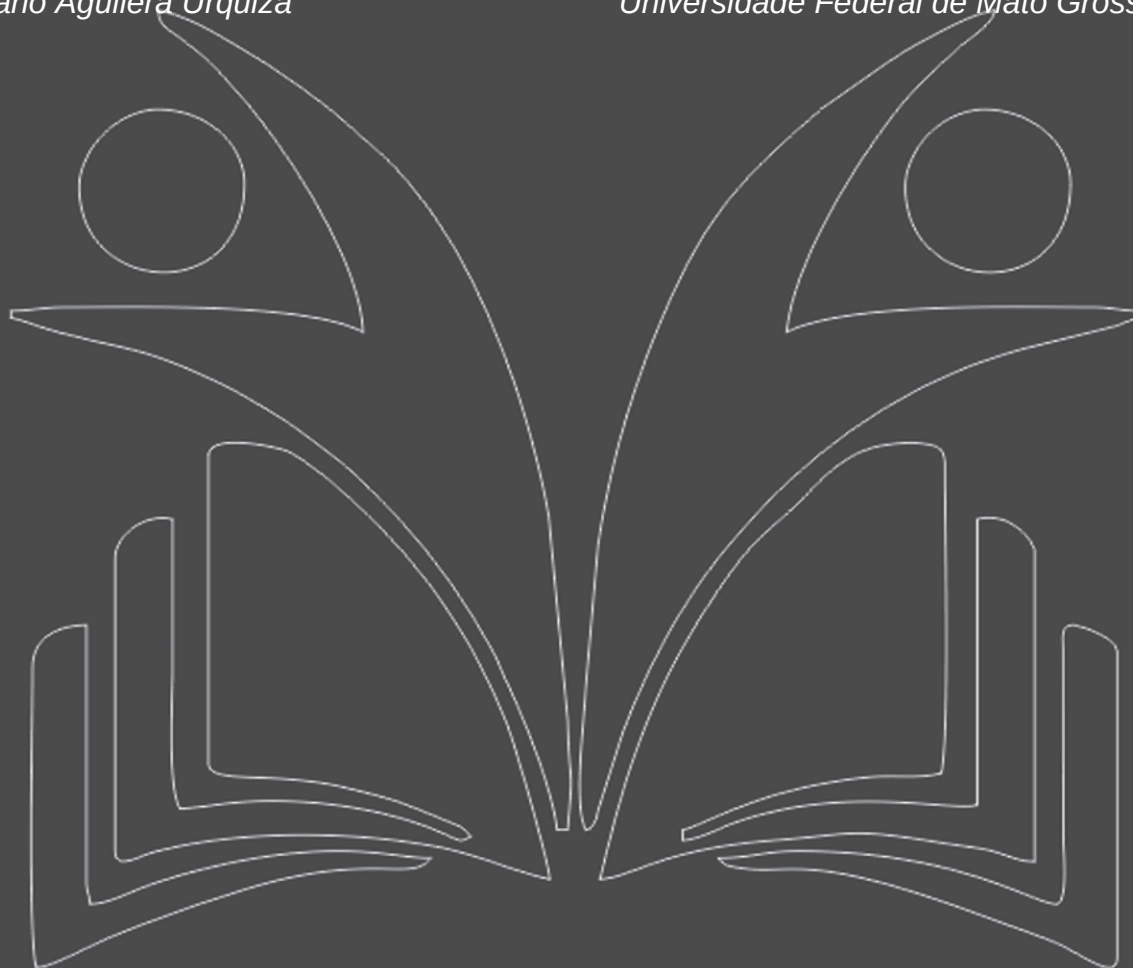
PLURALISMO JURÍDICO E MEDIAÇÃO: POSSIBILIDADES PARA UM DIREITO EMANCIPATÓRIO

Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil

*Universidade para o Desenvolvimento do
Pantanal e Região*

Antonio Hilario Aguilera Urquiza

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul



Resumo: O Estado não é a origem única do direito, tampouco sua fonte principal. De acordo a vertente teórico do pluralismo jurídico, existem, de forma paralela ao direito legislado, nascedouros válidos do direito, em especial das relações sociais advindas de grupos coletivos coordenados, de suas demandas externas e articulações internas. O problema de pesquisa encontrado é: como concretizar essa forma não oficial de direito? A hipótese é de que a mediação, como forma autocompositiva de resolução de conflitos, é instrumento possível e adequado para esse fim. O objetivo do trabalho é compreender como a concepção teórica do pluralismo jurídico pode se valer do método da mediação para se efetivar, em um cotejo recíproco entre as ideias que lhes dão base. Empregando o método dedutivo, com fim exploratório e descritivo e meio bibliográfico, o artigo descreve o pluralismo jurídico, com enfoque em sua vertente comunitária e participativa e, após, ao descrever o espaço de solução de conflitos que foge ao normativismo oficial da mediação, indica que esse espaço é propício à concretização de um direito paralelo, alinha-se com os ideais pluralistas de democratização, descentralização da justiça e desenvolvimento processos conducentes a uma possibilidade emancipatória.

Palavras-chave: direito alternativo; direito paralelo; direito dos oprimidos; justiça multiportas; resolução consensual.

1 INTRODUÇÃO

O direito, compreendido como plexo de normas que regula as relações humanas, é uma manifestação social não monopolizada pelo Estado. De acordo com a vertente teórica do pluralismo jurídico, o direito é algo vivo e dinâmico que emerge de múltiplas fontes, em especial das relações advindas de sujeitos coletivos coordenados, de suas demandas externas e articulações internas, a partir de suas necessidades. Por isso, o direito real é, na verdade, extralegal, não se resumindo ao positivismo e ao dogmatismo. O direito formal, proveniente do Estado, mostra-se, em geral, inefetivo na atividade de regulação social e comumente mero mantenedor do estado de coisas atual, sendo, em geral, incapaz de garantir avanços sociais.

A concepção de um direito extralegal, alternativo, paralelo, não-oficial, pluralista ou achado na rua dá as bases para a compreensão de formas de direito que, fugindo do dogmatismo, criam espaço para promoção de mudanças sociais, possibilitando passos rumo a uma sociedade efetivamente igualitária e justa. Essa saída mostra-se válida pois a História já demonstrou que as formas de avanço social pautadas na mudança do direito estatal falharam: as revoluções trouxeram consigo estados iguais aos que sublevaram ou até mais gravosos em relação ao respeito aos direitos humanos; a alteração social pela via da produção de leis em Estados minguados e em crise no contexto da globalização, além de fortemente influenciados pela lógica neoliberal, tampouco tem se mostrado efetiva. A proposta não é anárquica e não expurga o direito estatal, mas reconhece a existência de fontes do direito que transcendem as meras previsões legais.

As correntes pluralistas do direito ganharam força no Brasil a partir da década de 1980, em contraposição à Ditadura, mas encontraram resistência em sua implementação. Eram bastante criticadas, em especial, pelo fato de se aplicar um direito extralegal em processos judiciais, como realizado pelos juízes do movimento gaúcho do Direito Alternativo, que, inspirados na escola crítica italiana, exploravam espaços e lacunas do direito oficial para criação de decisões socialmente sensíveis.

Surge, então, o problema de pesquisa deste estudo: como concretizar um direito não positivado, paralelo à atividade legislativa do Estado? Como hipótese de pesquisa, percebe-se na mediação, como forma de solução de conflitos, um espaço que foge da normatividade e que, reconhecidamente, promove emancipação social, uma concepção ativa de cidadania e de aperfeiçoamento democrático. Isso porque, na mediação, as questões postas não são solucionadas por um terceiro – o Estado em sua função jurisdicional –, mas pelos próprios envolvidos, empoderados, de acordo não com a lei

positivada, mas em conformidade com suas necessidades e limitações reais, fortalecendo e aprimorando suas relações.

Pretende-se, pois, como objetivo do trabalho, compreender como a concepção teórica do pluralismo jurídico pode se valer do método da mediação para se efetivar, em um cotejo recíproco entre as ideias que lhes dão base. Para cumprir esse desiderato, o trabalho apresenta dois objetivos específicos: descrever os principais traços teóricos do pluralismo jurídico, pautado na existência de direitos extralegais; e descrever a relação entre mediação e direito extralegal, explorando sua relação com as noções pluralistas.

O tema se justifica pela necessidade de avanço em relação à teoria pluralista, tornando-a viável e concreta, bem assim pela atualidade do tema mediação, tendência crescente como forma de solução de conflitos. Ademais, a junção das ideias de pluralismo com o *locus* de resolução de conflitos próprio da mediação, em que se foge do direito estatal e se cria um direito dinâmico e vivo para aquela situação específica, tem a potencialidade de alterar a forma como o próprio direito e as soluções de conflitos são vistos, estudados e aplicados.

O presente trabalho, por meio do enfoque jurídico-sociológico e com o uso de pesquisa exploratória (é feita a aproximação do objeto de pesquisa em abordagem pouco usual), descritiva (descreve-se o estado da arte em relação à temática), bibliográfica (partirá de fontes secundárias já escritas sobre o tema), apresentará, no primeiro ponto do desenvolvimento, o pluralismo jurídico, com enfoque em sua vertente comunitária e participativa; no segundo, ao se descrever o espaço de solução de conflitos que foge ao normativismo oficial da mediação, indicará que esse espaço é propício à concretização de um direito paralelo.

2 PLURALISMO JURÍDICO

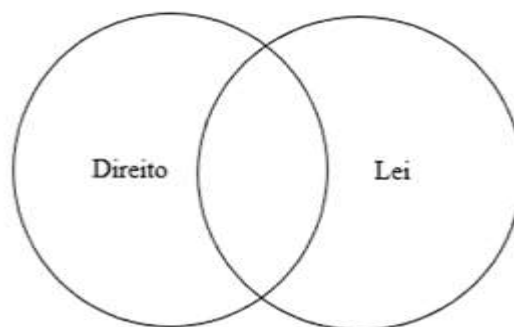
O direito não se resume à lei. Essa é a premissa elementar da perspectiva pluralista. Com ela, nega-se o monopólio do direito pelo Estado, que, nos moldes modernistas, seria pretensamente a única fonte do direito. Em contraposição a esse monismo jurídico, ergue-se uma proposta crítica que fuja do dogmatismo, considerando que “o Direito materializado na lei não expressa o verdadeiro significado da justiça, tampouco representa a vontade geral do povo ou a manifestação pública do legislador, mas os interesses das camadas economicamente dominantes” (WOLKMER, 2004, p. 19). Logo, parte-se da ideia de que existem no meio social, paralelamente, um direito oficial dos opressores e um direito extraoficial dos oprimidos.

Roberto Lyra Filho, com essas bases, desenvolve a distinção entre direito e lei. Para o pensador, lei é produção do Estado submetida à vontade da classe dominante, o que impede seja a legislação considerada, em sua totalidade, direito autêntico, legítimo e indiscutível. Isso porque o direito “autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e normas libertadores, considerando a lei um simples acidente no processo jurídico, e que pode, ou não, transportar as melhores conquistas” (LYRA FILHO, 2006, p. 3):

[...] o Direito resulta aprisionado em conjunto de normas estatais, isto é, de padrões de conduta impostos pelo Estado, com a ameaça de sanções organizadas (meios repressivos expressamente indicados com órgão e procedimento especial de aplicação). No entanto, como notava o líder marxista italiano Gramsci, a visão dialética precisa alargar o foco do Direito, abrangendo as pressões coletivas (e até, como veremos, as normas nãoestatais de classe e grupos espoliados e oprimidos) que emergem na sociedade civil (nas instituições não ligadas ao Estado) e adotam posições vanguardistas, como determinados sindicatos, partidos, setores de igrejas, associações profissionais e culturais e outros veículos de engajamento progressista (LYRA FILHO, 2006, p. 4).

Dessa forma, “a legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido” (LYRA FILHO, 2006, p. 3). Portanto, as noções de direito e lei relacionam-se como dois círculos secantes: comunicam-se em um determinado ponto, em que direito e lei consubstanciam o mesmo conjunto de movimentos sociais reais; mas haverá espectro do direito real não abrangido pela lei; e, da mesma forma, porção da lei que não corresponde ao direito real. A relação pode ser assim enxergada:

Diagrama 1 – direito e lei



Fonte: própria

Se, porém, o direito não corresponde integralmente à lei, a que corresponde? A resposta, conforme Lyra Filho, pode ser obtida por intermédio da Sociologia Jurídica e da Antropologia Jurídica, uma vez

que o direito não diz respeito ao que se pensa sobre o direito, mas àquilo que juridicamente se faz de forma concreta. O pensador propõe uma fuga às concepções abstratas e ideológicas de direito e, como solução, a adoção de um direito real, baseado na práxis humana (da atividade histórica e social da humanidade) no seu ângulo jurídico. O direito, portanto, corresponde às práticas reais dialéticas aferíveis por meio de uma análise sociológica e antropológica do meio social (LYRA FILHO, 2006, p. 29).

Dessas percepções surge o pluralismo jurídico, que, ao negar ser o direito legislado a única forma de direito, outorga às articulações de agentes sociais coletivos um nascedouro jurídico legítimo, paralelo ao direito oficial do Estado. Com efeito, afirma-se que a reivindicação e a defesa do pluralismo jurídico se dá em dois níveis no Brasil: “(a) a instância teórica representada pelo ‘**pluralismo jurídico comunitário-participativo**’, que tem como principal expoente Antonio Carlos Wolkmer; e (b) a perspectiva prática, configurada no movimento denominado “**Direito Achado na Rua**’, coordenado por José Geraldo Souza Jr” (FLORES; SANCHEZ-RUBIO, 2004, p. 14).

Para Wolkmer (2006, p. 117), diante da escassa eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos, do crescente aumento de “bolsões de miséria e das novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, abre-se a discussão para a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações” voltadas para o reconhecimento de uma vida humana com maior identidade, autonomia e dignidade. Surge, dessas ideias, a proposta de um novo espaço coletivo, “um espaço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade, [...] definindo mecanismos plurais de exercício democrático e viabilizando cenários de reconhecimento e de afirmação de Direitos Humanos” (WOLKMER, 2006, p. 117). Chega-se, dessa forma, à noção de um pluralismo jurídico que englobe a

legitimidade de novos sujeitos coletivos, a implementação de um sistema justo de satisfação das necessidades, a democratização e descentralização de um espaço público participativo, o desenvolvimento pedagógico para uma ética concreta da alteridade a consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória (WOLKMER, 2001, p. 20-21).

Esses “novos sujeitos coletivos” não seriam qualquer organização humana, mas aquela qualificada: a agregação humana criadora de direitos extraoficiais são aqueles sujeitos coletivos “transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de ‘institucionalização’, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais” (WOLKMER, 2001, p. 122). Trata-se de movimentos

direcionados à ação consciente e responsável de suas pautas, representados “por grupos associativos e comunitários, como os movimentos dos ‘sem-terra’ (rural e urbano, dos negros, das mulheres, dos direitos humanos, dos ecólogos, dos pacifistas e dos religiosos” (WOLKMER, 2001, p. 138).

As posturas reivindicatórias e participativas dessas organizações coletivas, os “novos sujeitos coletivos”, criam “novos direitos”¹. Não que “novo” indique ineditismo ou efetiva novidade, mas se refere às maneiras informais de concretização de direitos, de modo que “o ‘novo’ é o modo de obtenção de direitos que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial –, mas provêm de um processo de lutas e conquistas” (WOLKMER, 2001, p. 166).

Lyra Filho contribui com uma vertente de pluralismo denominada O Direito Achado na Rua. Trata-se de manifestação específica de pluralismo jurídico, porquanto dotada de uma perspectiva própria, focada na concretização pragmática, isto é, na praxis, de um direito não-oficial. Como o próprio nome indica, a corrente tem uma preocupação que, fugindo do direito dos códigos, ensinado nas faculdades, centra-se nas diferentes formas jurídicas efetivamente praticadas nas relações sociais, superando a aporia juspositivismo versus jusnaturalismo. Assim, é negado o jusnaturalismo em virtude de sua imutabilidade, rejeitando-se a ideia de que os direitos e valores de uma sociedade sejam dados pela natureza, por desígnio divino ou pela elucubração racional; da mesma forma o positivismo é rejeitado por ser “uma redução do Direito à ordem estabelecida” (LYRA FILHO, 2006, p. 26). O Direito Achado na Rua constrói, com essas bases, um método próprio² e concebe o direito da seguinte forma:

O Direito não é; ele se faz, nesse processo histórico de libertação – enquanto desvenda progressivamente os impedimentos da liberdade não lesiva aos demais. Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos, até se consumir, vale repetir, pela mediação dos direitos humanos, na enunciação dos princípios de uma legítima organização social da liberdade (SOUZA JÚNIOR, 2015, p. 50)

Dessa forma, a linha de O Direito Achado na Rua entende que o padrão de legitimidade das possíveis fontes do direito não está em seu grau de positivação, mas no vetor histórico e concreto, extraíndo, assim “o sumo e o extrato do processo libertador a que se dá o nome de Direitos Humanos (e, note-se, não apenas as declarações, por assim dizer oficiais desses Direitos, porém os Direitos mesmos, emergentes e ainda não ‘declarados’)” (CARNEIRO, *et al*, 2015, p. 69).

Bem exemplifica essa dinâmica de múltiplas fontes do direito, notadamente as advindas das relações internas e externas de grupos sociais, a situação analisada por Boaventura de Souza Santos. O estudioso verificou empiricamente as ideias pluralistas por meio de um estudo sociológico na comunidade do Jacarezinho, na cidade do Rio de Janeiro. Lá, o sociólogo constatou a coexistência de um direito oficial – aplicado pelos opressores – com o direito extraoficial – dos oprimidos –, servindo

o segundo como estratégia alternativa de legalidade interna, paralela à oficial. A par das instituições estatais, a realidade da comunidade revelou uma outra forma de organização social e de resolução de conflitos, de modo a concluir que essa forma pluralista de direito, embora não seja revolucionária, “visa a resolver conflitos interclassistas num espaço social marginal, representando uma tentativa de neutralizar os efeitos da aplicação do direito capitalista de propriedade no seio das favelas” (SANTOS, 2015, p. 76). Não à toa que Boaventura concluirá, em outro trabalho, que

de um ponto de vista sociológico, as sociedades são judicialmente plurais, circulam nelas vários sistemas jurídicos e judiciais, e o sistema jurídico estatal nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do quotidiano da grande maioria dos cidadãos (SANTOS, 2011, p. 114).

Ao examinar o estudo de Boaventura de Sousa Santos, Spengler afirma que, à medida que “o Estado e o Direito legislado perdem espaço (por sua ineficiência, inaplicabilidade e lentidão), o Direito inoficial ganha forças como meio de tratamento de conflitos” (SPENGLER, 2012, p. 211). A autora afirma que se assiste “a um gradativo abandono do Direito ‘como ele é’ para se atribuir valor a um novo Direito, oficialmente não legitimado” (SPENGLER, 2012, p. 211), criando, dessa forma, espaços de um “estado de exceção personalizado” (SPENGLER, 2012, p. 214). É justamente “a falta de eficiência e legitimidade estatal faz também com que o cidadão comum busque outras instâncias de tratamento de conflitos, alternativas ao Direito legislado e ao Poder Judiciário” (SPENGLER, 2012, p. 218), que os acabam levando, na busca por um “direito vivo”, à mediação.

Por isso, a organização social comunitária e participativa não apenas cria, em seu processo dinâmico de articulação, um direito informal e extraoficial, mas conduz à adoção de mecanismos de resolução de conflitos igualmente informais e despidos da lógica oficialista de direito.

3 MEDIAÇÃO E DIREITO EXTRAOFICIAL

Os anseios pluralistas associam-se, de forma clara, aos mecanismos possibilitados pela mediação. Com efeito, os pesquisadores dedicados às propostas de O Direito Achado na Rua já aventaram que “a abertura às novas práticas instituintes de direito como a mediação comunitária e outras formas de resolução de conflitos também podem ser benéficas” (ANTÃO, *et al.*, 2015, p. 247). Isso se dá porque se notou a tendência dos públicos do direito a desacatar decisões quando lhes eram desfavoráveis ou quando eram julgadas exclusivamente por critérios formais de direito e não incorporando critérios de justiça substantiva e real.

Da mesma forma, Wolkmer aponta as formas consensuais de solução de conflitos como espaço de concretização paralela do pluralismo, afirmando que, com a mediação, as partes, “de forma rápida, informal e voluntária, buscam resolver suas pendências e seus interesses” e deixam “de se submeter aos princípios e às regras processuais do Direito formal. Em vez da controvérsia judicial, busca-se um entendimento dialógico, construtivo e cooperativo” (WOLKMER, 2001, p. 299). A partir dessas noções, podemos enxergar na correlação entre pluralismo jurídico e mediação – a seguir definida e compreendida – alguns pontos de destaque, notadamente o potencial emancipatório e a criação de um espaço de diálogo intercultural.

3.1 MEDIAÇÃO: RECONHECIMENTO RECENTE E DEFINIÇÃO

A noção do pluralismo jurídico surge, entre outras faíscas de ignição, a partir da crise do direito e de um sistema de justiça modernos, com desenho racional e reducionista à forma estatal. A partir da Modernidade, criou-se a noção de soberania como exercício do poder sobre um povo e um território, a partir de um império da lei, como fonte mesma de todo o direito, assim como se reconheceu o monopólio pelo Estado da jurisdição e das formas de resolução de conflitos. Formou-se, assim, “uma cultura jurídica marcada por uma tradição monista de forte influxo kelseniano, ordenada em um sistema lógico-formal de raiz liberal burguesa, cuja produção transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas” (WOLKMER, 2001, p. 103).

Esse modelo não mais se sustenta nas primeiras décadas do século XXI. A legalidade estatal e suas formas de solução de conflitos vivem profunda crise de acesso à justiça, pois se vê diante de novos problemas, não conseguindo absorver a efervescência e coletivização dos novos conflitos. Conforme Wolkmer (2001, p. 107):

[...] o Poder Judiciário, historicamente, não tem sido a instância marcada por uma postura independente, criativa e avançada, em relação aos graves problemas de ordem política e social. Pelo contrário, trata-se de um órgão elitista distanciado da sociedade que, quase sempre ocultado pelo “pseudoneutralismo” e pelo formalismo pomposo, age com demasiada submissão aos ditames dos poderes dominantes e move-se através de mecanismos técnico-procedimentais onerosos, inviabilizando, pelos próprios custos, o acesso à imensa maioria da população de baixa renda.

Diante dessa crise, no cenário contemporâneo, a noção de acesso à justiça tem sido ressignificada. Hoje, compreende-se que a noção estabelece um direito de “acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais” (COSTA E SILVA, 2009, p. 19). É que o processo judicial heterocompositivo e pautado no monismo jurídico tem sido substituído por meios outros de

composição de conflitos, entre eles a mediação. Por meio dela, os envolvidos em determinado conflito são conduzidos por um terceiro facilitador a definir, exclusivamente por si, as respostas aos seus problemas. Essa definição se dá em um processo democrático e dialético, em que são consideradas reciprocamente as necessidades e limitações dos participantes.

Na obra paradigmática de Cappelletti e Garth³ (1988), já se lançavam considerações sobre a mediação como forma adequada de resolução de conflitos. O que os autores denominam de “terceira onda renovatória de acesso à justiça” parte da percepção da insuficiência dos meios tradicionais (heterocompositivos e estatais) para a adequada solução dos conflitos humanos. Para tanto, conforme concluem, afigura-se necessário adequar o processo a uma crescente preocupação com a relação interpessoal existente entre os envolvidos. Deve haver, nessa medida, uma humanização na resolução de conflitos e, para que se atinja esse intento, deve-se adotar “mecanismos de interferência apaziguadora”, é dizer, a mediação:

[...] Cada vez mais se reconhece que, embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva de reforma. Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos (CAPPELLETTI; GARTH. 1988, p. 26-27).

Com efeito, a mediação é espécie do gênero da autocomposição de conflitos, que se contrapõe aos meios adjudicatórios de realização da justiça, também chamados de heterocompositivos. Esses meios heterocompositivo e adjudicatórios, porquanto adversariais, trazem uma visão negativa de conflito, sempre composto por um perdedor e um ganhador, em uma relação ganha-perde. Essa ideia parte do equivocado pressuposto de que todas as relações sociais são pautadas na competição, de modo que, para que haja um vencedor, um dos envolvidos deve necessariamente levar outro à derrota. Superando esse paradigma, a mediação concebe o conflito de forma positiva, sendo possível maximizar ganhos cooperando com o outro.

Luis Alberto Warat, de maneira singela, porém precisa, define o que entende por mediação, qualificando-a a partir de características positivas (presentes) e negativas (ausentes):

A mediação é:

A inscrição do amor no conflito/

Uma forma de realização da autonomia/

Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos/
Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades/
Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade/
Um paradigma cultural e um paradigma específico do direito/
Um Direito da outridade/
Uma concepção ecológica do Direito/
Um modo particular de terapia/
Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia/
[...] mediação em sua identidade específica não é:
Uma resolução psico-analítica dos conflitos.
Um litígio.
Um modo normativo de intervenção nos conflitos/
Um acordo de interesses/
Um modo de estabelecer promessas.
(WARAT, 2004, p. 65-66)

A mediação, portanto, surge como opção autocompositiva marcadamente flexível, porosa e informal a um sistema de direito e de justiça em crise, ante a erosão de seus alicerces modernistas e totalizantes.

3.2 POTENCIAL EMANCIPATÓRIO DA MEDIAÇÃO

Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 6-7), ao se questionar sobre a possibilidade de o direito ser emancipatório⁴ afirma que o direito, em si considerado, não consegue ser emancipatório tampouco não-emancipatório, porque o que pode “ser emancipatório ou não-emancipatório são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar suas lutas adiante” (SANTOS, 2003, p. 71). Logo, o parâmetro emancipatório está centrado na articulação dos movimentos sociais em um espaço de regramentos informais, porosos e influenciados pelas causas políticas subjacentes às questões discutidas.

Esse espaço emancipatório pode ser encontrado na mediação. Isso porque o abandono de meios adjudicatórios de resolução de conflitos permite a criação de um campo em que incide um direito alternativo, extralegal, marcado pelas tensões políticas existentes na questão e em que o uso do direito estatal é substituído pelas necessidades e limitações dos envolvidos. Para Warat (2018, p. 20), a mediação é “uma proposta jurídica de resolução de conflitos que escapa do normativismo”⁵.

O autor argentino, como revelam suas obras, propõe uma nova Teoria do Direito, crítica ao senso comum teórico dos juristas, pautado no ideal kelesiano “que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais” (WARAT, 1982, p. 52-53). Essa teirua se contrasta não só com o normativismo, mas também com todo o ideário totalizante e racionalizante da Modernidade. Trata-se da “Teoria Contradogmática do Direito” em cujo cerne está a mediação, apontada como a “melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico” (WARAT, 2004, p. 65):

[...] estou trabalhando os arredores, os contornos, colocando os andaimes de uma teoria da alteridade jurídica ou teoria ecológica do Direito. [...] Uma forma radical de aceitação do outro como diferente. Uma maneira de olhar a diferença do outro a partir de um lugar integrativo e não como a ameaça de um antagonismo destrutivo. Um outro não adversarial, colaborativo na aceitação de uma realidade que autorregula seus imprevistos, a complexidade e os paradoxos que surgem de suas diferenças constitutivas. O Direito da alteridade como emergência de um espaço transacional: a Contradogmática do Direito (WARAT, 2018, p. 48).

Nesse contexto, pode-se afirmar que a mediação é instrumento de um modelo de justiça que não se realiza apenas sob o manto da validação judicial e que tampouco está condicionado à correspondência da solução atingida com o arcabouço legal positivado (FREITAS JR., 2014, p. 9). Por isso, o locus da resolução consensual de conflitos envolvendo grupos sociais é o espaço de realização do direito cosmopolita insurgente (SANTOS, 2003, p. 71): um espaço livre do direito estatal e no qual são feitas construções horizontais, inclusivas e viabilizadoras de transformação social.

Com efeito, Elisabetta Grande, ao se debruçar sobre a resolução de conflitos em moldes paralelo aos do Estado, descreve a existência de um direito extraoficial nas sociedades, um direito que coincide “mais com a prática do que com as normas verbalizadas” (GRANDE, 2011, p. 13), em uma contraposição jusrealista de uma *law in the books* com uma *law in action*. Sobre as formas de resolução de conflitos, a jurista afirma que “a rigidez do direito obtida através da enunciação e aplicação de regras gerais e iguais para todos traz frequentemente consigo uma forte separação entre justiça produzida pelas cortes estatais e o sentimento popular de justiça” (GRANDE, 2011, p. 26), de modo que a promoção de um direito atento a esse sentimento popular de justiça e à existência de direitos não verbalizados leva a um “amplo movimento direcionado à pacificação e à substituição dos métodos conflituais de resolução das controvérsias por métodos de feição mais conciliatória” (GRANDE, 2011, p. 40).

Nesse ponto, deve-se ter em conta que, no estado de exceção personalizado da mediação, antes referido, as pessoas e grupos envolvidos com a questão discutida são os únicos responsáveis pela edificação da solução do problema. Com a mediação, há “a substituição de uma solução alienante por uma solução que vai ao encontro da autonomia” (WARAT, 2018, p. 44), de modo que os envolvidos têm autonomia para tratar e administrar seus conflitos, identificando a causa do problema e a maneira mais adequada para solucioná-lo (MARTINS, 2003, p. 58). Com isso, o cidadão e os grupos sociais deixam de ser meros espectadores na composição das questões que os envolvem, passando a ser protagonistas, reforçando sua liberdade e autodeterminação. Assim, valendo-se a mediação, os envolvidos se dirigem, a partir de uma lógica contra-hegemônica das relações de poder, ao abandono dos paradigmas externos de epistemologia, voltando ao seu próprio modo de ser e estar no mundo, emancipando-se.

3.3 MEDIAÇÃO COMO ESPAÇO DE DIÁLOGO INTERCULTURAL

A cultura, descreve Laraia, é “como uma lente através da qual o homem vê o mundo. Homens de culturas diferentes usam lentes diversas e, portanto, têm visões desencontradas das coisas” (LARAIA, 2006, p. 67). Por isso, o diálogo humano entre diferentes, indissociável ao método da mediação envolvendo grupos humanos, é tendencialmente etnocêntrico: parte do equivocado pressuposto de que determinada cultura é superior⁶, criando posições universalistas hegemônicas, de um lado, e de um hermético relativismo, de outro.

Com efeito, Boaventura de Sousa Santos propõe a superação dessa dicotomia universalismo cultural/relativismo cultural por meio de uma concepção multicultural, instrumentalizada pelo que denomina de “hermenêutica diatópica”. Segundo o autor, a luta pela dignidade humana nunca será eficaz se assentar em canibalização ou mimetismo cultural. O que se busca é um “diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode levar a [...] uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis” (SANTOS, 2004, p. 255). No mesmo sentido, Joaquín Hererra Flores identifica a inadequação das visões universalistas (abstratas, formais e de racionalidade jurídica) e relativistas (localistas, culturais e de racionalidade material) dos direitos humanos, propondo como solução um “universalismo de chegada ou de confluência” ou um “universalismo de contrastes, de entrecruzamento, de mesclas”. A tese se pauta do diálogo a partir da visão complexa da humanidade, tendo como objetivo uma síntese harmônica das diferentes opções de direitos, pois “se a universalidade não se impõe, a diferença não se inibe; sai à luz” (FLORES, 2002, p. 22).

Dessa forma, percebe-se na mediação a criação de um desejável espaço de diálogo intercultural. Giménez afirma ser da própria essência da mediação que ela seja concebida como uma modalidade de resolução consensual de conflitos em situações sociais de multiculturalidade, cujo os escopos são a “comunicação e compreensão mútuas, a aprendizagem e o aprimoramento da convivência, a regulação do conflito e a adequação institucional, entre atores sociais ou instituição etnicamente diferentes” (GIMÉNEZ, 1997, p. 142, tradução nossa)⁷.

Nesse cenário, verifica-se que a mediação, ao criar um espaço de exceção personalizado ou um lugar em que não se impõe o direito oficial, retira do Estado o poder adjudicado de resolver conflitos, empoderando os envolvidos e lhes libertando das imposições oficialistas, enquanto possibilita um diálogo intercultural. Por isso, cotejadas as ideias de pluralismo jurídico com o espaço de fuga ao direito oficial da mediação, é possível afirmar que o processo heterocompositivo jurisdicional está para o direito monista estatal – adjudicatório e vertical – como a mediação está para o pluralismo jurídico – emancipador e horizontal. Assim, a mediação surge como opção paralela à jurisdição oficial, representando um espaço de legitimação das identidades sociais coletivas e do direito extraoficial criado em seu seio.

4 CONCLUSÃO

No presente artigo, descreveu-se o pluralismo jurídico, que, ao negar o monopólio do direito pelo Estado, confere legitimidade como fonte do direito a atores sociais coletivamente organizados a partir de suas necessidades. A vertente pluralista manifestada no pluralismo comunitário e participativo e em O Direito Achado na Rua, assim, reconhece nas articulações de movimentos sociais o nascedouro de regras jurídicas paralelas às do Estado, em uma abordagem crítica e materialista do direito e das relações sociais.

Ocorre que o espaço de efetivação do direito extraoficial não é o processo heterocompositivo judicial. Existe uma incompatibilidade entre um direito real paralelo e o meio do processo estatal. Toda a estrutura de tutela jurisdicional tem profundas raízes no ideário positivista, dogmático, monista e racional próprio à generalidade das elucubrações jurídicas modernistas. Assim, a ferramenta judicial não se adequa às pretensões pluralistas.

Ao contrário, a autocomposição, no particular da mediação, assoma-se como o instrumento adequado à efetivação de um direito não oficial. A mediação é espécie do gênero autocomposição, em que os envolvidos no conflito constroem, por si só, a forma de resolvê-lo, em um processo dialético e

empoderador. Na solução de conflitos pela mediação não se aplicam disposições de leis oficiais, criando-se, para a solução do conflito, um estado de exceção personalizado.

A mediação, conforme exposto, é instrumento de solução de conflitos que educa, facilita a interação humana, ajuda a compreender e respeitar diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Os envolvidos no conflito, assim, deslocam-se da posição de meros espectadores para o papel de responsáveis pela construção da solução. Bem por isso que as práticas sociais da mediação se configuram em um instrumento de realização da autonomia e da cidadania. Dessa forma, as possibilidades que surgem da convergência entre as formas de pluralismo jurídicos e a mediação coletiva podem ser definidas, em suma, como a criação de uma justiça libertadora e propícia ao diálogo intercultural. Por isso, abandonando-se a ideia de efetivação do direito paralelo no campo do processo judicial, a mediação se alinha com os ideais pluralistas, desenvolvendo processos conducentes a uma possibilidade emancipatória.

Não se ignoram as dificuldades que podem advir da aplicação do método da mediação em relações marcadas por assimetria de poder, como as que se dão, eminentemente, entre opressores e oprimidos. Não obstante, a partir das bases lançadas neste trabalho, acredita-se na presente proposição como um primeiro passo, possibilitando o posterior exame de seus desdobramentos rumo a um direito libertador e plural.

Assim, à vista de todos os conceitos, pressupostos e linhas de raciocínio expostas no presente trabalho, é possível concluí-lo com a seguinte constatação: o monismo jurídico está para o processo judicial assim como o pluralismo jurídico está para a mediação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento, et al. O Direito Achado na Rua: Desafios, Tarefas e Perspectivas Atuais in SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). O Direito Achado na Rua: concepção e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- COSTA E SILVA, Paula. A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.
- FREITAS JR., Antonio Rodrigues. Contribuição da Ciência Política para um Conceito Operativo de Conflito e uma Pragmática Responsável da Mediação in FREITAS JR., Antonio Rodrigues (org.). Mediação e Direitos Humanos: temas atuais e controvertidos. São Paulo: LTr, 2014.
- FLORES, Joaquín Herrera; SANCHEZ-RUBIO, David. Aproximação ao Direito Alternativo na Ibero-América in CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo (orgs.). Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GRANDE, Elisabetta. A contribuição da antropologia para o conhecimento jurídico: pequeno guia rumo a novos itinerários. Revista Jurídica das Faculdades Secal, v. 1, n. 1., 2011, p. 9-55.
- LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos Oprimidos. São Paulo: Cortez, 2015.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. 3 ed. São Paulo, Cortez, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? Revista de Ciências Sociais, n. 65, 2003, p. 3-76.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. O Direito Achado na Rua: concepção e prática. Plataforma para um Direito emancipatório in SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). O Direito Achado na Rua: concepção e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. O Direito Achado na Rua: concepção e prática in SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). Introdução crítica ao direito. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.
- SPENGLER, Fabiana Marion. Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.
- WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação in WARAT, Luis Alberto (org.). Em Nome do Acordo: a mediação no direito. Florianópolis: Modara, 2018.
- WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. Revista Sequência, v. 3 n. 5, 1982, p. 48-57.

WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador in DAL RI JÚNIOR, Arno et al (org.). Surfando na Pororoca: Ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico, direitos humanos e interculturalidade. Revista Sequência, n. 53, dezembro de 2006, p. 113-128.

NOTAS

Nota 1

- “a. Direito a satisfazer as necessidades existenciais: alimentação, saúde, água, ar, segurança etc.;
- b. Direito a satisfazer as necessidades materiais: direito à terra (direito da posse, direito dos sem-terra), direito à habitação (direito ao solo urbano, direito dos sem-teto), direito ao trabalho, ao salário, ao transporte, à creche etc.;
- c. Direito a satisfazer as necessidades sócio-políticas: direito à cidadania em geral, direito de participar, de reunir-se, de associar-se, de sindicalizar-se, de locomover-se;
- d. Direito a satisfazer as necessidades culturais: direito à educação, direito à liberdade de crença e religião, direito à diferença cultural, direito ao lazer etc.;
- e. Direito a satisfazer as necessidades difusas: direito à preservação ecológica, direito de proteção ao consumo etc.;
- f. Direito das minorias e das diferenças étnicas: direito da mulher, direito do negro, do índio, da criança e do idoso” (WOLKMER, 2001, p. 167).

Nota 2

“O sentido que orienta o trabalho político e teórico de O Direito Achado na Rua consiste em compreender e refletir sobre a atuação jurídica dos novos sujeitos sociais e, com base na análise das experiências populares de criação do direito: 1. Determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos, a partir mesmo de sua constituição extralegal, por exemplo, direitos humanos; 2. Definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; 3. Enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas para estruturar as relações solidárias de uma sociedade alternativa em que sejam superadas as condições de espoliação e de opressão do homem pelo homem e na qual o direito possa realizar-se como um projeto de legítima organização social da liberdade” (SOUSA JÚNIOR, 1993, p. 10)

Nota 3

O italiano Mauro Cappelletti encabeçou, entre os anos 60 e 70 do século XX, um movimento dedicado ao estudo do acesso à justiça, em especial das causas de ineficiência do Judiciário. O conjunto desse trabalho é conhecido como Projeto Florença e os principais resultados foram publicados, por Cappelletti e Bryant Garth, na obra “Acesso à Justiça” (1988). Em seu trabalho, os autores desenvolvem três conjuntos de medidas necessárias para garantir efetivo acesso à justiça, denominando-os de as três “ondas renovatórias de acesso à justiça”: assistência judiciária para os pobres; representação dos interesses difusos; e concepção ampla de acesso à justiça.

Nota 4

Adota-se aqui uma concepção freiriana de emancipação, fundamentada na desopressão, isto é, em um processo de libertação voltado a um futuro de transformações sociais em que os oprimidos promovam a “reconstrução de sua humanidade e realizarem a grande tarefa humanística e histórica dos oprimidos – libertar-se a si e os opressores” (FREIRE, 2013, p. 30).

Nota 5

“Recorrendo à mediação deveríamos, a princípio, deixar de lado as principais funções operativas, míticas e políticas do sistema jurídico. Em seu lugar, surge a resolução jurídica dos conflitos que atenda a uma satisfação de todas as partes e que está baseada em uma proposta autorregulada por elas mesmas, com o apoio de um mediador, que colabora na escuta, na interpretação e na transformação” (WARAT, 2018, p. 20).

Nota 6

“O etnocentrismo, de fato, é um fenômeno universal. É comum a crença de que a própria sociedade é o centro da humanidade, ou mesmo a sua única expressão. [...] É comum assim a crença no povo eleito, predestinado por seres sobrenaturais para ser superior aos demais. Tais crenças contêm o germe do racismo, da intolerância, e, frequentemente, são utilizadas para justificar a violência praticada contra os outros” (LARAIA, 2006, p. 73).

Nota 7

“comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados”

Capítulo 2



10.37423/220906537

O CAMINHO DO DIREITO NA ODONTOLOGIA LEGAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS.

Letícia Maués Oliveira Hanna

Centro Universitário do Pará

Leila Maués Oliveira Hanna

Universidade Estadual do Pará



A odontologia legal é a especialidade que possibilita maior abrangência nos campos de atuação do cirurgião dentista e tem como objetivo a pesquisa de fenômenos psíquicos, físicos, químicos e biológicos; os dentistas, por sua vez, devem aplicar conhecimentos de diversas especialidades em favor da justiça. Estes fenômenos podem atingir o homem vivo, morto ou ossado, resultando em lesões parciais ou totais, reversíveis ou irreversíveis¹.

A atuação do profissional especialista em Odontologia legal é regulamentada através dos artigos 63 e 64 da Resolução CFO/2005 e se restringe à análise, perícia e avaliação de eventos relacionados com a área de competência do cirurgião dentista, podendo inclusive estender-se à outras áreas, caso isso signifique buscar a verdade no estrito interesse da administração e da justiça. Ele pode ser requisitado para ser perito em certas perícias cíveis, criminais, trabalhistas e na sede administrativa, desde que detenha conhecimentos biológicos e do direito, auxiliando nas decisões de justiça e nos serviços legais e humanitários para com a sociedade. Podemos analisar notoriamente a relação entre juízes e advogados e dentistas, especificamente cirurgiões, uma vez que todos trabalham, no contexto inserido, para fornecer o esclarecimento da justiça, apesar de existir uma inevitável convergência entre estas áreas distintas.

Ressalta-se de forma fundamentada que o perito não tem a função de julgar o fato, somente de oferecer laudos técnicos nos processos judiciais, adotando sempre uma imparcialidade, os quais podem envolver pessoas físicas e/ou jurídicas; em outras palavras procura de forma embasada esclarecer ao juiz e às partes envolvidas a natureza do problema, as causas e apontar as possibilidades². A interface entre a Odontologia e o Direito deve ser identificada como um novo e crescente mercado de trabalho.

Apesar da Odontologia legal ser uma área de atuação com poucos adeptos, ela apresenta um potencial mercadológico com excelentes oportunidades de trabalho e salário, tanto no privado como no público, principalmente quando esses profissionais optam em fazer uma segunda graduação na área do direito.

Adentrando no mundo do Direito, podemos perceber que os pacientes atualmente se tornaram mais exigentes e conhecedores da legislação brasileira, pois com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a odontologia se tornou um foco de "bem de consumo" fazendo com que o CD se torne mais exigido nos resultados dos seus tratamentos odontológicos. Aliado à falta de conhecimento da legislação que o ampara, juntamente com a displicência perante a administração de seu consultório em relação aos arquivos de documentos de seus pacientes e uma conexão ruim entre profissional-

paciente, se vê crescendo a cada ano muitos processos judiciais contra odontólogos para ressarcimento de danos morais e materiais, responsabilizando-os civilmente.

Com esse aumento das demandas judiciais a jurisprudência dos tribunais ainda está confusa sobre a maneira como se obriga a odontologia perante os pacientes atendidos por ela. Algumas especialidades como dentística, odontologia legal e coletiva são classificadas como obrigação de resultados; por outro lado a cirurgia, a endodontia e ortodontia são definidas como obrigação de meios, dado a interferência de fatores, os quais o dentista não tem como controlar e que interfira fatalmente no resultado. Devido a essa confusão mencionada anteriormente, muitos tribunais recorrem aos peritos civis para realizarem a perícia odontológica; a perícia é um procedimento indispensável para a defesa do cirurgião dentista, uma vez que irá evidenciar os aspectos técnicos necessários para o correto julgamento.

Vale ressaltar que por mais louvado que seja o magistrado, este não deve extrapolar os seus conhecimentos técnicos, solicitando auxílio para questões que fogem de sua alçada, de todo modo que a função de julgador não pode sobrepujar a perícia civil, já que esta dá embasamento jurídico-técnico para aquela. Algumas das funções que o perito civil pode atuar seriam: ressarcimento de danos, arbitramento judicial de honorários profissionais, exclusão de paternidade, estimativa de idade (casos de adoção) e avaliação de equipamentos odontológicos; ele será responsável em realizar o laudo, jamais julgar o fato, somente relatar como os observa. Ele emitirá o laudo técnico, o qual é um dos instrumentos mais importantes de um processo judicial, na medida em que o juiz pode se basear para entender a questão em si. Esse laudo deve ser imparcial em todo o andamento do caso, para fins apenas de esclarecer ao magistrado e às partes a respeito da natureza do problema, das causas e assim apontar as possibilidades de reparação e ressarcimento.

Para que não ocorram situações como esta e não seja processado, é necessário o CD se precaver em seu cotidiano clínico e uma maneira bastante eficaz e importante são os prontuários do paciente, sendo preenchidos em sua totalidade e elaborados de maneira correta para possibilitar a expressão da verdade e, com isso, a sua respectiva defesa.

Outro ponto importante é que a falta de informações e dados relacionados ao tratamento dificulta muito a atuação do perito, uma vez que necessita destes elementos para confrontar o status da boca atual do paciente com o relatado no prontuário, a fim de que seja possível evidenciar a verdade no exame pericial. Além do que, em casos em que não ocorra a perícia, o prontuário é analisado pelo Juiz e advogados, ou seja, profissionais sem capacitação em Odontologia. Dito isso, o correto

preenchimento e o número máximo de dados podem contribuir positivamente para o CD em sua defesa.

O especialista em Odontologia Legal deve utilizar seus conhecimentos em Direito para fazer a correta interpretação do termo iatrogenia, ao analisar casos na perícia civil, que deve sempre procurar por fatos e provas incontestáveis, baseando-se nos conceitos mais modernos para que sua conclusão seja certa e esclarecedora. A iatrogenia deve ser tratada com responsabilidade pelo perito, pois figura entre modalidade culposa ou excludente de licitude, por isso deve ser encarada como algo feito com a boa técnica, dentro dos padrões científicos. Entretanto, pode apresentar desfecho diferente do esperado, não configurando o erro ou culpa do profissional, que na tentativa de fazer o bem, por motivos furtivos ou de força maior, acabou fazendo o mal.

O profissional só deve ser responsabilizado civilmente se incorrer com imprudência, negligência, imperícia ou propaganda enganosa. Por esses motivos se faz fundamental importância a perícia odontológica como prova superlativa nas demandas judiciais envolvendo CD. Os Juízes não são obrigados a acatar os laudos periciais, pois o Código de Processo Civil lhe permite isso; claramente não é de bom tom arbitrar sobre algo que não conhece e tampouco domina, ainda mais sobrepujando uma análise técnica para o profissional qualificado na área. Sendo assim, a perícia tem papel fundamental no auxílio do magistrado, mostrando-se com alto grau de assertividade para resolução de demandas que envolvem a responsabilização civil do cirurgião dentista.

Em pesquisa desenvolvida³ constatou-se a importância do laudo pericial para a composição de sentenças, porém apenas 1/5 dos processos contra CD contam com a prova pericial para conclusão da sentença. Quando nos processos há solicitação de perícia pelo magistrado, a chance de a sentença ser desfavorável ao cirurgião dentista diminui 85%.

A importância da Odontologia Legal se faz presente não somente em processos judiciais, mas também extrajudiciais; hoje temos os peritos que atuam em sede administrativa, o qual efetua avaliações de convênios e aquelas em demandas internas em instituições públicas ou privadas. Sua principal função é auditar procedimentos odontológicos, evitando atividades fraudulentas.

Já em questões trabalhistas, o odontologista pode auxiliar nas investigações de infortúnios do trabalho, principalmente quando o acidente atinge a face e a boca, ou quando existem doenças profissionais, com manifestação bucal. A perícia trabalhista odontológica visa verificar e quantificar as lesões no aparelho estomatognático produzidas durante a atividade laborativa. Dependendo do tipo de ação reclamatória trabalhista, esta pode estar associada a pedidos de indenização por danos

materiais, morais ou estéticos; nesse caso os Juízes e advogados poderão solicitar uma perícia odontológica para averiguar a procedência desses pedidos.

Neste sentido, pesquisadores^{4,5} descreveram casos periciais trabalhistas. O primeiro foi relacionado a um trabalhador que utilizava veículos automotores em sua prática laboral, em que ocorreu um acidente de trabalho, havendo nexo causal e danos odontológicos, sendo que não houve condenação da empresa reclamada para indenizar seu empregado pelos danos sofridos, uma vez que foi caracterizada culpa exclusiva do trabalhador.

Já o segundo caso descreveu um caso relacionado à causa de acidente no trabalho, onde neste houve trauma facial com sequelas estéticas de pequena monta; com este laudo o magistrado condenou o empregador a realizar pagamentos por danos morais e estéticos ao empregado. O interessante desse relato é que em primeira instância o trabalhador perdeu a ação devido ele ter sido avaliado por um médico, entretanto seu advogado recorreu e solicitou que um especialista em Odontologia Legal realizasse a perícia odontológica. O magistrado acatou o pedido e anulou a sentença inicial.

Com a nova perícia encontrou-se evidências concretas que levaram o juiz a sentenciar o pagamento de danos estéticos e morais; daí a importância de o perito realizar anamnese, exame físico e solicitar/realizar exames complementares, os quais são necessários para identificar os eventuais danos, sua extensão e sua quantificação. Além da avaliação do trabalhador, pode ser necessário o exame do local em que ocorreu o fato, para diminuir eventuais dúvidas sobre as circunstâncias que ocasionaram o respectivo acidente.

A perícia odontológica deve seguir uma sequência lógica na sua efetiva realização, para a obtenção de dados fidedignos e úteis aos magistrados; essa padronização se faz muito evidente nas perícias criminais. O perito que trabalha na área criminal odontológica pode atuar na identificação do vivo, no cadáver e em perícias antropológicas (no crânio esqueletizado).

Outra área que o CD deve interferir juntamente com a justiça criminal são nos casos de violência doméstica. Isso se deve ao fato que ele tem um contato frequente com os pacientes, o que permite e facilita a identificação de sinais derivados deste tipo de violência. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que todos devem zelar pela segurança dos menores por serem considerados incapazes de se defender; ainda expõe que, quando constatado sinais de violência, é dever de todos comunicar os fatos ao conselho tutelar.

Como métodos utilizados na perícia criminal pelos odontologistas podemos citar o estudo das características da dentição, a rugoscopia palatina, a quiloscopia (impressões labiais), a análise de mordeduras, análises comparativas de dados ante-mortem e post-mortem análise de DNA (dentes e saliva). A atuação da perícia criminal odontológica é essencial para o embasamento da decisão judicial e sua atuação tem sido considerada como imprescindível para assegurar a defesa dos direitos e fundamentais das pessoas, uma vez que o funcionamento inadequado dos órgãos periciais contribui para o aumento da violência e da impunidade; normalmente o cirurgião dentista está vinculado ao Instituto de Medicina Legal (IML) ou Instituto Geral de Perícias (IGP).

Somente o CD é capaz de detalhar eventuais lesões no complexo leucomaxilofacial caracterizando sua natureza, localização, extensão, coloração, dentes e faces dentais envolvidos de forma meticulosa, uma vez que detém de conhecimentos específicos nessa área. Por este motivo são imprescindíveis para a tipificação do crime, estabelecendo pena e elucidação sobre todos os aspectos que envolvem a lesão. Apesar da relevância de sua relevância para elucidação de crimes e/ou evidências envolvendo a região da cabeça e pescoço, apenas em 17 Estados da Federação existe a regulamentação para o cargo de perito odontologista, sendo apenas 12 destes tendo atuação efetiva desses profissionais.

A tipificação penal constitui uma etapa importante em um processo criminal por lesão corporal, uma vez que se o dano for corretamente classificado perante o art. 129 do Código Penal vigente, o agressor responderá adequadamente pelo crime cometido e, se for o caso, a vítima poderá ter o direito a justa indenização, onde o laudo do exame de corpo de delito é geralmente o ponto de partida para uma ação civil de reparação de danos⁶.

Somente o odontologista é capacitado para informar se um dano corporal odontológico será de caráter temporário o permanente, entretanto o juiz pode questionar a gravidade do dano, pois não existe um parâmetro a ser seguido para o aparelho estomatognático quando se analisa o Código Penal no que tange às lesões corporais, havendo dificuldade enquadrá-las nos quesitos, o que pode ocorrer divergências nas opiniões entre os profissionais.

O CP, no artigo 129, visa apenas sobre ofensa à integridade corporal ou saúde de outrem, sendo que ela pode ser de maior ou menor repercussão. Nas lesões dolosas há classificação em leve, grave e gravíssima, entretanto na culposa não há esse tipo de divisão. As lesões dolosas leves são aquelas que causam danos de pouca repercussão física, que são biologicamente reversíveis ou de pequena extensão. Na odontologia podem-se citar as equimoses, os hematomas, as fraturas coronárias (< 1/3 da coroa) e a avulsão de dentes decíduos em fase de exfoliação.

Já as lesões dolosas graves são aquelas que podem resultar em incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, como também perigo de vida e debilidade permanente de sentido ou função. No caso de incapacidade para as ocupações, se refere não somente às ocupações natureza lucrativa, e sim à todas as ocupações do dia a dia, sendo que depois de passado esse período o perito deve verificar suas consequências e possíveis sequelas. Quando o perito tiver dúvida se o dano será permanente ou não, deverá solicitar o novo prazo para avaliação em exame complementar⁷.

Por fim, as lesões dolosas gravíssimas são aquelas em que incapacita permanentemente, havendo perda ou inutilização de sentido ou função, assim como as deformidades permanentes. Lembrando que a deformidade permanente não se limita ao rosto da vítima, mas a qualquer outra parte do corpo cujo defeito seja visível. O perito deve descrever como era o estado anterior da vítima, a extensão e gravidade das lesões permanentes, bem como a possibilidade do uso de próteses para minimizar (minorar) o dano sofrido. É importante salientar que mesmo sabendo dos efeitos psicológicos que a perda de um dente pode ocasionar na pessoa, não cabe essa constatação à perícia odontológica.

No Brasil não existe um parâmetro objetivo para valoração do dano estético em âmbito penal; alguns magistrados consideram que danos na criança são mais graves devido ao fato de sua inclusão na sociedade se tornar mais difícil e a reabilitação protética definitiva acabar sendo postergada, causando assim um prejuízo estético por um longo período de suas vidas.

Uma das ramificações da perícia criminal é a odontologia forense, a qual ocorre a identificação de cadáveres de seres humanos em casos isolados ou desastres que ocasionem mortes em massa; agilizando o processo de identificação, a utilização de imagens do sorriso, exames de DNA e exames odontológicos colaboram de forma mais específica para esse reconhecimento das vítimas. A Queiloscopia e a Rugosidade Palatina são técnicas de fácil execução que funcionam como exames auxiliares, não sendo possível ainda sua utilização como prova judicial definitiva.

O exame de um corpo por meio da boca e das arcadas dentárias pode ser fundamental em uma perícia criminal, já que não existem dentições análogas, os dentes são estruturas altamente resistentes e fornecem informações individuais que podem auxiliar nas investigações. A resistência dos dentes e dos materiais odontológicos (restaurações) são fatores que viabilizam a utilização do método odontológico nas identificações post mortem, principalmente nos corpos carbonizados putrefatos e esqueletizados. Com efeito, a indestrutibilidade é uma característica que confere maior resistência ao dente do que o próprio osso a altas temperaturas (600-650 graus Celsius)⁸.

A ciência da identificação de marca de mordida pode ser usada para vincular um suspeito à um crime. Essa análise pode elucidar o tipo de violência e o tempo decorrido entre a sua produção e identificação, o que permite mostrar se a marca foi produzida em vida ou pós morte e, no caso de várias mordidas, identificar a sua sequência. É útil para estabelecer uma ligação entre a pessoa mordida e o mordedor ou excluir os inocentes.

Geralmente são observados em casos de abuso sexual, homicídio, violência doméstica, assaltos, abuso infantil, entre outros.

A Queiloscopia é o estudo das impressões labiais com base em características como espessura e disposição das comissuras dos lábios. Eles possuem marcas exclusivas de uma pessoa, permanentes e imutáveis, assim como a impressão digital; pode-se facilmente identificar esse tipo de impressão com uso de técnicas fluorescentes. A técnica de rugoscopia palatina é o estudo baseado nas rugas palatinas, levando em conta que aspectos como o comprimento, a orientação e a configuração variam de forma significativa em indivíduos diferentes. Por serem imutáveis, em condições normais, por toda a vida, são eficientes na identificação humana em cadáveres recentes. Extrema sucção digital e constante pressão devido ao tratamento ortodôntico podem provocar alterações nos seus padrões.

Em vítimas desdentadas o único recurso existente na odontologia é a análise da rugosidade palatina. Embora hoje já seja possível fazer a coleta de DNA através da saliva, fator tempo é determinante para a realização deste exame. A análise do DNA em amostras forenses tem sido crescente nos processos de identificação humana, e a Odontologia Legal vem participando cada vez mais nesse processo através da coleta de material extraído do dente e saliva; essa análise pode ser feita até mesmo no elemento dental submetido a altas temperaturas (500 e 600 °C pelo período de 60 minutos). Em situações nas quais ocorrem incêndios, explosões, que restringe a recuperação de informações a partir de restos mortais, os dentes apresentam-se como material eletivo para análise de DNA.

Diante de todos os argumentos é fundamental afirmar que a Odontologia Legal tem se tornando uma chave principal para o desvendamento de casos que a justiça só consegue através da atuação do conhecimento específico desse profissional, entretanto necessitasse de maiores investimentos em infraestrutura, salários, estruturação de carreira nos órgãos competentes, isto é uma maior valoração da importância que este tem dentro do sistema judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Brasil. Conselho Federal de Odontologia. Consolidação das normas para procedimento nos Conselhos de odontologia: aprovada pela resolução CFO n063. Rio de Janeiro; 2005.
2. Goncalves PE. O perfil de ensino das disciplinas de bioética profissional (ou deontologia) e odontologia legal das faculdades de odontologia brasileira [tese]. Araçatuba (São Paulo): UNESP-Universidade Estadual Paulista; 2009.
3. Andrade et. Al Research, Society and Development, v. 10, n. 2, e29210212465, 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v10i2.12465>
4. SCORALICK, R.A.; BARBIERI, A.A.; MORAES, Z.M.; FRANCESQUINI JÚNIOR, L.; DARUGE JÚNIOR, E. ; NARESS, S.C.. Identificação humana por meio do estudo de imagens radiográficas odontológicas: relato de caso. Rev. odontol. UNESP, [S.l.], v.42, n. 1, p. 67-71. jan. 2013.
5. Viviane ULBRICHT, Cristhiane Martins SCHMIDT, Eduardo DARUGE JUNIOR, Alicia PICAPEDRA, Carlos SASSI, Luiz FRANCESQUINI JUNIOR. Indenização por danos estéticos e morais decorrentes de fratura mandibular ocasionada por acidente de trabalho- Relato de Perícia Odontológica Trabalhista. Revista Brasileira de Odontologia Legal-RBOL. 2016; 3(2): 110-117.
6. Brasil. Código Penal. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decretolei/Del2848compilado.htm>.
7. Nucci GS. Código Penal Comentado. 13 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais; 2013.
8. Daruge E Massini N. Direitos Profissionais na Odontologia. [s.l.]: Saraiva; 1978. 608 p.

Capítulo 3



10.37423/220906543

O ACESSO ESSENCIAL ÀS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

Dilmar Xavier da Paixão

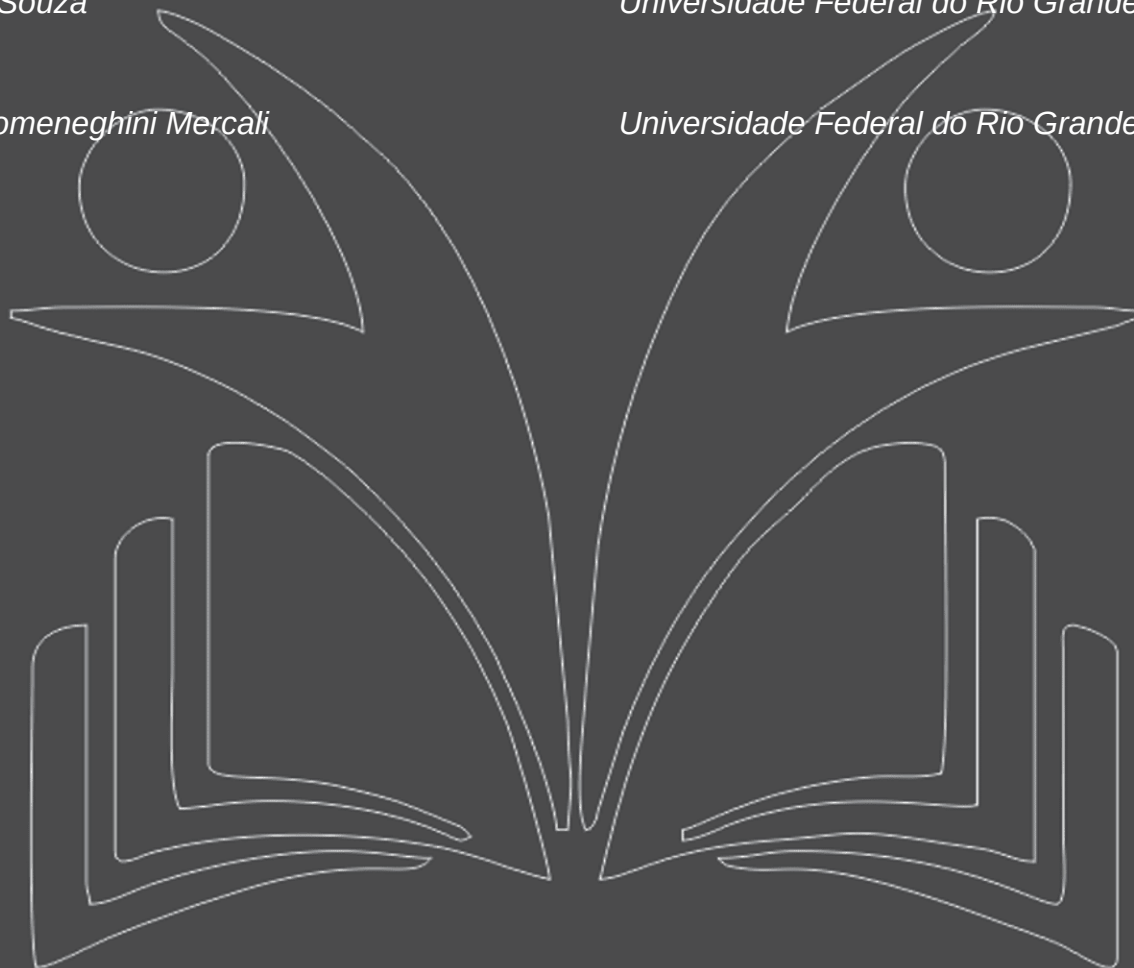
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Scheila de Souza

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Gabriele Domeneghini Mercali

Universidade Federal do Rio Grande do Sul



Resumo: Da invenção do telefone por Antônio Meucci (1856), à sua popularização por Alexander Graham Bell (1875), ao telefone móvel (1947), à internet (1969), grandes avanços aconteceram. O uso inicial dessas tecnologias esteve restrito a um pequeno número de pessoas, apresentando-se essencial e praticamente impossível conceber a vida atual sem o uso desses recursos. A legislação brasileira reconheceu a essencialidade das telecomunicações na Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve e define as atividades essenciais e necessidades inadiáveis da comunidade. A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres do uso da internet no Brasil, expressou a essencialidade do serviço. No Brasil, o fornecimento dos serviços de telecomunicações se dá por regime de concessão e, por se tratar de serviço público, é regulamentado pela Agência Nacional de Telecomunicações-ANATEL, reconhecido como serviço essencial a ser fornecido de maneira universal e contínua. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, as concessionárias são obrigadas a fornecer os serviços de forma adequada, eficiente, segura e, quanto aos essenciais, contínua. O telefone, inicialmente concebido para realizar e receber ligações, atualmente suporta outras funções: trabalhar, estudar, fotografar, filmar, pagar contas, comprar, vender, ouvir músicas, assistir filmes, acessar redes sociais, dentre outros. A conectividade transformou a forma como convivemos. Negócios estão sendo alterados pela velocidade e amplitude das informações, sendo indispensável que o serviço de telecomunicações seja prestado contínua e universalmente, como previsto na Lei Geral de Telecomunicações, de modo a não trazer prejuízos para o desenvolvimento humano e social. Neste contexto, o serviço de telecomunicações está efetivamente sendo entregue aos consumidores de maneira universal e contínua? Este trabalho objetiva expor a essencialidade dos serviços de telecomunicações e discorrer sobre possibilidades no setor, para assim aprimorar ideias referentes aos direitos dos consumidores às telecomunicações como serviço essencial, contínuo e universal. A metodologia caracteriza-se por pesquisa aplicada, de natureza explicativa e método dedutivo, tipo pesquisa bibliográfica e documental, organizada por meio de relato da experiência, método qualitativo, caráter descritivo e analítico. Aponta como resultados, a evolução legislativa brasileira acerca da universalização dos serviços e perceptivas melhorias. Faz-se ato reflexivo e criticidade acerca da atuação da ANATEL, como agência reguladora, entidade integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações. Pondera-se o direito dos consumidores, ramo do direito privado e a evolução trazida pelo Código de Defesa do Consumidor em consonância com a Constituição Federal e a aplicação da Resolução 632, de 2014, da ANATEL, conhecida como Regulamento Geral de Direitos dos Consumidores de Serviços de Telecomunicações

e suas significativas contribuições quanto aos atendimentos prestados. Denota-se a relevância de um órgão atuante com papel fundamental para o desenvolvimento do setor, crescimento e proteção dos direitos dos consumidores, bem como a entrega universal e contínua desses serviços.

Palavras-chave: Telecomunicações; Essencialidade; Consumidor; Universalidade.

INTRODUÇÃO

As telecomunicações estão cada vez mais presentes no mundo moderno. Sobreviver sem elas parece ser um desafio descomunal e ilimitado. Esses serviços, inicialmente privilégios de pequeno grupo de pessoas, com a evolução da sociedade, assumiram funções primordiais. A interrogação que se impõe é: - esse serviço de telecomunicações está efetivamente sendo entregue aos consumidores de maneira universal e contínua? Procurando responder ao questionamento, este trabalho intenciona expor a essencialidade desses serviços e discorrer sobre possibilidades no setor, para aprimorar ideias referentes aos direitos dos consumidores às telecomunicações como serviço essencial, contínuo e universal.

Desde 1989, esse serviço é reconhecido como essencial no Brasil. A Lei nº 7.783 dispõe sobre o exercício, o direito de greve e define as atividades essenciais e necessidades inadiáveis da comunidade (BRASIL, 1989). Historicamente, viveram-se momentos de maior intervenção na economia e o setor de telecomunicações era explorado pela União, Estados e Municípios. No governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995 – 2002), a privatização atingiu às telecomunicações e, com isso, surgiu a sua Agência Reguladora de Telecomunicações - ANATEL.

Como entidade reguladora, a ANATEL possui caráter normativo, fiscalizador, sancionador, buscando garantir uma relação saudável e competitiva entre as concessionárias e a resolução de conflitos entre os operadores e usuários do sistema (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 2020).

Este estudo parte de uma retrospectiva dos serviços telecomunicacionais no Brasil para comentar sobre o direito do consumidor e a essencialidade e misteres desses ofícios, diante do sistema de concessão pública e requisitos para a conectividade das pessoas. Vale-se, para alcançar esse intento indicado, da metodologia caracterizada como pesquisa aplicada, de natureza explicativa e método dedutivo, tipo pesquisa bibliográfica e documental, organizada por meio de relato da experiência, método qualitativo, caráter descritivo e analítico.

Ampliar a divulgação e aprimorar ideias concernentes aos direitos dos consumidores às telecomunicações de maneira contínua e universal liga-se, intrinsecamente, ao pensamento da essencialidade desse tipo de serviço concedido pelo poder público em benefício do coletivo das pessoas.

O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

Historicamente, a economia brasileira viveu momentos de maior e menor intervenção estatal. Com a proclamação da Independência (1822) e a instalação do Primeiro Reinado (1822-1831), o Brasil deu os primeiros passos rumo ao liberalismo econômico, criando forma durante o Segundo Reinado (1840-1889), com o surgimento do Código Comercial de 1850. Alguns serviços básicos começaram a ser fornecidos através de concessão, aponta Efig (2009, p.26): “No campo dos serviços públicos, as atividades eram desempenhadas por particulares, em um ambiente de baixa regulação (basicamente concessão contratual)”.

Em 1852, o Telégrafo chega ao Brasil para modernizar e facilitar a comunicação entre o Palácio Imperial e o Quartel de Campo no Rio de Janeiro (MACIEL, 2010). Assim como no caso do Telégrafo, foi D. Pedro II quem trouxe o telefone ao Brasil, após conhecer a invenção de Graham Bell, em 1876, nos Estados Unidos.

Em 1877, o telefone chegava ao Brasil e, nos anos seguintes, começava a ser oferecido aos brasileiros. A propriedade era da União, mas concedida à exploração de particulares. Empresas estrangeiras começaram a oferecer o serviço, especialmente, nas cidades onde havia concentração maior de pessoas.

Com a Proclamação da República (1889), no governo Deodoro da Fonseca (1889-1891), as linhas telegráficas e de telefone foram oficialmente declaradas propriedade da União, cabendo a esta, o exercício exclusivo da fiscalização. As concessões existentes foram mantidas e o fornecimento do serviço entrou em expansão (EFING, 2009).

Durante a primeira metade do século XX, Santos (2006, p.26) discorre sobre a ampliação do serviço de telefonia, e cita o apontamento de Teixeira e Toyshima: “Nesse período, que se estendeu de 1912 até o início da Segunda Guerra Mundial, vários telefones foram instalados no país. Já nos anos da guerra houve certa paralisia no setor”, como nos demais âmbitos do País.

Com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, houve grande intervenção na economia, ratificando ao Poder Executivo, o controle exclusivo sobre as concessões de serviços de telecomunicações existentes. Era uma questão estratégica do governo e uma forma de organizar o setor, segundo menciona Efig (2012, p.29): “Foram criados diversos ‘Departamentos’ e ‘Conselhos’ estatais (considerados os precursores das modernas Agências Reguladoras), voltados ao planejamento, à fiscalização e à execução de políticas públicas”.

A Constituição de 1946 descentralizou o poder da União, com relação aos serviços de telecomunicações, passando esses serviços à administração dos estados e municípios e, no ano de 1950, a televisão chegava ao Brasil através da Rede Tupi, criada pelo empresário Assis Chateaubriand (SOUZA, 2020).

A desorganização estatal, cumulada com a quantidade de concessionárias que ofereciam o serviço, apresentavam os primeiros problemas do setor, nas palavras de Santos (2006, p.27):

No ano de 1962, o país possuía pouco mais de 1 milhão de linhas telefônicas e mais de 900 concessionárias de serviços telefônicos atuando no país. [...] Os entraves acarretados pela grande diversidade de empresas que operavam no país levavam a um cenário de fragmentação, de diferentes padrões técnicos de operação, de métodos administrativos variados e de mau funcionamento do setor.

Como estratégia, embasada no desenvolvimento nacional, acrescentada a grande quantidade de problemas enfrentados, surge o Código Brasileiro de Telecomunicações, a primeira lei do setor com o intuito de organizá-lo:

A Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e colocou o serviço sob controle de uma autoridade federal - Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) - subordinado diretamente à presidência da República (NEVES *apud*, SANTOS 2006, p.28).

Desta forma, o Código Brasileiro de Telecomunicações vinculou, através Conselho Nacional de Telecomunicações e do Sistema Nacional de Telecomunicações, as concessionárias existentes.

A Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL) foi criada em 16 de setembro de 1965, embora sua existência estivesse prevista na Lei nº 4.117/1962, financiada pelo Fundo Nacional de Telecomunicações, com a finalidade de operacionalizar as ligações de longa distância nacionais e internacionais.

A Lei nº 5792/72 criou a TELEBRÁS (Telecomunicações Brasileiras S.A.), vinculada ao Ministério das Comunicações, como concessionária geral, enquanto as demais, uma por estado, estavam subordinadas a essa; ampliando em território nacional, o acesso ao serviço, conforme apresenta consulta ao site do Senado Federal. Em Brasil (2011, s.p.) consta:

Em 1973, a exploração dos serviços públicos de telecomunicações foi unificada sob o controle de uma única empresa concessionária em cada estado, que adquiriram as demais empresas. Em 1974, a Telebrás foi designada “concessionária geral” para todo o território nacional. Na primeira década de operação, a Telebrás saiu do patamar de 1,4 milhão de telefones, em 2,2 mil localidades, para 5,8 milhões de telefones, em 6,1 mil localidades.

Nos anos 80, durante a transição entre o fim do regime militar e a promulgação da Constituição Cidadã (1988), o Brasil apresentava grande instabilidade política e econômica. Ainda assim, avanços tecnológicos no setor aconteceram. Expressa Santos, (2006, p.30): "Em 1985 e 1986 foram lançados satélites que permitam a integração do território nacional e iniciou-se a implantação a telefonia móvel". Mesmo que restrito a um pequeno grupo de pessoas, o serviço já poderia ser oferecido.

Na década seguinte, embora a turbulência econômica e política do País, houve a abertura econômica, nasceram alguns conselhos e departamentos que inspiraram as agências reguladoras atuais. No governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995 – 2002), a privatização chega às telecomunicações e, com a privatização, então surge a Agência Reguladora de Telecomunicações - ANATEL. É o que registra a seguinte citação:

Com o plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995, o governo Fernando Henrique Cardoso voltou-se à abstenção no desempenho direto das atividades empresariais, focando na regulação normativa e na descentralização operacional das atividades econômicas, inclusive o setor dos serviços públicos (EFING, 2009, p.30).

Um novo cenário se define, embora politicamente o clima fosse instável diante da resistência à privatização, abriu-se o mercado brasileiro para as telecomunicações e, conseqüentemente, a redefinição do papel do Estado.

A Emenda Constitucional nº 8, de 1995, traduz o marco da privatização do setor, retira da União o monopólio dos serviços de telecomunicações, restringindo sua competência fiscalizadora e promotora de desenvolvimento.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 8, DE 15 DE AGOSTO DE 1995

Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

[...]

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

[...] XII -

a) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional. (BRASIL, 1995).

A partir desse novo paradigma, o setor foi reestruturado, tirando do Estado a responsabilidade direta do oferecimento dos serviços, passando a regular e promover o desenvolvimento econômico e social, através do regime de concessão (EFING, 2009).

Essa concessão do serviço de telecomunicações não se trata de concorrência aberta, pois o Estado impõe as regras para a prestação do serviço e os interessados devem preencher os requisitos, cumprir o previsto em contrato, se responsabilizando pelos riscos do negócio, restando ao Estado a responsabilidade quanto à fiscalização dos serviços.

Em serviços públicos, por seu turno, é o Estado que estabelece todas as condições que devem ser preenchidas pelos agentes para poderem concorrer no desempenho de determinada atividade. É ele quem define a formatação do mercado, controlando o acesso ao mesmo. Ora, se a liberdade de acesso a determinado mercado é restrita pela ação estatal, os mecanismos de controle concorrencial terão sua eficácia mitigada pela limitação no número de competidores, impondo a conclusão lógica de que, neste caso, o Estado tem maior —responsabilidade— na fiscalização e controle daquele setor econômico (EFING, 2009, p.32).

O Estado passa de agente ativo para regulador, fiscalizando e sancionando as atividades do setor através da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), entidade integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações.

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, expressa em seu artigo 1º, a competência da União, que com a privatização, deixou de oferecer os serviços de maneira exclusiva e passou a regulá-los.

Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências (BRASIL, 1997).

O marco histórico para o setor restou estabelecido pela Lei Geral de Telecomunicações, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações e a reorganização do Sistema Telebrás, nas palavras de Lins (2017, p.48):

O cerne da construção institucional que envolveu a privatização das telecomunicações deve ser encontrado na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT). Seu debate foi longo, complexo e demandou grande pressão política do governo. A lei determinou a criação de um órgão regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel),

estabelecendo a sua organização e os princípios e diretrizes da ação regulatória para o setor. Também estabeleceu a reorganização do Sistema Telebrás e sua consolidação em quatro empresas incumbentes do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), para fins de privatização.

Reafirma-se que a ANATEL integra a administração pública federal indiretamente, sendo submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com função reguladora das telecomunicações (BRASIL, 1997, art.8º, lei 9.472/97).

Subordinada ao poder executivo do Estado, possui caráter normativo, fiscalizador, sancionador, buscando garantir relação saudável e competitiva entre as concessionárias e a resolução de conflitos entre os operadores e usuários do sistema, leciona Efig (2009, p.31):

As agências reguladoras são responsáveis pelo desenvolvimento das políticas públicas em determinado setor de serviços públicos ou em outras atividades de interesse público. Desempenham suas atividades com relativa autonomia orçamentaria e administrativa, desenvolvendo papel eminentemente normativo. Suas principais funções são: a fiscalização das concessionárias e a resolução de conflitos entre os operadores e usuários do sistema.

A Lei Geral de Telecomunicações traz em seu artigo 63, o regime jurídico no qual se enquadra os serviços de telecomunicações, sendo serviço público oferecido por concessão, ou permissão, onde há obrigação da prestadora a oferecer serviços continuamente, não sendo permitida a interrupção dos serviços, com exceção aos casos previstos em lei.

Ainda deverá ser oferecido de acordo com o princípio da universalização, sendo que todos brasileiros, indistintamente, deverão ter acesso ao serviço, nestes termos:

Art.63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. (BRASIL, 1997).

Concretizando a realidade prática da telefonia no Brasil, salienta-se que o País conta, na atualidade, com 36 milhões de acessos banda larga fixa; 234,1 milhões de acessos de telefonia móvel; 30,2 milhões de acessos de telefonia fixa; 14,9 milhões de acessos de TV's por assinatura (ANATEL, 2021). Uma de suas principais referências está no direito do consumidor, como está exposto a seguir.

O DIREITO DO CONSUMIDOR NO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES

Os serviços de telecomunicações formam o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações, enquanto o conceito de telecomunicações, em síntese, é a transmissão, emissão

ou recepção de informações por meios técnicos, conforme artigo 60 da Lei nº9472/97 – Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. (BRASIL, 1997)

O Código de Defesa ao Consumidor (CDC), de 1980, resguardava a proteção ao usuário dos serviços públicos, com especial ênfase aos serviços essenciais, que devem ser fornecidos de maneira continuamente, como direito do consumidor.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

[...]

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. (BRASIL, 1990).

O Regulamento Geral dos Consumidores de Telecomunicações - Resolução nº 632, de 2014, complementa-se com o CDC, a fim de atingir a finalidade proposta - defesa dos consumidores - à luz da Constituição Federal, visto que o direito do consumidor é garantia fundamental (art.5º, XXXII, CF/88), aplicando-lhes a norma mais benéfica, conforme reforçam os autores Tartuce e Neves (2017, p.25):

Repise-se que, de acordo com tal comando, os direitos previstos no CDC não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de **regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes**, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Nesse contexto, é possível que a norma mais favorável ao consumidor esteja fora da própria Lei Consumerista, podendo o intérprete fazer a opção por esse preceito específico. (*grifo nosso*).

O Regulamento Geral de Consumidores de Telecomunicações demonstra a evolução do setor, uma vez que estabeleceu regras sobre atendimento, cobrança e oferta de serviços em documento próprio. Estabelece os direitos e deveres dos consumidores, princípios, prazos para respostas as suas solicitações e demais regras que norteiam a prestação do serviço e a conseqüente relação de consumo. Ainda, definiu as regras gerais da relação entre as prestadoras e consumidores, demonstrando o

avanço da Agência com relação à proteção aos consumidores, embora os números de reclamações sejam muito elevados.

Segundo a ANATEL, foram registrados no ano de 2019, um total de 2,98 milhões de reclamações contra prestadoras, aumento de 1,28% sobre o ano anterior. Embora os números de 2015 não tenham sido superados, naquele ano (2015), as operadoras ainda estavam se adequando ao citado Regulamento.

De acordo com o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor PROCON-PR, no ano de 2018, as operadoras de telefonia ocuparam as primeiras colocações em número de reclamações no órgão, (SENACON, 2019, p.1): “As operadoras de telefonia vem ocupando, tanto em 2017 quanto em 2018, os primeiros lugares, sendo responsáveis pelo maior volume de atendimentos no PROCON-PR”:

Segundo a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), as operadoras de telecomunicações representaram no ano de 2018, um índice de 40,3% do total de reclamações registradas, sendo o setor campeão em reclamações. O segundo lugar ficou para bancos, financeiras e administradoras de cartão de crédito, com 22%. As reclamações podem ser registradas pelo site <https://www.consumidor.gov.br/> e o atendimento é direcionado para a empresa reclamada, buscando a solução do problema. O índice de solução apontado para as reclamações das operadoras de telefonia foi de 89,9% (SENACON, 2019).

Ainda, de acordo com o site do Reclame Aqui, no ranking das piores empresas nos últimos 30 (trinta) dias, consultado em 18/04/2020, apresentaram-se entre as dez primeiras colocações, cinco operadoras de telecomunicações:

A partir da avaliação que o consumidor dá para a organização nós construímos o nosso Ranking e assim, ajudamos pessoas que querem analisar como está a situação das empresas no site, qual sua colocação e descobrir como vai o seu atendimento (RECLAMEAQUI, 2020).

De acordo com os dados apontados, é possível identificar as dificuldades do setor. A comunicação via telefone e internet é tão importante que se apresenta praticamente impossível conceber, na atualidade, as rotinas pessoais e corporativas sem o uso desses serviços; portanto, a sua essencialidade é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro.

A ESSENCIALIDADE DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Há alguns marcos representativos de grandes avanços no setor das comunicações. Convém citar a invenção do telefone por Antônio Meucci em 1856, e sua popularização por Alexander Graham Bell em 1875; o telefone móvel, em 1947 e a internet em 1969.

A ampliação do uso dessas tecnologias prova quão essenciais são a aquisição e o uso dessas tecnologias, que, inclusive, servem de apoio para tantas outras.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a projeção da população brasileira em 2020 é de aproximadamente 211 milhões de habitantes (IBGE, 2020). Se o País conta com 234,1 milhões de acessos de telefonia móvel (ANATEL, 2021), por exemplo, na prática, os números de telefonia móvel representam que há mais de uma linha ativa, por habitante.

A legislação brasileira reconheceu a essencialidade das telecomunicações constando na Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, a disposição sobre o exercício do direito de greve, bem como a definição de atividades essenciais e necessidades inadiáveis da comunidade:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

VII - telecomunicações; (BRASIL, 1989)

A lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece os princípios, as garantias, os direitos e os deveres do uso da internet no Brasil, também reafirmou essa essencialidade do serviço, conforme segue:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

[...]

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

[...]

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI - a finalidade social da rede.

[...]

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania [...] (BRASIL, 2014).

Com vistas à essencialidade do serviço de telecomunicações, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - Coordenação Geral de Supervisão e Controle - do Ministério da Justiça, emitiu Nota Técnica de nº 62/CGSC/DPDC/2010 expressando a opinião do órgão acerca da essencialidade do aparelho celular no dia a dia das pessoas.

I. Relatório

01 Trata-se de parecer técnico acerca do direito do consumidor de exigir, em caso de vício em aparelho celular, o cumprimento imediato das

alternativas previstas no art. 18, §1º, da lei nº8078/90 perante quaisquer fornecedores inclusive varejistas e fabricantes. (MIGALHAS, 2011).

A nota demonstra a preocupação acerca da essencialidade e do grande número de usuários que utilizam celulares e a inexistência de conceito rígido para definir “produto essencial”. O reconhecimento do celular como essencial protege o princípio da confiança, pois possuem perspectiva de uso imediato.

Para o relator, a essencialidade é importante para proteger o princípio da confiança, uma vez que certos produtos encerram a expectativa de uso imediato, dispensando o prazo de 30 dias estipulado pelo CDC. (MIGALHAS, 2011).

Historicamente, a primeira chamada realizada por um telefone móvel, ocorreu em 1972, quando, Martin Cooper telefonou para o rival, Joel S. Engel, dizendo que estava fazendo uma ligação de um telefone celular de verdade, um portátil nas palavras de Miranda (2017, s.p.):

Em 1973, Martin Cooper telefonou para Joel S. Engel, o seu rival na Bell Laboratories de uma rua de Nova Iorque e disse: “Joel, estou te ligando de um telefone celular, um telefone celular de verdade, um portátil!” Estas foram às primeiras palavras emitidas de um telefone sem fios[...].

Estima-se que atualmente há 5,1 bilhões de pessoas no mundo usando algum aparelho celular. Esse número representa, aproximadamente, 67% da população mundial (WAKKA, 2019).

Inicialmente concebido para realizar e receber ligações, na contemporaneidade o aparelho suporta outras funções como: trabalhar, estudar, fotografar, filmar, pagar contas, comprar, vender, ouvir músicas, assistir filmes, acessar redes sociais e outros. A conectividade transformou maneiras e formatos de como convivemos.

Com relação aos serviços, essencial é aquele cuja interrupção trará sérios danos aos cidadãos. Neste contexto, Martins (2019, p.14) resgata a ideia de Nascimento (2011) na qual o fornecimento dos serviços de telecomunicações deverá ocorrer de forma eficiente e segura:

[...] atividade essencial deve ser o serviço cuja interrupção poderá colocar em perigo a vida, a segurança e a saúde das pessoas, em parte ou na totalidade da população, e não simplesmente, os serviços cuja cessação possa causar mero incômodo ao cidadão.

De acordo com decisão jurisprudencial, o serviço de telefonia deverá ser fornecido de forma contínua e eficiente, sem vícios à finalidade de comunicar e conectar o cidadão.

A prestação de serviços de telefonia, pela sua natureza, é essencial e de especial importância não só aos proprietários de linhas telefônicas, como também à própria coletividade e à administração pública, cujo fornecimento deve ser

eficiente e contínuo, sem vício a torná-lo inadequado a sua finalidade (TRF5ª-PE, 2014, p.17).

Os avanços tecnológicos na área das telecomunicações contribuíram para a evolução da sociedade alterando a forma como vivemos. A internet nos permitiu conectar-se com o mundo, porém não estamos somente conectados, mas enraizados neste novo modelo social para Blum (2013, p.159): “A internet é uma constrição humana espalhando seus tentáculos pelo mundo”.

Negócios estão sendo alterados pela velocidade e amplitude das informações. Neste ponto é indispensável que o serviço de telecomunicações seja prestado contínua e universalmente, como previsto na Legislação Geral de Telecomunicações. Essa lei apresenta um capítulo exclusivo para tratar das obrigações de universalização e da continuidade, estabelecendo que essas finalidades sejam objeto de metas periódicas.

A universalização prevê a possibilidade de acesso às telecomunicações a qualquer pessoa ou instituição, independente da região do País que se encontre ou sua condição econômica, complementado pela continuidade que prevê o seu acesso ininterrupto, conforme prevê artigo 79 da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

A ANATEL atua controlando e fiscalizando o setor e o seu papel posiciona-se na busca pela ampliação do acesso aos serviços, realizado através de Planos Gerais, Resoluções e Editais de Radiofrequências, dentre outras ações regulatórias (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 2020).

Dentro do Plano de Universalização da Telefonia Fixa foram editados Planos Gerais de Metas de Universalização, quais sejam: Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998 – PGMU I; Decreto nº 4.769, de 27 de junho de 2003 – PGMU II; Decreto nº 7.512, de 30 de junho de 2011 – PGMU III; Decreto nº 9.619, de 20 de dezembro de 2018 – PGMU IV e atualmente em vigor o Decreto nº 10.610, de 27 de janeiro de 2021.

Ainda foram lançados o Plano Nacional de Banda Larga (PNBL); Ampliação do serviço móvel celular; Ampliação da banda larga fixa e Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações – PERT, que apresenta os números de banda larga fornecidos no País e as demandas de cada região (ANATEL, 2021).

O PERT apresenta informações referente a banda larga e demais serviços, possibilitando à ANATEL, com base em informações precisas, criar planos que sejam executados no País para a devida conexão necessária a interligar os brasileiros com o mundo, com especial enfoque para as deficiências estruturais nas redes de transporte e de acesso.

Previsto no art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, o Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações – PERT contém o diagnóstico do atendimento com banda larga no país, a fim de possibilitar que a Agência identifique se existe infraestrutura capaz de atender as demandas em cada região, para permitir a adoção de ações efetivas de qualidade, ampliação do acesso, disponibilização de espectro, estímulo à competição, dentre outras (ANATEL, 2021, s.p.).

Segundo dados do Relatório Semestral de Infraestrutura 2020 - 1º Semestre/2020, o mercado móvel apresentou um amadurecimento das ofertas com ampliação do serviço pós-pago. O serviço de telefonia fixa e TV apresentou uma pequena queda, enquanto a banda larga fixa, calculada por meio da divisão dos acessos por população (e não por domicílio), encontra-se acima da média mundial, conforme os dados:

- A quantidade de acessos móveis apresenta leve redução ao longo dos últimos 5 (cinco) anos, com tendência de estabilização em torno dos 100% de penetração, acompanhando a média mundial. O mercado móvel apresenta um amadurecimento das ofertas, com ampliação do serviço pós pago (49,3%) e com 87% dos terminais com acesso à banda larga (3G e 4G).
- As seguidas quedas entre os serviços de telecomunicações de uso residencial (TV e Telefonia Fixa), não afetaram o crescimento do serviço de banda larga fixa (SCM) que apresenta evolução constante ao longo dos anos, alcançando 47,8% de densidade (quantidade de acessos dividida pela quantidade de domicílios).
- Em relação à penetração da banda larga fixa, calculada por meio da divisão dos acessos por população (e não por domicílio), o Brasil, com 15,8%, encontra-se acima da média mundial (14,9%), mas ainda distante de países desenvolvidos (33,6%) (ANATEL, 2021, p.6 e 7).

Além dos números apresentados, o Relatório apresenta a expressiva evolução na quantidade de acessos de fibra ótica:

- Houve evolução na quantidade de acessos de fibra ótica (FTTH), que representa 36,7% dos acessos totais, com impacto positivo na média nacional de velocidade que alcançou, em março de 2020, 58,7 Mbps. Os acessos de banda larga fixa com mais de 12 Mbps de velocidade já somam 68,8% dos acessos totais. (ANATEL, 2021, p. 7).

Embora os números apontados sejam positivos, há expressivas lacunas que ampliam a exclusão social e econômica de um minoritário grupo, ainda muito significativo de brasileiros, a serem supridas em um mundo cada vez mais conectado.

Neste sentido, é possível confirmar que ainda estamos distantes da entrega universal e contínua dos serviços de telecomunicações, visto que, pelos dados expostos, as regiões Norte e Nordeste do País são as menos atendidas. Os números demonstram que 1.558 municípios brasileiros (de um total de 5.570), sem *backhaul* de fibra ótica. Um índice de 1.350 dos municípios brasileiros constam apenas com um provedor de internet, o que limita, demasiadamente, a escolha do serviço

Backhaul são consideradas as ramificações das redes de telecomunicações que conectam as redes locais (redes de acesso) ao núcleo da rede – *backbone*. Por sua vez, *Backbone* é um núcleo da rede de telecomunicações que permite a interligação das redes de todos os provedores de serviço nacionais, interconectando todas as regiões do país e possibilitando a troca de informações (inclusive o acesso à internet) em âmbito nacional e internacional (ANATEL, 2021).

Ao todo são 1.558 municípios sem *backhaul* de fibra ótica, sendo a maioria deles (53%) nas Regiões Norte e Nordeste do país, além dos municípios na região norte do Estado de Minas Gerais. A existência de fibra ótica no *backhaul* tem dois efeitos positivos sobre a prestação do serviço nos municípios contemplados: aumento da velocidade média e aumento da densidade de acessos. A despeito do atendimento com fibra ótica, ainda há 1.350 municípios com apenas um provedor dessa infraestrutura, o que indica um atendimento ainda não satisfatório (ANATEL, 2021, p. 8).

Com vistas à cobertura de telefonia móvel observa-se que os centros mais populosos são mais atendidos, enquanto as regiões menos populosas ainda precisam ser atendidas.

Em relação às localidades não sedes, cuja obrigação de cobertura com telefonia móvel não está prevista para as prestadoras, chega-se ao diagnóstico de que apesar de 85,14% dessas localidades não estarem cobertas com telefonia móvel, apenas 27,34% da população residente nelas não está atendida com o serviço. Conclui-se, portanto, que grande parte das localidades mais populosas já estão atendidas, restando o desafio de atender a um grande quantitativo de localidades que possuem uma baixa densidade populacional. (ANATEL, 2021, p. 35)

Dentre as propostas da ANATEL para o atendimento das lacunas existentes, encontram-se a ampliação e expansão dos serviços, com previsão de conclusão em dois anos:

- 1) Ampliação da rede de transporte de alta capacidade (*backhaul*) com fibra ótica nos municípios que ainda não dispõem dessa infraestrutura;
- 2) Ampliação da rede de transporte de alta capacidade (*backhaul*) com rádio IP, satélite ou outra tecnologia de alta capacidade;
- 3) Expansão do SMP com tecnologia 3G ou superior em distritos não sedes, ainda sem atendimento;

- 4) Expansão do SMP com tecnologia 4G ou superior em municípios com população abaixo de 30 mil habitantes, ainda sem atendimento;
- 5) Expansão da rede de acesso de alta velocidade nos municípios com *backhaul* de fibra óptica e baixa velocidade média;
- 6) Implantação de redes públicas essenciais;
- 7) Expansão do SMP com tecnologia 3G ou superior, em estradas ou áreas rurais ainda sem atendimento (ANATEL, 2021, p.8 e 9).

Pode-se acrescentar que os serviços de telecomunicações são regulados pela ótica da universalização, considerando-se que a ANATEL, enquanto Estado, regulamenta, fiscaliza e sanciona, trabalhando para cumprir a finalidade da sua criação formal.

Os consumidores, por sua vez, têm urgência, posto que o serviço pela essencialidade que apresenta coloca os usuários em nível de dependência neste mundo cada vez mais conectado.

O serviço de telecomunicações se trata, indiscutivelmente, de um direito essencial ao serviço da cidadania e a sua efetiva prestação deverá ser eficaz, conforme prevê a legislação brasileira, para que, assim, se continue evoluindo como atividade pública e concessão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso essencial aos serviços de telecomunicações no Brasil sendo desenvolvido no formato contínuo, universal e qualificado para entregar resultados adequados e competentes às pessoas usuárias é um reconhecimento necessário e possibilidade concreta e efetiva de respeito a direitos dos consumidores.

De acordo com o Código de Defesa ao Consumidor, as concessionárias são obrigadas a fornecerem os serviços de forma apropriada, eficiente, eficaz, segura e, quanto aos direitos essenciais, principalmente de maneira contínua.

Anote-se que o telefone, inicialmente concebido por sua simplificação a realizar e receber ligações, comparado a aparelhos atuais e de comunicações digitalizadas, suporta outras funções importantes que o renovam e recriam potencialmente: trabalhar, estudar, fotografar, filmar, pagar contas, comprar, vender, ouvir músicas, assistir filmes, acessar redes sociais, dentre outros.

Se essa conectividade transformou a forma como as pessoas vivem e convivem no mundo todo, as exigências cresceram de modo similar como requisito de novas descobertas e formulações. O mercado dos negócios sofreu variações amplas e velozes quanto à disponibilidade e utilização das informações. As atividades humanas, como a convivência, os mecanismos da saúde, do ensino e de outros

momentos da vida social demandam requisições ao serviço de telecomunicações para estar configurado como prestativo, ágil, contínuo e universalmente posicionado.

A Lei Geral de Telecomunicações prescreve sobre isso, o cuidado para que não haja prejuízos para o desenvolvimento dos seres humanos como indivíduos, pequenos grupos e coletivo socializado, destarte sem isentar organismo público próprio ou concedido algum, da relevância e da responsabilização pelo seu papel e função ativa inerente. Pondera-se, por derradeiro, a importância do aperfeiçoamento permanente dos direitos dos consumidores, em especial, de documentos protocolares como a Resolução nº 632, de 2014, da ANATEL, conhecida como Regulamento Geral de Direitos dos Consumidores de Serviços de Telecomunicações. Muitos óbices emergem nessas relações desafiando a atenção, o cuidado, a prevenção e a proteção das instâncias reguladoras para o enfrentamento competente dos diversos desafios. Sem dúvida, um bom tema para ser aprofundado em futuras pesquisas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANATEL. Acessos. 2021. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/paineis/acessos>. Acesso em: 26 fev. 2021.

ANATEL. Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT: relatório semestral de infraestrutura 2020 - 1º semestre. Relatório Semestral de Infraestrutura 2020 - 1º semestre. 2021. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO7tsbNuSkyoOTWmoYb-wksgwAUGEC6g6gBRVnAP4zIJ7oZMKHpg1P4HE2enWvVzRZmyVMhZord_G4PZIIVU64Y6. Acesso em: 26 fev. 2021.

ANATEL. Resolução nº 632: Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC. 2014. Disponível em:

<https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>. Acesso em: 26 fev. 2021

ANATEL. Universalização. 2021. Disponível em: <https://antigo.anatel.gov.br/setorregulado/telefoniamovel/206-universalizacao-e-ampliacao-do-acesso/universalizacao/131-universalizacao>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BLUM, Andrew. Tubos: o mundo físico da internet. Rio de Janeiro: Rocco, 2013. Tradução de Rytá Vinagre.

BASIL, Senado Federal. Telebrás: Endividada e quase extinta, Telebrás é reativada para implantar o PNBL. 2011. Em discussão. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/banda-larga/telebras.aspx>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 8. 1995. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.472: Lei Geral de Telecomunicações. 1997. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9472-16-julho-1997-367735-norma-pl.html>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Código de Defesa ao Consumidor. 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.783: lei de greve. Lei de Greve. 1989. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº12.965: Direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 26 fev. 2021.

CAMARGO, Camila. História da Televisão. 2009. Tecmundo. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/projetor/2397-historia-da-televisao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2021.

EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do Direito Brasileiro das Relações de Consumo. 3. ed. Lisboa: Juruá, 2012.

EFING, Antônio Carlos. Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009.

LINS, Bernardo Felipe Estellita. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL: ciência e tecnologia, comunicação social, informática, telecomunicações e sistema postal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017.

MACIEL, Laura Antunes. Cultura e tecnologia: a Constituição do serviço telegráfico no Brasil. 2010. Scielo. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882001000200007. Acesso em: 26 fev. 2021.

MARTINS, Alexandre Cecílio. O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS E OS SERVIÇOS ESSENCIAIS. 2019. 24 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharel em Direito, Centro Universitário de Brasília - Uniceub, Brasília, 2019. Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13767/1/21502900.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

MIGALHAS. MPF reconhece telefone celular como produto essencial: Essencialidade MPF reconhece telefone celular como produto essencial. 2011. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/quentes/136691/mpf-reconhece-telefone-celular-como-produto-essencial>. Acesso em: 26 fev. 2021.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Agência Nacional de Telecomunicações. Disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br> Acesso em: 20 maio 2021.

MIRANDA, Maria Bernadete. Direitos do consumidor e a telefonia celular. 2017. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/direitos-consumidor-e-telefonia-celular/>. Acesso em: 26 fev. 2021.

NASCIMENTO, Jamerson Rogério do. O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: HISTÓRIA E POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL. Rio de Janeiro: Faculdades Ibemec, 2008.

SANTOS, Andrêza Aruska de Souza. Da estatização à privatização: o caso das telecomunicações no Brasil. 2006. 53 f. Monografia (Especialização) - Curso de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/1433>. Acesso em: 26 fev. 2021.

SOUZA, Scheila de. A aplicabilidade do dano temporal à pessoa jurídica consumidora dos serviços de telecomunicações. 2020. 103 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade Mater Dei, Pato Branco, 2020.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assupção. Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

TRF5ª-PE. 3ª Turma. Apelação/Remessa Necessária - APELREEX28630 – PE (0019828-49.2011.4.05.8300). Relator: Desembargador Federal (Convocado) Raimundo Alves de Campos Júnior. DJ: 23/01/2014. Conjur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-pe-legitimidade-propor-acao-favor.pdf>. Acesso em 26 fev. 2021.

WAKKA, Wagner. Mais de 5 bilhões de pessoas já contam com celulares em todo mundo. 2019. Canaltech. Disponível em: <https://canaltech.com.br/smartphone/mais-de-5-bilhoes-de-pessoas-ja-contam-com-celulares-em-todo-mundo-149165/>. Acesso em: 26 fev. 2021.

Capítulo 4



10.37423/220906548

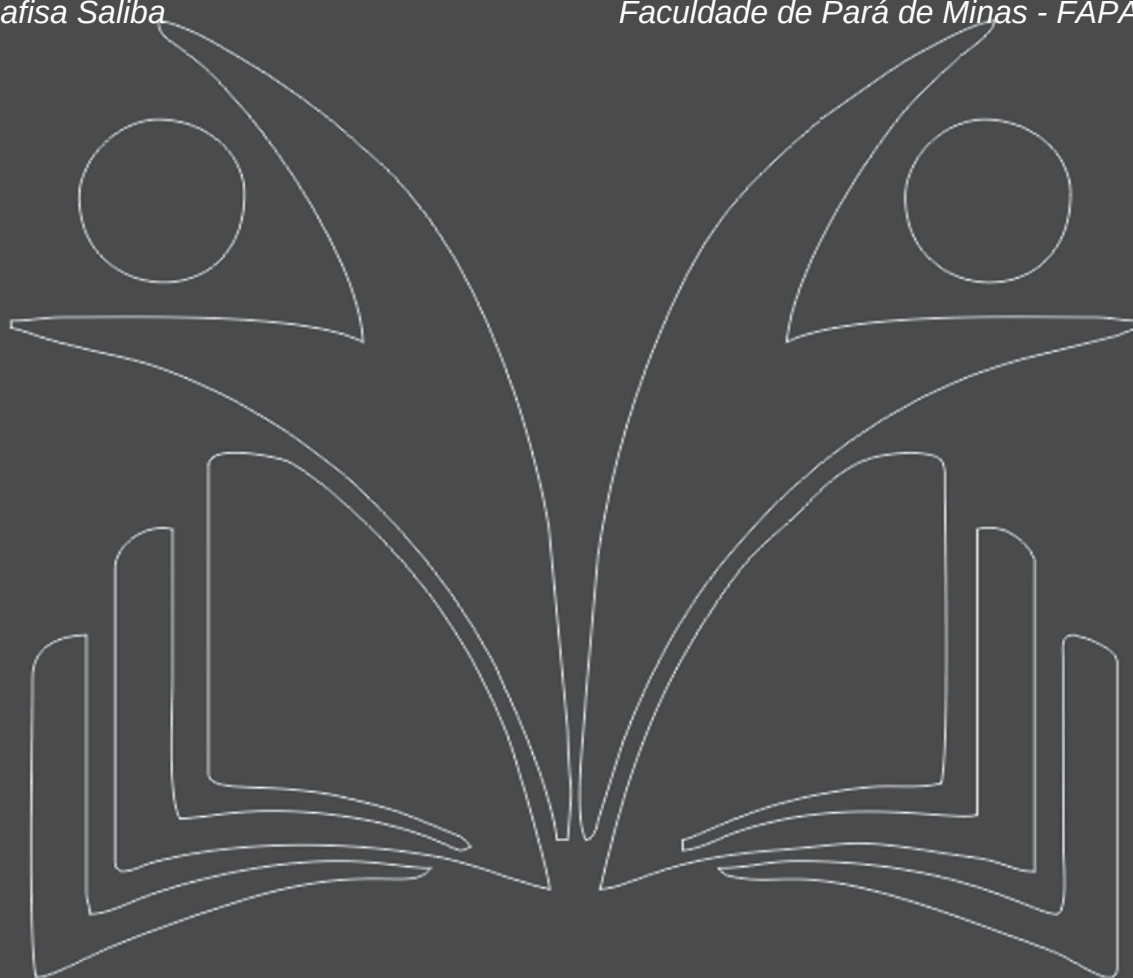
TRABALHO E TECNOLOGIA: A CONDIÇÃO JURÍDICA DOS TRABALHADORES EM PLATAFORMAS DIGITAIS E A UBERIZAÇÃO DO TRABALHO

Isabelle Gonçalves Araújo

Faculdade de Pará de Minas - FAPAM

Graciane Rafisa Saliba

Faculdade de Pará de Minas - FAPAM



Resumo: A utilização de trabalhadores por meio de plataformas digitais que oferecem prestação de serviços vem crescendo no Brasil hodiernamente, tais como UBER, RAPPI, entre outros. Os aplicativos oferecem simultaneamente uma oportunidade de trabalho a preços baixos, com a lucratividade na intermediação, sem vínculo jurídico trabalhista. Diante de uma análise jurídica primária, alguns tribunais trabalhistas decidiram pela concretização do vínculo empregatício ante a confirmação dos requisitos essenciais previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, mormente nos artigos 3º e 2º deste instrumento. E, de outro lado, outros tribunais decidiram de maneira contrária, optando pela liberdade dos trabalhadores no exercício do labor, sem qualquer vínculo, entendendo que os aplicativos não figuram como empregadores, mas apenas como meros intermediadores. Entretanto, a expansão desse tipo de atividade, com um crescimento vertiginoso, impõe a necessidade de estabelecimento de parâmetros jurídicos ante o detalhamento dos requisitos legais, para que se vislumbre a possibilidade ou impossibilidade de um eventual vínculo trabalhista, e suas consequências. Nesse sentido, há falta de amparo legal para que esses trabalhadores possam caminhar consoante com os princípios trabalhistas amparados nos direitos sociais. Por meio de uma pesquisa exploratória e descritiva, com base doutrinária, levantamento bibliográfico e documental, a presente pesquisa propõe o esmiuçamento dos requisitos de um vínculo empregatício e, posteriormente, a análise dos trabalhadores de aplicativos, com um comparativo de decisões de tribunais trabalhistas no Brasil, e, por fim, um comparativo com a legislação de outros países, com o condão de provocar, mais do que uma reflexão, um aparato judicial para a sociedade.

Palavras-chave: direito do trabalho; plataformas digitais; uberização; aplicativos; vínculo trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, os trabalhos foram evoluindo atendendo as demandas sociais, alcançando na contemporaneidade a evolução tecnológica, como é o exemplo, no século XX, do fordismo e do modelo de produção em série e em massa, a demanda fazendo com que indústrias e trabalhadores evoluíssem para atendimento do mercado e incremento do lucro, e chegando às plataformas digitais no século XXI. Em virtude disso, tecnologias foram implantadas, máquinas foram tomando o lugar de pessoas, e a história se encaminhou até alcançar os parâmetros vivenciados na sociedade atual; uma sociedade bastante evoluída tecnologicamente, na qual apenas com um clique numa tela de celular ou computador já é o suficiente para se ter acesso à comida ou outros bens, sem sequer sair de casa.

Entretanto, ainda é necessária a utilização da mão-de-obra de pessoas para mover essas máquinas, exurgindo um paradoxo entre direitos dos trabalhadores e o capitalismo na sua versão exploratória. Nesse momento, paira a questão de os trabalhadores serem partes ou apenas instrumentos de uma tecnologia que consiste no oferecimento do mínimo para que o trabalho seja exercido sem a menor condição humana.

Para tanto, a utilização de aplicativos se faz essencial em um mundo globalizado. Banir aplicativos se torna uma opção bem longínqua e inefetiva. Desse modo, a pesquisa versa sobre a problemática do vínculo jurídico entre os trabalhadores intermediados por plataformas digitais e as empresas que utilizam tais plataformas. E, por meio de pesquisa doutrinária e com casos julgados, com viés exploratório e descritivo, o presente artigo perpassa pelos requisitos do vínculo empregatício, as relações contemporâneas de aplicativos e a análise dos trabalhadores que utilizam os aplicativos como meio de trabalho ante os requisitos supramencionados de vínculo empregatício.

2 APLICATIVOS E O MUNDO DO TRABALHO

Os aplicativos de telefone móvel vieram para facilitar as tarefas diárias e agilizar as rotinas, o que não é dúvida para ninguém, porém, é necessário vislumbrar a outra perspectiva dessa facilidade que assola todos os continentes. Há, entre o aplicativo e o tomador de serviços que o utiliza, uma pessoa da qual muitas vezes fica à mercê de qualquer direito trabalhista.

Um dos pilares do trabalho, é de que se trata de uma atividade que exercemos em virtude do lucro, o que faz com que se torne uma necessidade na vida das pessoas. Sem essa possibilidade, se torna dificultoso a ascensão social ou até mesmo uma qualidade de vida adequada.

A tecnologia como algo abstrato e existente 24 horas por dia, faz com que se prolongue essas horas de jornada de trabalho para serem atingidas a capacidade máxima para lucrar e crescer. Mais importante que a chegada, é o caminho que se traça para este fim. A tecnologia pode trazer essa flexibilização de que é possível trabalhar a qualquer momento e a qualquer lugar, porém isso acaba gerando, nos seres humanos, uma prisão, uma vivência em função do trabalho.

O mesmo acontece com os trabalhadores de aplicativos. Quanto maior a demanda, maior a possibilidade de atendimento, fazendo disso um ciclo vicioso. Esses, em algumas circunstâncias, passam horas, mais do que trabalhariam normalmente em um trabalho comum e tradicional, para ganhar pequenos valores e ainda correr riscos inimagináveis, além de prejudicar sua saúde física e mental, sob a escusa de que viverão com liberdade e donos do seu próprio negócio.

Nesse contexto é que surge a uberização do trabalho, relação que se consolida na figura do trabalhador sob demanda, sem vínculo empregatício e gerenciados por algoritmos. O conceito do termo “uberização” nos remete a essa relação de trabalho contemporânea, com a liberdade de venda de serviços sem intermediação das empresas. Apesar de ser uma relação mais flexível na primeira impressão, é entrando a fundo que vislumbramos o quanto os algoritmos são cruéis. De acordo com Ludmila Costhek Abilio, pesquisadora da Cesit - Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho do Instituto de Economia da Unicamp (Universidade Estadual de Campinas), a utilização de aplicativos expandiu-se de maneira vertiginosa, mas há subordinação, apesar da não garantia de remuneração:

Você tem lá duzentas mil pessoas trabalhando informalmente sem qualquer pré-definição sobre horário, e uma empresa controlando todo esse trabalho. Eles trabalham como querem, de fato, mas estão subordinados a uma série de regras que são onipresentes, sem garantia sobre remuneração, tempo de trabalho, custos e até acidentes. (DIAS, 2021)

A utilização dos aplicativos expandiu-se por todo o mundo, entretanto, como vislumbrado no posicionamento da pesquisadora, surgem debates sobre a possibilidade e impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício e direitos trabalhistas, ante a presença marcante dos elementos, especialmente a subordinação.

A discussão no tocante aos trabalhadores de aplicativos se intensifica quando defendida a liberdade do trabalho, o empreendedorismo e a falta de subordinação direta entre o aplicativo e o trabalhador cadastrado. O papel econômico do trabalho, fundamental no caso dos aplicativos, não pode sobrepor à dignidade humana e valorização do trabalho, como acentua Maurício Godinho Delgado:

[...] A Constituição de 1988 possui diversos e importantes princípios gerais, que não se compreendem sem a direta referência ao Direito do Trabalho e seu papel na economia e na sociedade. Trata-se, ilustrativamente, dos princípios da dignidade da pessoa humana; da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica; da justiça social; da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida; do respeito à privacidade e à intimidade; da não discriminação; da valorização do trabalho e emprego; da proporcionalidade; da segurança; da subordinação da propriedade à sua função socioambiental; da vedação do retrocesso social. (DELGADO, 2017, p.36)

Desse modo, há a possibilidade de os aplicativos coexistirem com outros tipos de trabalho, desde que essas possibilidades sejam regulamentadas pela legislação. Com as palavras de Delgado, é notório que a não regulamentação legislativa no nosso país aplicada no âmbito dos trabalhadores de aplicativos é um retrocesso social, considerando que o trabalhador, mais do que nunca, é uma parte hipossuficiente econômica e juridicamente nessa relação.

3 VÍNCULO EMPREGATÍCIO NOS MOLDES DA CLT

O vínculo empregatício encontra respaldo nos critérios elencados na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Ante a presença dos mesmos, é possível que se configure um vínculo empregatício, além do trabalhista, sendo necessário, para tanto, observar os cinco critérios supramencionados: a subordinação, a habitualidade, a onerosidade, a pessoalidade e o trabalhador ser pessoa física.

Após preenchidos estes requisitos, passa-se da mera relação de trabalho para a relação de emprego, a qual configura uma espécie da primeira. Segundo o artigo 3º da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Para melhor esmiuçamento da questão, é importante, então, analisar cada um desses requisitos.

A subordinação como primeiro requisito e um dos mais importantes nessa pesquisa, é classificada por Mauricio Godinho Delgado como “Um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do trabalho”. (DELGADO, 2019, p.980). Ou seja, trata-se da combinação do poder diretivo e fiscalizador da empresa e a possibilidade de o trabalhador comprometer-se a acolher essas regras. A subordinação caracteriza-se como jurídica, já que as partes, empregado e empregador, são ligados por um contrato que possibilita o acatamento de ordens dos empregadores, pelos empregados, ante a própria natureza da atividade discriminada em contrato. Ressalta-se que o mencionado contrato não requer obrigatoriamente a formalidade de ser escrito,

pode ser verbal ou até mesmo tácito, para aqueles que passam a se sujeitar a ordens e comandos, emanados de uma figura hierárquica, para desempenho de atividades pessoais.

No elemento habitualidade ou não eventualidade, como a própria palavra já nos diz, é o trabalho acontecendo de forma reiterada, podendo ser até por um curto período, porém, de forma habitual, constante e regular, não se qualificando com um trabalho meramente esporádico. Nesse sentido:

RELAÇÃO DE EMPREGO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DUAS A TRÊS VEZES NA SEMANA. AUXILIAR DE LIMPEZA. VÍNCULO RECONHECIDO. A prestação de serviço duas ou três vezes na semana, por mais de dois anos consecutivos, é suficiente para caracterizar o trabalho não eventual, nos termos do art. 3º, *caput*, da CLT. Isso porque, de acordo com a teoria dos fins do empreendimento, **trabalhador eventual é aquele que realiza tarefa não inserida nos fins normais da empresa, esporádicas, de estrita duração, de modo que a aferição da natureza eventual dos serviços prestados há de ser feita tendo em vista os fins normais da empresa** (MARANHÃO, Délio, *Direito do Trabalho*, 14ª ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 49-50). No caso, o serviço de limpeza se insere nas atividades normais e cotidianas da reclamada, empresa que atua no mercado de revestimento em couro de estofados automotivos, não podendo ser considerado esporádico, ainda mais prestado duas a três vezes na semana, por mais de dois anos seguidos. Presentes os demais requisitos do art. 3º da CLT, deve ser reconhecido o vínculo empregatício existente entre as partes (TRT 2ª R., RO 00009740920135020064, Rel. Des. Manoel Ariano, 14ª T., *DEJT* 01.08.2014).

Em seguida, a onerosidade como um dos requisitos nos diz que o empregado tem que receber remuneração, seja salário fixo, comissões ou utilidades, cujo pagamento pode ser estabelecido por dia, hora ou mês (BEZERRA LEITE, 2021, p.93).

Nos critérios da pessoalidade e pessoa física temos, conforme preleciona Carlos Henrique Bezerra Leite:

O contrato de trabalho é, via de regra, *intuitu personae* com relação ao empregado, que é sempre pessoa física. Desse modo, presentes os demais requisitos da relação empregatícia, mas ausente a pessoalidade do empregado na prestação de serviços, não há como ser reconhecido o vínculo de emprego (BEZERRA LEITE, 2021, p.92).

Exposto o contexto em que nos encontramos inseridos, faz-se importante mencionar que, conforme preleciona André Luiz Paes “os requisitos da relação de emprego são cumulativos. Sendo assim, a falta de um deles descaracteriza o vínculo empregatício” ALMEIDA (2014, p. 44). Dessa forma, atualmente, a doutrina e a jurisprudência caminham no sentido de que a existência da relação empregatícia exige a presença conjunta de todos os elementos essenciais.

4 O BRASIL E A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS EM APLICATIVOS

Em virtude da apresentação dos conceitos anteriormente mencionados, se faz necessário abordar a problemática da caracterização do vínculo empregatício para os prestadores de serviços de aplicativos. A objeção mora no critério da autonomia e da subordinação, nesse sentido, a jurisprudência tem oscilado quanto ao assunto:

RECURSO DE REVISTA OBREIRO - VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE O MOTORISTA DE APLICATIVO E A EMPRESA PROVEDORA DA PLATAFORMA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (UBER) - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA - TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA - RECURSO DESPROVIDO. [...] Nesse contexto, analisando, à luz dos arts. 2º e 3º da CLT, a relação existente entre a Uber e os motoristas que se utilizam desse aplicativo para obterem clientes dos seus serviços de transporte, tem-se que: **a) quanto à habitualidade, inexistente a obrigação de uma frequência predeterminada ou mínima de labor pelo motorista para o uso do aplicativo, estando a cargo do profissional definir os dias e a constância em que irá trabalhar; b) quanto à subordinação jurídica, a par da ampla autonomia do motorista em escolher os dias, horários e forma de labor, podendo desligar o aplicativo a qualquer momento e pelo tempo que entender necessário, sem nenhuma vinculação a metas determinadas pela Uber ou sanções decorrentes de suas escolhas, a necessidade de observância de cláusulas contratuais (v.g., valores a serem cobrados, código de conduta, instruções de comportamento, avaliação do motorista pelos clientes), com as correspondentes sanções no caso de descumprimento (para que se preserve a confiabilidade e a manutenção do aplicativo no mercado concorrencial), não significa que haja ingerência no modo de trabalho prestado pelo motorista, reforçando a convicção quanto ao trabalho autônomo a inclusão da categoria de motorista de aplicativo independente, como o motorista da Uber, no rol de atividades permitidas para inscrição como Microempreendedor Individual - MEI, nos termos da Resolução 148/2019 do Comitê Gestor do Simples Nacional; c) quanto à remuneração, o caráter autônomo da prestação de serviços se caracteriza por arcar, o motorista, com os custos da prestação do serviço (manutenção do carro, combustível, IPVA), caber a ele a responsabilidade por eventuais sinistros, multas, atos ilícitos ocorridos, dentre outros (ainda que a empresa provedora da plataforma possa vir a ser responsabilizada solidariamente em alguns casos), além de os percentuais fixados pela Uber, de cota parte do motorista, entre 75% e 80% do preço pago pelo usuário, serem superiores ao que este Tribunal vem admitindo como suficientes a caracterizar a relação de parceria entre os envolvidos.** 5. Já quanto à alegada subordinação estrutural, não cabe ao Poder Judiciário ampliar conceitos jurídicos a fim de reconhecer o vínculo empregatício de profissionais que atuam em novas formas de trabalho, emergentes da dinâmica do mercado concorrencial atual e, principalmente, de desenvolvimentos tecnológicos, nas situações em que não se constata nenhuma fraude, como é o caso das empresas provedoras de aplicativos de tecnologia, que têm como finalidade conectar quem necessita da condução com o motorista credenciado, sendo o serviço prestado de motorista, em si, competência do profissional e apenas uma consequência inerente ao que

propõe o dispositivo. 6. Assim sendo, não merece reforma o acórdão regional que não reconheceu o vínculo de emprego pleiteado na presente reclamação, sob o **fundamento de ausência de subordinação jurídica entre o motorista e a empresa provedora do aplicativo** Uber. Recurso de revista desprovido" (RR-10555-54.2019.5.03.0179, 4ª Turma, Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 05/03/2021).

O entendimento majoritário, conforme constante na decisão acima, vem sendo no sentido de indeferir o reconhecimento do vínculo pelo fato de que esses prestadores de serviços se enquadram mais próximos dos critérios de trabalhadores autônomos. A fundamentação principal é de que, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia, enseja na falta de subordinação e também em razão de que o prestador de serviços não está sujeito ao poder diretivo, fiscalizador e punitivo da empresa.

Porém, verifica-se um lento processo de desconstrução sobre o assunto, considerando que muitos tribunais brasileiros já estão caminhando no sentido positivo para esses trabalhadores, visto que os critérios para o reconhecimento do vínculo, em muito dos casos, são caracterizados, haja vista a necessidade de acatamento de regras que demonstram a subordinação, além da cobrança de metas e até mesmo de jornada. Nesse sentido, extrai-se do acórdão proferido no julgamento do Recurso Ordinário que tramitou sob o nº 0010900-48.2019.5.15.0094, perante o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região:

Como se vê, havia personalidade (o autor não podia enviar substituto); onerosidade (pagamento quinzenal); subordinação (o recorrente não tinha autonomia para alterar o turno, tinha escala a cumprir, tempo de entrega que deveria respeitar) e habitualidade (o trabalho era prestado de forma contínua), razão pela qual é evidente a existência de vínculo de emprego. Do mesmo modo já decidiu esta Câmara em processo envolvendo as mesmas reclamadas (ROSum 0011011-72.2019.5.15.0113 - Desembargador Relator Antônio Francisco Montanagna - votação unânime - sessão 06/02/2020). Nesses moldes, reforma-se a sentença para reconhecer a existência de vínculo empregatício entre a primeira ré e o autor, no período de 23.12.2018 a 18.06.2019, na função de motoboy. (TRT da 15.ª Região; Processo: 0010900-48.2019.5.15.0094; Data: 25-02-2021; Órgão Julgador: 11ª Turma; Relator(a): EDER SIVERS).

Desse modo, o desembargador relator, no caso supramencionado, entendeu que haviam elementos seguros sobre a personalidade, subordinação, onerosidade e habitualidade, características já mencionadas anteriormente, que são essenciais para o reconhecimento do vínculo empregatício.

Com as taxas de desemprego subindo, bem como a falta de subsistência, é comum que o trabalhador opte por prestar serviços para os aplicativos, considerando a ampla possibilidade de inserção nesse

mercado. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), entre 2012 e 2019, 666 mil brasileiros se tornaram motoristas de aplicativo, a maioria entre 30 e 49 anos de idade e representam 52% do total. 12% têm ensino superior incompleto e 5% superior completo. Em um contexto global, aproximadamente 20% dos motoristas da Uber no mundo são brasileiros.

Além da falta de direitos trabalhistas, estes profissionais têm que lidar com problemas como os de arcar com todos os custos de manutenção do veículo, do celular, reajustes no preço dos combustíveis e acabam não conseguindo recursos suficientes para contribuir com a previdência.

Com as presentes evoluções econômicas e tecnológicas, surge a reflexão sobre os novos formatos de trabalho e a adaptação da legislação brasileira quanto a estes. A discussão binária de autonomia versus subordinação já não se faz suficiente, sendo necessário observar o direito do trabalho de modo amplo. De certo, Luiz Carlos Amorim Robortella observa que o “trabalho subordinado está se revelando insuficiente para funcionar como centro de gravidade do direito do trabalho” (ROBORTELLA, 1998, p.181). Sobre o tema, Fernandes discorre:

Salienta o referido autor que o critério absoluto da subordinação jurídica fez com que o direito do trabalho perdesse parte de sua racionalidade como ordenamento protetor de situações de carência econômica e debilidade contratual. Tanto é verdade que não incide sobre formas de trabalho que, embora autônomo, são caracterizadas pela dependência e fragilidade econômica de quem as exerce. Paradoxalmente, caem sob sua tutela quadros e dirigentes de empresa, onde inexiste subordinação, ou esta é quase imperceptível (FERNANDES, 1985, p. 507, *apud* ROBORTELLA, *op. cit.*, p.182).

Acerca dos comentários feitos sobre novo prisma da subordinação jurídica, temos o seguinte julgado:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUTÔNOMOS OU CONTRATO DE EMPREGO. TRAÇO DISTINTIVO. SUBORDINAÇÃO. A subordinação, como um dos elementos fático-jurídicos da relação empregatícia, é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente a outrem. Estar subordinado é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade “info-info” (expressão de Chiarelli), baseada na informação e na informática, a subordinação não é mais a mesma de tempos atrás, o que inclusive viabilizou o surgimento do info-proletário (expressão de Ricardo Antunes). Do plano subjetivo - corpo a corpo ou boca/ouvido – típica do taylorismo/fordismo, ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial. A empresa moderna livrou-se da sua represa; nem tanto das suas presas. Mudaram-se os métodos, não a sujeição, que trespasa o próprio trabalho, nem tanto no seu modo de fazer, mas no seu resultado. O controle deixou de ser realizado diretamente por ela ou por prepostos. Passou a ser exercido pelas suas sombras; pelas suas sobras – em células de produção. A subordinação objetiva aproxima-se muito da não eventualidade: não importa a expressão temporal nem a exteriorização dos

comandos. No fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial. Nesse aspecto, diria até que para a identificação da subordinação se agregou uma novidade: núcleo produtivo, isto é, atividade matricial da empresa, que o Ministro Maurício Godinho Delgado denominou de subordinação estrutural e o Desembargador José Eduardo Resende Chaves Júnior de subordinação reticular, não se esquecendo que, lá trás, na década de setenta, o Professor Romita já a identificara e a denominara de subordinação objetiva. A empresa moderna, por assim dizer, se subdivide em atividades centrais e periféricas. Nisso ela copia a própria sociedade pós-moderna, de quem é, simultaneamente, mãe e filha. Neste início de século, tudo tem um núcleo e uma periferia: cidadãos que estão no núcleo e que estão na periferia. Cidadãos incluídos e excluídos. Sob essa ótica de inserção objetiva, que se me afigura alargante (não alarmante), eis que amplia o conceito clássico da subordinação, o alimpamento dos pressupostos do contrato de emprego torna fácil a identificação do tipo jus-trabalhista. Com ou sem as marcas, as marchas e as manchas do comando tradicional, os trabalhadores inseridos na estrutura nuclear de produção são empregados. Na zona grise, em meio ao “fog” jurídico, que cerca os casos limítrofes, esse critério permite uma interpretação teleológica desaguadora na configuração do vínculo empregatício. Entendimento contrário, “data venia”, permite que a empresa deixe de atender a sua função social, passando, em algumas situações, a ser uma empresa fantasma – atinge seus objetivos sem empregados. Da mesma forma que o tempo não apaga as características da não eventualidade; a ausência de comandos não esconde a dependência, ou, se quiser, a subordinação, que, modernamente, face à empresa flexível, adquire, paralelamente, cada dia mais, os contornos mistos da clássica dependência econômica. Ora, a empresa Reclamada existe para obter lucro por meio da venda de seu produto. Por isso, independentemente de se submeter ou não a ordens, horários e controle da Reclamada, o trabalho do Reclamante esteve intrinsecamente ligado à atividade da empresa, como uma condição “sine qua non” para o sucesso do empreendimento (TRT 3ª R., RO 0012053-11.2017.5.03.0098, Rel. Des. Luiz Otavio Linhares Renault, 1ª T., *DEJT* 08.08.2019).

Portanto, a aplicação do critério da subordinação já não se faz tão presente em todos os tipos de empregos contemporâneos. O que se discute, até mesmo em outros países é a possibilidade urgente de regulamentação para proteção desses novos trabalhadores. Logo, temos o direito sobrexcedendo aos conceitos pré-estabelecidos em favor de um bem maior, a proteção do trabalhador.

5 A REGULAMENTAÇÃO ESTRANGEIRA EM RELAÇÃO AOS TRABALHADORES DE APLICATIVOS

Assim como no Brasil, outros países vêm enfrentando diversas dificuldades quanto à possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício. Empresas como a Uber, enfrentam problemas quanto à rigidez das normas e constante instabilidade com possíveis banimentos destes aplicativos em vários países.

Um dos países que reconheceu recentemente o vínculo empregatício de um grupo de motoristas que entraram contra a empresa Uber, em 2016, foi o Reino Unido. Como dito anteriormente, o caráter do trabalho autônomo faz com que o requisito da subordinação deixe de existir, especialmente quando, como no caso mencionado, à época, a empresa exercia o poder punitivo e fiscalizador que incluía penalidades para os motoristas que rejeitavam múltiplas viagens. Desta forma, o pedido foi julgado procedente (PORTAL G1, 2021).

O juiz George Leggatt, relator do caso, considerou que o tribunal trabalhista tinha o direito de decidir a questão. Ele ainda criticou os contratos apresentados pela Uber aos motoristas, por entender que, segundo o que neles constam, buscavam impedir o trabalhador de reivindicar seus direitos (REVISTA **CONSULTOR JURÍDICO**, 2021). Em um dos pontos discutidos na decisão, o relator aponta que:

No presente caso, a Uber London no Welcome Packet, material emitido para os novos motoristas, referiram-se ao logon no aplicativo Uber como "entrar em serviço" e instruíram motoristas que: "Entrar em serviço significa que você está disposto e é capaz de aceitar solicitações de viagem". O logon no aplicativo Uber foi, portanto, apresentado pela Uber London aos motoristas **como tendo a obrigação** de aceitar trabalho, se oferecido. (The Supreme Court of the United Kingdom; Case ID: UKSC 2019/0029, Data: 19-02-2021; Relator(a): GEORGE LEGGATT, tradução nossa)

Pela perda na Suprema Corte do Reino Unido, a empresa anunciou que concederá direitos trabalhistas para mais de 70 mil motoristas cadastrados no país, um dos direitos será salário mínimo e férias remuneradas.

Acrescenta-se que, em março de 2020, a Corte de Cassação da França também reconheceu a existência de relação de emprego, passando pelo conceito de sujeição às ordens organizacionais, nos exatos termos do artigo 6º, parágrafo único, da CLT, que, apesar de ser uma norma trabalhista, contém institutos e previsões semelhantes, e frisa que a possibilidade de escolher o momento para se conectar não afasta o vínculo, pois, uma vez conectado, o motorista tem limitadas recusas, encontrando-se, portanto, à disposição da estrutura UBER.

Da mesma forma, o Tribunal Supremo da Espanha em 2020 decidiu a favor do reconhecimento do vínculo de um trabalhador de aplicativo, vejamos um trecho retirado da sentença:

Em suma, a Glovo não é mera intermediária na contratação de serviços entre lojas e entregadores. Não se limita a fornecer um serviço de intermediação eletrônica que consiste em colocar em contato com os consumidores (clientes) e verdadeiros trabalhadores autônomos, mas, em vez disso, realiza um trabalho de coordenação e organização do serviço produtivo. É uma empresa que presta

serviços de entrega e correio fixando o preço e as condições de pagamento do serviço, bem como as condições essenciais para o prestação desse serviço. E é dona dos bens essenciais para o desempenho da atividade. Por isso atua com distribuidores que não possuem uma organização empresarial própria e autônoma, que fornecem o seu serviço inserido na organização do trabalho do empregador, sujeito à direção e organização da a plataforma, como evidenciado pelo fato de que Glovo estabelece todos os aspectos relativos à forma e preço do serviço de recolhimento e entrega dos referidos produtos. Ou seja, tanto a forma de prestação do serviço, o seu preço e forma de pagamento são estabelecidos pela Glovo. A empresa estabeleceu instruções que permitem controlar o processo de produção. A Glovo estabeleceu meios de controle que operam na atividade e não só no resultado através da gestão algorítmica do serviço, nas avaliações das distribuidoras e geolocalização constante. O entregador não organiza sozinho a atividade produtiva, nem negocia preços ou condições com os proprietários dos estabelecimentos que atende, nem recebe suas retribuições. O autor não tinha uma verdadeira capacidade de organizar sua entrega de trabalho, faltando autonomia para isso. Estava sujeito às diretrizes organizacionais estabelecidas pela empresa. Isso revela um exercício de poder empresarial em relação ao modo de prestação do serviço e um controle de sua execução no tempo real que evidencia a simultaneidade do requisito de dependência da relação de trabalho. (Tribunal Supremo. Sala de lo Social; Processo:28079149912020100027; Data: 25-09-2020; Relator(a): JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE, tradução nossa).

Assim, em decisão de março deste ano, o governo espanhol anunciou uma medida que irá atribuir direitos trabalhistas aos entregadores de aplicativos. O texto, acordado com sindicatos e empregadores, será introduzido na legislação e deve considerar os trabalhadores como assalariados (REVISTA **CONSULTOR JURÍDICO**, 2021).

Ou seja, percebe-se que apesar das diferenças legislativas entre esses países e o Brasil, o contexto em que o trabalhador está inserido é um contexto de subordinação, já que o poder fiscalizador das empresas, muita das vezes, retira a autonomia do trabalhador e oculta a subordinação nos algoritmos dos aplicativos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente demanda e oferta de trabalhadores em aplicativos leva à necessidade de refletir sobre as condições de trabalho diante da legislação trabalhista e dos próprios institutos que permeiam o direito do trabalho, como o vínculo empregatício.

Os requisitos para formação de vínculo empregatício são expressos na CLT, a discussão quanto ao vínculo dos trabalhadores intermediados por plataformas digitais esbarra exatamente na questão da autonomia, que afastaria a subordinação, e a habitualidade, sob a escusa de não ser exigido horário e constância.

Entretanto, a percepção de uma falsa autonomia faz com que estes trabalhadores tenham que se sujeitar ao não reconhecimento dos direitos mínimos inerente a todo trabalhador. Trabalhadores que ao invés de assinarem contratos de emprego assinam contratos de adesão, do qual infelizmente não contam com a proteção sindical e até mesmo da legislação.

As decisões nos tribunais trabalhistas brasileiros se divergem, entretanto, a corrente majoritária segue o caminho do não reconhecimento do vínculo empregatício, enfatizando a ausência de subordinação e habitualidade. Por outro lado, na esfera internacional, o caminho tem sido no sentido oposto, de reconhecimento de direitos trabalhistas, em análise circunscrita às decisões, das altas instancias, do Poder Judiciário da França do Reino Unido e da Espanha, quanto aos contratos firmados com as plataformas digitais, que ofertam serviços de transporte e/ou entregas, percebe-se uma nítida semelhança da realidade fática da dinâmica laborativa. Porém, no Brasil, essa realidade é interpretada sob uma perspectiva diversa dos julgados das altas Cortes internacionais. Apesar das diferenças sociais, econômicas, legais e trabalhistas entre os países, todos consideram a subordinação o norte identificador de uma relação de dependência ensejadora de vínculo laboral. O controle por parte da plataforma digital pode ser vislumbrado na programação por comandos, via algoritmos, em qualquer lugar onde a atividade econômica opera.

Dessa forma, pode-se comprovar o efetivo controle exercido pelas empresas- plataforma, mas, a ideia de subordinação jurídica por algoritmo, no Brasil, é desprezada. Em razão disso, a regulamentação da relação firmada entre trabalhador e plataforma encontra-se às margens do Direito do Trabalho. Ou seja, a normatização celetista é capaz de reger esses contratos de trabalho, no entanto, interpretações deturpadas da realidade tentam incutir, na sociedade, a ideia de plataformas digitais como um mero espaço para anúncios de trabalho.

Falar de Direito do Trabalho nesse âmbito é falar de direito social. O baixo custo do serviço prestado por meio da plataforma não pode ser suportado pelos motoristas, pois quem desenvolve a atividade econômica tem a obrigação de respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores. Assim, surge a necessidade de adaptar as relações do trabalho do mundo contemporâneo, transpondo a visão binária e tradicional intrínsecas aos requisitos da relação de emprego, considerando o novo mercado de trabalho. Observando, também, a fragilidade contratual desses trabalhadores ultrapassando o requisito da subordinação e encontrando respaldo na teoria da hipossuficiência do trabalhador.

A existência da binaridade entre subordinados e autônomos sempre existiu na história e as transformações das modalidades de atividade humana pugnam uma resposta à essa evolução.

Enquanto isso, vislumbra-se um longo caminho para romper a dicotomia existente no nosso ordenamento jurídico, o que faz com que o Brasil seja um país que se apega tanto aos critérios práticos que se esquece de vislumbrar a relação concreta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes, Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Rideel, 2014

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 00009740920135020064. Recorrente: Elizabeth Rosa de Amorim. Recorrido: Revestimento Em Couro Ltda. Desembargador Relator: Manoel Ariano. Disponível em:

<

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0012053-11.2017.5.03.0098. Recorrente: Carlos Antônio da Silva e Comércio e Representações Cecoti Ltda. Recorrido: Os mesmos. Desembargador Relator: Luiz Otavio Linhares Renault. Disponível em:

< <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2681>>. Acesso em: 30 março 2021.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 0010900-48.2019.5.15.0094. Recorrente: David Billi Demuci. Recorrido: Ifood.com Agência de Restaurantes Online S.A. e Michel Anderson Teixeira Ltda. Desembargador Relator: Eder Sivers. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010900-48.2019.5.15.0094/2>>. Acesso em: 30 março 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista Obreiro nº 10555-54.2019.5.03.0179. Recorrente: Neder Henrique Gomes Correa. Recorrido: Uber Do Brasil Tecnologia Ltda. Relator. Ministro: Ives Gandra da Silva Martins Filho. Disponível em:

<<https://jurisprudenciabackend.tst.jus.br/rest/documentos/9db0e4310182ab26740b0b47336bfbb3>>. Acesso em: 30 março 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr 2017.

DIAS, Tiago. Até a pornografia tem: o que é uberização, como surgiu e outras dúvidas. Disponível in: <<https://tab.uol.com.br/faq/uberizacao-o-que-e-como-funciona-como-surgiu-e-outras-duvidas.htm>>. Acesso em 23 de mai. de 2021.

ESPANHA, Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Id Cendo: 28079149912020100027. Ponente: Juan Molins García-Atance. Disponível em:

<<https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03>>. Acesso em: 10 maio 2021.

FERNANDES, Antonio Monteiro. A recente evolução do direito do trabalho em Portugal. Tendências e perspectivas. In: Homenaje a M.V. Russomano. Bogotá: Univ. Externado da Colômbia, 1985, p. 507, apud ROBOTELLA, op. cit., p. 182.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 21 ed. São Paulo: LTr, 1994.

Número de motoristas por aplicativo cresce 137% em 8 anos. Media Lab Estadão e Summit Mobilidade Urbana, 2020. Disponível em: <https://summitmobilidade.estadao.com.br/compartilhando-o-caminho/numero-de-motoristas-por-aplicativo-cresce-137-em-8-anos/#:~:text=Entre%202012%20e%202019%2C%20666,e%20representa%2052%25%20no%20total>. Acesso em: 10 abril 2021.

REINO UNIDO, The Supreme Court of the United Kingdom. Case ID: UKSC 2019/0029. Relator: George Leggatt. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2021.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho Esquematizado. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Sujeitos da relação de emprego – empregado: espécies. In: Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998, p. 181.

Uber perde batalha na Suprema Corte do Reino Unido sobre direitos de motoristas. Portal G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/02/19/uber-perde-batalha-na-suprema-corte-do-reino-unido-sobre-direitos-de-motoristas.ghtml>. Acesso em: 11 abril 2021.

Uber vai conceder direitos trabalhistas a todos seus motoristas no Reino Unido. Portal G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/03/16/uber-vai-conceder-beneficios-de-funcionarios-a-70-mil-motoristas-no-reino-unido.ghtml> . Acesso em: 11 abril 2021.

11ª Turma do TRT-15 reconhece vínculo de emprego entre motoboy e empresa de delivery por aplicativo. Granadeiro Guimarães Advogados, 2021. Disponível em:

http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2021/04/07/11a-camara-do-trt-15-reconhece-vinculo-de-emprego-entre-motoboy-e-empresa-de-delivery-por-aplicativo?utm_campaign=clipping_de_noticias__07042021&utm_medium=email&utm_source=RD%20Station . Acesso em: 12 abril 2021.

Capítulo 5

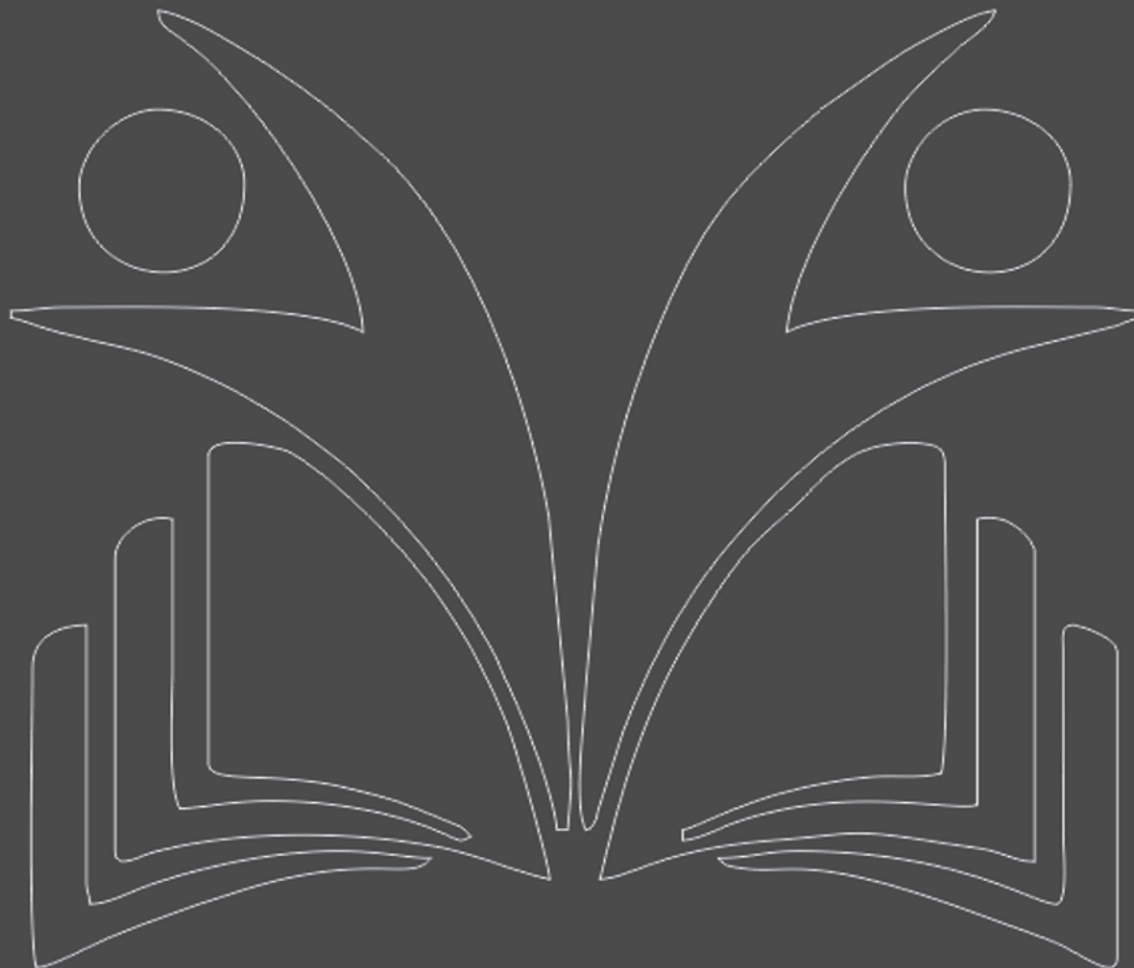


10.37423/220906551

O REFLEXO DO NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA TIPICIDADE DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA

Andrey Lyncon Soares Bento

Universidade Federal de Santa Catarina



Resumo: Este trabalho, conforme explicita o seu título, visa responder à seguinte problemática: “Após o julgamento no Supremo Tribunal Federal no RHC n. 163.334/SC, houve o incremento de novos requisitos para a incidência do tipo penal estabelecido no artigo 2º, II, da Lei n. 8.137 de 1990?”. Sob a metodologia indutiva e técnica de pesquisa bibliográfica, terá como bibliografia principal o acórdão do referido julgamento e como hipótese básica a resposta afirmativa da problemática. Nesse sentido, com fito de demonstrar esse incremento de requisitos extraordinários, acrescidos pelo Poder Judiciário, divide-se o trabalho em três partes: na primeira apresenta-se, sucintamente, um aspecto do direito penal e o tipo penal; na segunda far-se-á a incursão no julgamento com a abordagem aos votos e suas deliberações; e, por fim, na terceira demonstrar-se-á que a partir do julgamento houve o incremento de requisitos extraleais, em evidente inovação e não havendo conceitos determinados.

Palavras-chave: tributo; retenção; crime; requisitos; direito penal.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará de realizar uma verificação de acréscimos de requisitos após o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) n. 163.334/SC para a subsunção de ações ao inciso II, artigo 2º da Lei n. 8.137/90.

Adotar-se-á o método de abordagem indutivo, tendo como ponto de partida a análise do voto condutor no RHC 163.334/SC, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, objetivando a verificação da problemática central do trabalho.

Os métodos de procedimento serão o descritivo e o argumentativo, visto que no primeiro, segundo e parte do terceiro capítulo deste trabalho será utilizado o método descritivo, enquanto que nos pontos finais do terceiro será utilizado o método argumentativo.

A temática será desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisas em fontes bibliográficas e o ordenamento jurídico pátrio.

Para atingir os seus objetivos, o trabalho será exposto em três capítulos.

O primeiro capítulo terá como objetivo discorrer, brevemente, sobre aspectos gerais dos aspectos que influenciam a tipificação do crime ora analisado, bem como sucintamente como ele é classificado pela doutrina.

O segundo capítulo analisará o voto condutor do RHC 163.334/SC, sendo subdividido em dois itens, o primeiro analisando os aspectos gerais e o segundo adentrando mais especificamente o sistema interpretativo adotado pelo Ministro relator.

Por fim, no terceiro e último capítulo, o objetivo será apresentar os novos requisitos para a subsunção do crime de retenção de tributo.

2. O CRIME DE RETENÇÃO DE TRIBUTO

2.1 ASPECTOS GERAIS

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a qual é conhecida como Constituição Cidadã e inaugurou oficialmente a redemocratização no país, foram observados inúmeros avanços quanto à previsão de direitos e garantias individuais e coletivas que colocaram o Brasil no caminho para um Estado Social.

Por outro aspecto, a efetivação desses direitos acaba por demandar um capital elevado e que a origem será sempre os cidadãos. A ideia de arrecadação, segundo Corrêa (1994), surge na experiência dos Estados Unidos da América, o qual seu progresso estaria atrelado ao rigor tributário. No entanto, continua o autor, que no Brasil, há uma tendência natural ao desamor pela coisa pública agravado pelo fato daqueles que detêm o Poder de se locupletar das verbas nacionais destinadas ao funcionamento do Estado, deixando a mercê os mais necessitados¹.

Dessa mistura de sentimentos entre a necessidade de arrecadação e a indispensável regulamentação e imposição de mecanismos para evitar a burla ao fisco, em 1990 é promulgada a Lei n. 8.137, a qual estabeleceu os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo.

2.2 O CRIME TIPIFICADO NO INCISO II, ARTIGO 2º, DA LEI N. 8.137 DE 1990

2.2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na história do direito penal tributário, percebe-se a preocupação precípua do legislador com as ações as quais se utilizavam de meios fraudulentos para apropriar-se da pecúnia tributária, ou mesmo, para conseguir enganar o Fisco (EISELE, 2001), sob a ideia de proteção e manutenção do Estado.

Contudo, nas últimas décadas, tem o legislador utilizado do direito penal também nas ações tributárias as quais não possuem como instrumento fraude, falsificação ou outro meio ardid, em verdade vivemos tempos de expansão da criminalização de condutas das mais diversas sob argumentos mais diversos.

Segundo Faria Júnior (2011, apud FANUCCHINI, 1986), esse tipo de crime tributário pode ser chamado de crime tributário por extensão, visto que, em realidade, apenas se utiliza do direito repressor para provocar o infrator a fazer o que a norma tributária determina.

Invariavelmente é a utilização do direito repressor para um fim totalmente distorcido e que comprovadamente se colidem com princípios básicos do Direito Penal como fragmentariedade, subsidiariedade e culpabilidade.

Logo, há uma nova realidade de utilização do direito penal para funções além das necessárias da ultima ratio dos ordenamentos jurídicos.

2.2.2 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA CLÁSSICA

O primeiro capítulo da Lei n. 8.137 de 1990 (BRASIL), trata dos crimes praticados por particulares na esfera tributária, sendo que o inciso II, do artigo 2º estabelece:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

[...]

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

[...]

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O artigo em questão está diretamente relacionado com os tributos indiretos, os quais, segundo Eisele (2001, p. 80), são identificados, na ciência tributária e financeira, como aqueles em que o contribuinte pode “repassá-los direta e imediatamente, de modo a recolher seu montante (valor) de terceiros relacionados com o fato imponível que, assim, suportam materialmente sua carga. Tal é o caso do IPI e do ICMS”.

Em verdade, corresponde o agente ativo deste tipo com o sujeito passivo da obrigação tributária, sendo-lhe imposta a obrigação de retenção do tributo ou contribuição social para posterior repasse ao Fisco, já que o sujeito ativo da obrigação tributária, verdadeiramente, é um terceiro.

Em outras palavras, o sujeito ativo é “o particular que recebeu a incumbência pela lei de reter valores decorrentes de fatos geradores de obrigações tributárias e, com prazo para levá-las aos cofres públicos, as desvia em proveito pessoal ou não” (CORRÊA, 1994, p.175-176) Logo, apenas haverá a constituição do fato criminoso nas situações as quais foram, o tributo ou contribuições sociais, descontados ou cobrados e não repassados.

O objetivo jurídico do tipo caracteriza-se pela proteção ao sistema tributário, bem como a ordem econômica, além do patrimônio público - bens jurídicos tutelados-, já que fundamental, como dito alhures, na manutenção do estado de bem social e de garantia dos direitos e preceitos estatuídos pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é o que se observa da Exposição de Motivos n. 88 de 28 de março de 1990 (BRASIL), a qual se refere a Lei n. 8.137 de 1990:

A conceituação dos crimes que têm como consequência o não-pagamento de tributos, e as penalidade impositivas a seus autores, deixam muito a desejar, mercê de suas imprecisões e lacunas, não só na definição dos fatos tipificadores do crime, como também na fixação da pena aplicável quando de seu cometimento.

2. Em verdade, o objetivo básico colimado, qual seja o de desestimular a prática criminosa, não vem sendo alcançado, fato esse que tem causado grandes e irreparáveis prejuízos à Fazenda Nacional.

3. Não representará uma inverdade afirmar-se que, ao contrário do que deveria ocorrer, a prefalada legislação, de certa forma, estimula a prática de crime ao invés de coibi-la.
4. Diante desse quadro, entende-se absolutamente necessária a tomada de providências imediatas, aperfeiçoando-se as normas reguladoras da matéria, o que se propõe seja feito de acordo com as normas constantes do anexo projeto de lei, que ora tenho a honra de submeter à apreciação de Vossa Excelência.
5. O projeto em foco trata do crime contra a administração tributária, mediante adoção de definições mais abrangentes do que aquelas hoje existentes.
6. Além disso, o projeto proposto, em algumas hipóteses, torna mais severa a penalidade aplicável, prevendo a reclusão de dois a cinco anos para o infrator, ao invés dos atuais seis esses a dois anos de detenção.

Segundo Eisele (2001, p. 95), ainda pode ser efetuada uma divisão quanto ao bem jurídico tutelado pela norma, visto que, em primeiro momento, está atrelado a receita pública, cujo interesse está pautado na arrecadação e pertence ao Estado, e em segundo momento, está atrelado aos recursos necessários ao bem estar da sociedade e as tutelas sociais para a toda comunidade. Logo, imediatamente é lesado o Estado no seu interesse financeiro e, de forma indireta, toda a sociedade em sua coletividade.

Quanto a conduta, é a de deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

Assim, segundo Corrêa (1994, p. 174) configura-se o tipo quando “o agente permite que se esgote o prazo que lhe foi concedido pela lei ou em éditos administrativos para recolher aos cofres públicos os valores que reteve legalmente, e se apropria das importâncias”. Portanto, uma conduta plurissubsistente.

Por conseguinte, verifica-se na conduta ao menos duas fases: a primeira, geralmente, inicial comissiva, consistente no próprio desconto dos valores a título de tributo ou contribuição social; quanto a segunda, geralmente, posterior omissiva, é o não repasse dos valores ao órgão competente (EISELE, 2001, p. 95).

Dentre os elementos necessários para a configuração do delito temos o elemento subjetivo, que, no caso em comento, não havendo a expressa menção pelo legislador da imputação por culpa, necessita-se a comprovação do dolo para a legalidade da imputação.

Nesse sentido, Elisele (2001, p. 5) afirma que apenas subsiste o dolo direto, visto tratar-se de operações matemáticas com efeito lógico, as quais possuem resultados certos e não apenas probabilidades. Ou seja, o dolo fica caracterizado pela simples omissão ao não repassar os valores.

De diferente modo, encampa Martins (2011, p. 175), que apenas haveria o ilícito quando deliberadamente houvesse a intenção de não repassar o tributo recolhido. Para este autor, o legislador tinha o objetivo de punir com o rigor do direito penal aqueles que agem de forma fraudulenta e ilegal, e não o simples inadimplemento.

Contudo, é certo que a legislação explicita a consumação a partir da omissão, logo, o entendimento da consumação pela ausência de repasse possui respaldo legislativo, porém, sua simples ocorrência não pode caracterizar automaticamente a ocorrência do dolo como alguns pensam, sob pena de violação a princípios básicos de culpabilidade.

3. O JULGAMENTO DO RHC 163.334/SC NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 ASPECTOS GERAIS

O RHC 163.334/SC tornou-se o principal precedente para o crime de retenção de tributo tipificado no inciso II, artigo 2º, da Lei n. 8.137/90, visto que haveria possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade ou da possibilidade de restrição da sua aplicação a fatos específicos discutidos no caso em concreto.

Porém, como se pode verificar, a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade se distanciou nos votos dos Ministros, que reafirmaram a jurisprudência da tipicidade do crime, inclusive efetuando acréscimos no tipo penal de requisitos que, até então, não eram necessários.

Nesse sentido, o acórdão ganha imensa importância para todos os operadores de direito que trabalham com o tema, pois será o entendimento a ser adotado para os demais Tribunais do Brasil².

3.2 O RHC 163.334/SC, SEU VOTO E SUAS JUSTIFICATIVAS

Inicialmente o voto traz 3 pontos que utilizou o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, para análise da matéria (BRASIL, 2019, p.13)³.

A primeira, segundo ele, é que o Direito Penal deve ser sério, igualitário e moderado, traduzindo por uma objetividade de dissuasão das condutas delituosas, igualdade por que deve atingir a todos, sejam as pessoas ricas ou pobres, e moderado ante uma visão de não expansão do direito repressor.

Seguidamente, tratou da importância do papel do Direito Tributário e da arrecadação tributária em um Estado de bem social, bem como do dever fundamental de todos os cidadãos de efetuar o recolhimento dos tributos na medida da ocorrência dos fatos geradores. Não obstante, salientou que a interferência do Direito Penal na área tributária não deve ser regra, mas sim exceção.

Por fim, a última base do relator foi a convicção que sob a intersecção entre Direito Penal e Direito Tributário não se deve considerar o mero inadimplemento como fato típico, sendo necessário uma diferenciação através de um nível mínimo de reprovabilidade que justifique a aplicação da ultima ratio.

3.2.1 INTERPRETAÇÃO SEMÂNTICA E SISTEMÁTICA

Nesse sentido, o relator inicia a abordagem no voto sob uma interpretação semântica e sistemática da norma e dispõem que a legislação impõem a qualquer sujeito passivo de obrigação tributária a posição de sujeito ativo do crime, sendo irrelevante a condição de sujeição passiva direta ou indireta, visto que a lei repressora fala em valor do tributo e não no tributo propriamente dito⁴.

Ato contínuo, expõem que a conduta prevista como típica não se assemelha ao mero inadimplemento tributário visto que, em verdade, o sujeito ativo do delito seria mero depositário e que o valor nunca lhe pertenceu, tendo acesso ao valor por uma ideia de facilitação de arrecadação tributária, qual seja o dever de recolher o tributo em nome de outrem.

3.2.2 INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA E REFERÊNCIA AO DIREITO COMPARADO

No aspecto histórico, traz o relator o processo legislativo e as modificações que a redação da legislação verificada passou até sua promulgação. No seu sentir, afirma que a ideia do legislador era reprimir a ocorrência de não transferência à entes federados de valores que estariam sob guarda temporária dos comerciantes, visto que teriam cobrado, legalmente, dos consumidores os tributos. Assim, nesse aspecto, não restaria dúvida da posição dos legisladores quanto ao tema.

Quanto ao Direito comparado, foram apresentadas as legislações correlatas de Portugal, Itália e Estados Unidos da América, as quais possuem tipos penais criminalizadores de condutas omissivas dos repasses de tributos.

3.2.3 INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E CONSEQUENCIALISTA

Pela interpretação teleológica e consequencialista o Ministro aponta, novamente, a importância das contribuições tributárias na construção do Estado de bem-estar social e para a promoção da concretização da Constituição.

Nesse sentido, trouxe dados do país apontando valores bilionários de sonegação no país, bem como o resultado de inúmeros entes federados fragilizados em suas áreas financeiras, bem como também refletem no mercado e na livre concorrência, visto que traz uma vantagem competitiva ilícita àquele que adere às ações escusas. Logo, o que se verifica é um efeito cascata em todas as áreas da sociedade.

Por outro vértice, aduziu que as consequências do reconhecimento da conduta são leves, e que seria virtualmente impossível a prisão em razão do crime discutido, visto os benefícios que se pode conceder⁵.

3.2.4 INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E DOLO DE APROPRIAÇÃO

Por fim, sendo o tema central deste trabalho, o relator aborda a diferenciação do tipo penal insculpido no inciso II, do artigo 2º, da Lei n. 8.137/90, com o mero inadimplemento tributário, reforçando a ideia de que apenas deve subsumir a conduta de que lese de modo significativo o bem jurídico protegido e, portanto, sendo necessária uma interpretação restritiva.

Nesse sentido relata que nem todo devedor cometerá o crime de forma automática quando não pagar o tributo, isso porque poderá haver circunstâncias excepcionais nas quais o inadimplemento deverá ser visto como mero inadimplemento e não como uma apropriação indébita.

Não obstante, segue o voto, outra é a situação de devedores contumazes, os quais praticam deliberadamente e de forma ordinária o inadimplemento. Esta forma de agir acaba por desaguar nos problemas já indicados para toda a sociedade e, portanto, acabam por ferir o bem jurídico tutelado, momento em que se deve fazer uso do direito repressivo.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2019, p. 33):

É preciso, portanto, que se constate que a inadimplência do devedor é reiterada, sistemática, contumaz, verdadeiro modelo negocial do empresário, seja para enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar as próprias atividades. Trata-se de elemento de valoração global do fato, a ser apurado pelo juiz em cada processo concreto. Além da própria conduta atual de inadimplência reiterada, também deve-se levar em consideração o histórico de regularidade de recolhimentos tributários do agente, apesar de episódios de não recolhimentos específicos, justificados por fatores determinados.

[...]

É esse propósito de manter para si, de se apropriar, de modo sistemático, dos valores cobrados do adquirente da mercadoria ou do serviço, sem a intenção de repassá-los ao Estado, que confere significado à conduta de não recolhimento do tributo. Não se trata, portanto, de deixar de adimplir a obrigação tributária com alguma intenção externa a essa conduta, mas do próprio propósito que define o sentido da conduta.

Nesse sentir, verifica-se que a proposição de concretização do dolo estará, segundo o voto, nas ações reiteradas e com a vontade de manter os valores para si, sem objetivo de repassá-los ao Estado. Logo, diversamente do inadimplemento puro.

Ademais, indica que caberá ao juízo da origem a apreciação das circunstâncias para que se possa concretizar ou não o dolo e, por conseguinte, a tipificação com o preenchimento dos demais requisitos.

O julgamento então termina⁶ com a aprovação da tese proposta pelo voto condutor, negando provimento ao RHC e fixando a seguinte tese: “O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”.

4. OS NOVOS REQUISITOS AO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA

4.1 ASPECTOS GERAIS

Sem dúvida, um dos pontos principais das discussões e dos votos foi a tentativa de expressar e impor a necessidade de diferenciação entre o tipo penal de apropriação indébita tributária com o simples não recolhimento e repasse do tributo.

A importância da questão se adere à proibição constitucional de prisão por dívida.

Nesse sentido, para que houvesse uma suposta diferenciação, o Supremo Tribunal Federal incorporou a ideia fixada na tese e impôs a necessidade de comprovação de dois elementos, quais sejam: a contumácia e o dolo de apropriação.

Portanto, a partir da fixação da tese a consumação do delito comentado neste trabalho está adstrita ao preenchimento dos requisitos legais concomitantes com os impostos pelo RHC.

Não obstante as inúmeras críticas que se pode tecer, firme na segurança jurídica, é necessário verificar o conceito e os elementos dos novos requisitos.

4.2 OS NOVOS REQUISITOS

Observa-se que a determinação pela observância dos novos requisitos é inovadora, já que a legislação não trouxe nenhum dos requisitos. Ademais, verifica-se que o intuito maior da incorporação é a manutenção da constitucionalidade do tipo penal.

Nesse mesmo caminho, chama atenção a ausência de delimitação do conteúdo semântico dos requisitos impostos, tendo uma abertura e generalidade distante da necessária no Direito Penal segundo o princípio da legalidade escrita.

Desse modo, é necessário a verificação na jurisprudência dos fatores que possam contribuir para conceituação e delimitação dos requisitos e, assim, auxiliar na segurança jurídica e na aplicação do próprio precedente.

4.2.1 DOLO DE APROPRIAÇÃO

A doutrina conceitua o dolo como a vontade de uma ação orientada à realização de um delito (PACELLI, 2019, p. 273) sendo ele um elemento subjetivo dos tipos penais e expresso na legislação penal no artigo 18, I, do Código Penal.

Em primeira leitura do inciso II, do artigo 2º da Lei n. 8.137/90, o tipo se consumaria com a simples consciência do agente do desconto/cobrança e o não repasse aos cofres públicos.

Porém, como forma de diferenciar a consumação do tipo do mero inadimplemento fiscal, o relator do RHC propôs uma análise dos fatos correlatos ao juízo originário, o qual deveria se atentar no *modus operandi* do agente, se efetuou alguma tentativa de regularização do débito ou ainda criou algum empecilho à fiscalização, entre outros:

O dolo de apropriação deve ser apurado na instrução criminal, a partir de circunstâncias objetivas factuais, tais como o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de “laranjas” no quadro societário, o encerramento irregular das suas atividades, o valor dos débitos inscritos em dívida ativa superior ao capital social integralizado etc. Tais circunstâncias são meramente exemplificativas e devem ser cotejadas com as provas existentes no caso concreto para fins de aferição do elemento subjetivo do tipo. (BRASIL, 2019, p.34)

Desse modo, é possível observar que se está longe de uma definição juridicamente pacificada, bem como pronta para sua aplicação de forma segura, haja visto a necessidade de observação de inúmeros pontos do caso concreto.

Certamente os casos continuarão chegando aos Tribunais superiores para pacificar a matéria. Porém, até o momento, não há qualquer ideia do que poderia ser aplicado de forma segura, justa e legal sobre a definição de dolo de apropriação do agente no crime em comento.

4.2.2 DEVEDOR CONTUMAZ

O segundo requisito apresentado pelo RHC também caminha na mesma estrada de indefinição e generalidade, indo na contramão dos princípios do Direito Penal.

Por um prisma de literalidade, o requisito da contumácia estaria preenchido com a reiterada repetição da declaração e o não repasse. Porém, a dúvida que permanece é quantos meses seriam necessários.

Nesse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça após o julgamento do RHC já absorveu o entendimento e no Recurso Especial (REsp) n. 1.867.109/SC e no Agravo Regimental em REsp n. 1.907.186/SC, absolveu acusados com inadimplência de 3 meses. Não obstante, no julgamento do REsp 1.852.129/SC, o valor não repassado era de 4 meses, porém o acórdão consignou a atipicidade da conduta.

Não obstante, a definição da contumácia pode ser mais complexa do que apenas o limite e definição de número de meses, mas também passar pela definição de cada ente federado. Pois ao passo que o termo possa ser interpretado no Direito Penal, o conceito poderá ser definido no Direito Tributário e, por consequência, ser regulado na forma do artigo 24 da Constituição.

Desse modo, o presente requisito também pende de uma conceituação e estruturação por meio da jurisprudência, a qual apenas o tempo concretizará através dos precedentes.

De todo modo, é visível que a intenção é diferenciar os empresários que acabam por passar por dificuldades financeiras daqueles que se utilizam do inadimplemento tributário como prática corriqueira para obter lucros maiores e, conseqüentemente, lesam não só o Fisco e a sociedade, mas também o mercado de forma geral com uma concorrência desleal.

Porém, não se pode deixar a ideia de que a insegurança jurídica na imposição de requisitos tipificadores não estabelecidos gera um problema hercúleo a sociedade.

5. CONCLUSÃO

A importância do sistema tributário e da arrecadação pelo Estado é fato incontroverso é conhecido por todos, principalmente para a efetivação do estado social e da possibilidade de enfrentamento dos problemas diários da sociedade e manutenção do próprio ente.

Não obstante, em uma sociedade de risco acaba-se a utilização de práticas arriscadas para se chegar ao objetivo almejado, como no caso da utilização do Direito Penal para a diminuição do inadimplemento tributário.

Nesse sentido, apesar da ciência de que a legislação não muda a cultura, é também sabido que o direito repressor acaba por ser temido por muitas pessoas e, portanto, mantendo-se a constitucionalidade de tipo penal um tanto discutível de sua legalidade, através de técnicas inovadoras e acréscimos hermenêuticos e semânticos.

Foi desse modo que se perpetuou a afirmação de legalidade do tipo insculpido no inciso II, do artigo 2º, da Lei n. 8.137/90, através da interpretação do Supremo Tribunal Federal que, como forma de diferenciar do mero inadimplemento tributário e manter sua constitucionalidade, acresceu dois novos requisitos: o dolo de apropriação e ser o agente contumaz.

No entanto, apesar do incremento normativo por vias interpretativas, ficaram ausentes as definições e conceituações dos pontos, causando dessa maneira uma insegurança jurídica e impondo a tarefa aos juízos de origem a sua definição.

Assim, apenas o tempo definirá o conceito através das apreciações pelos Tribunais Superiores da matéria.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei nº 8137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.. . BRASÍLIA, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 163.334/SC. Paciente Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher e outro. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2019. Brasília, 10 maio 2021.

CORRÊA, Antônio. Dos Crimes Contra a Ordem Tributária: comentários à Lei n. 8.137, de 27-12-1990. São Paulo: Saraiva, 1994. 285 p.

EISELE, Andreas. Apropriação indébita e ilícito penal tributário. São Paulo: Dialética, 2001. 175 p.

FARIA JÚNIOR, César de. Crimes contra a ordem tributária. Direito Tributário: direito penal tributário, São Paulo, v. 8, n. , p.45-55, 2011.

MARTINS, Ives Granda da Silva. Crimes contra a ordem tributária. Direito Tributário: direito penal tributário, São Paulo, v. 8, III, p. 169-200, 2011.

PACELLI, Eugênio. Manual de Direito Penal. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOTAS

Nota 1

Essa perspectiva pode ser vista recentemente com os grandes escândalos de corrupção nas diversas empresas públicas e privadas e que, apesar das inúmeras críticas que se pode fazer à execução procedimental, acabaram por demonstrar inúmeras ilegalidades.

Nota 2

Não se desconhece que não houve o julgamento do tema pelos sistemas de uniformização da jurisprudência ou de obrigatoriedade do seguimento do então decidido pela Corte maior. Contudo, é sabido também que, conforme inúmeros casos (regime fechado em crimes hediondos, remissão por estudos etc) os julgamentos no Supremo Tribunal Federal, ainda que não revestido da sua imperatividade, geram reflexos nas instâncias inferiores, já que apresentam a posição do Tribunal superior, principalmente quando explicitam tese, como no caso do recurso ora discutido..

Nota 3

Deixa-se de fazer a citação indireta de todos os pontos trazidos do voto a partir daqui, ante a desnecessidade de repetição no capítulo. Ademais, com exceção dos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio de Mello, os votos dos demais integrantes da Corte caminharam no mesmo sentido do voto condutor do Ministro Luís Roberto Barroso.

Nota 4

Essa questão abordada no voto é ponto de inúmeras críticas e teses suscitadas no próprio julgamento, porém a questão não é objeto deste trabalho e, portanto, não será abordada de forma contundente. Não obstante, a argumentação da decisão é frágil e foi simplista ante a complexidade do Direito Tributário.

Nota 5

A argumentação neste ponto deixa de verificar os estigmas da criminalização, bem como demais fatores problemáticos que a incursão de uma investigação e instrução criminal pode levar. Não faltam estudos na criminologia a respeito do tema. Por outro lado, estranhamente, o voto condutor do acórdão não faz uma análise de possíveis ferramentas distintas do direito penal para a fiscalização e recuperação do tributo a fim de que fosse respeitado o princípio da subsidiariedade, ou ainda do possível aumento da sonegação, já que se ao admitir a dívida tributária poderá recair no tipo ora discutido, talvez seja economicamente “mais vantajoso” sonegar o tributo.

Nota 6

Até a data de 21.05.2021, pende de apreciação e julgamento recursos de embargos de declaração interpostos pela partes integrantes do processo.

Capítulo 6

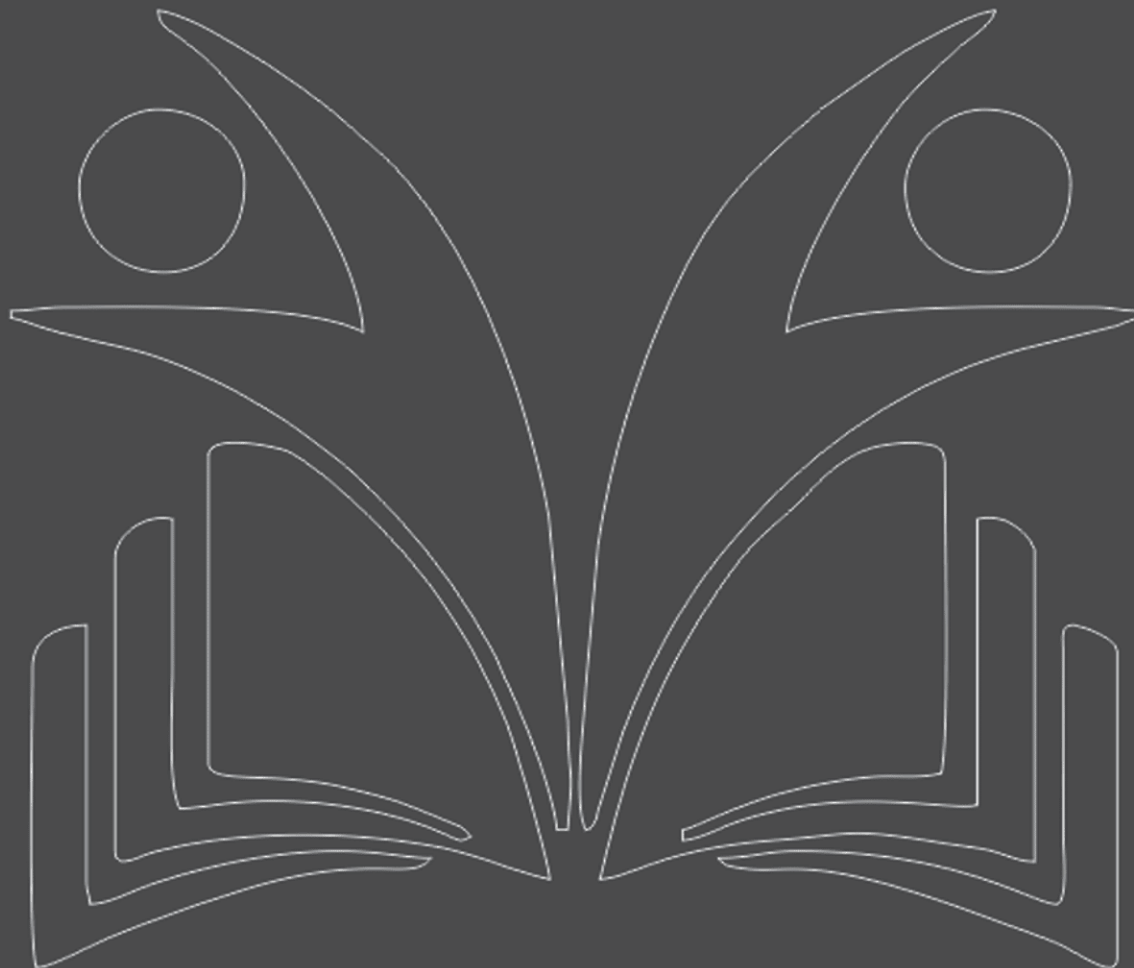


10.37423/220906570

A EXCLUSÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO POR INDIGNIDADE - CASO SUZANE VON RICHTHOFEN

Michelle Rassi Fernandes LOPES

*PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE
GOIÁS*



Resumo: A herança é o objeto jurídico do direito brasileiro, que visa resguardar os bens dos herdeiros e garantir a transmissão dos bens em conformidade com as normas legais, podendo ser legítima - quando se dá por meio de título universal; ou testamentária - quando se processa por meio de título singular. Nesse contexto, o presente estudo discorre sobre o Direito das Sucessões na lei civil brasileira, enfatizando a exclusão da capacidade sucessória por indignidade, considerando-se que, em determinados casos estabelecidos por lei, o herdeiro perde a capacidade de herdar, ou de receber sua quota parte da herança. Tem-se o objetivo, portanto, de dissertar sobre o instituto da indignidade, no âmbito do direito nacional, a fim de se destacar seu posicionamento na legislação brasileiro atual, visando, ainda, evidenciar aspectos jurídicos, éticos e morais, que são os pilares da sociedade contemporânea. Para tanto, foi desenvolvida uma revisão bibliográfica, baseada no método dedutivo, traçando relações e críticas acerca da perda do direito sucessório, quando da prática de alguns atos ensejadores da indignidade. Verifica-se, assim, a importância de se punir o herdeiro indigno, tomando como base todo o desenrolar do processo judicial comprobatório do fato, a propositura da ação de indignidade e decretação da sentença e o esclarecimento dos efeitos jurídicos para os demais sucessores e terceiros interessados, com a possibilidade de reabilitação e perdão do indigno.

Palavras-chave: Sucessão. Direito Sucessório. Indignidade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a perda do Direito sucessório por indignidade no âmbito do Direito Nacional atual, tendo como foco, o esclarecimento a respeito do instituto da Indignidade, com suas causas e efeitos.

O direito pátrio em seu art. 1.784, do Código Civil, estabelece que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A indignidade é uma penalidade civil que priva do direito à herança, tanto o herdeiro, quanto o legatário que pratica atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do *de cujus* ou de seus familiares.

Tal instituto pode ser considerado como frugal, de simples aplicação. Ao se analisar os casos de indignidade, é comum vinculá-los a casos de homicídios contra os pais, praticados por seus próprios filhos. Porém, a perda do direito sucessório vai além dessa conduta tipificadora. Ela pode abranger a prática de crimes contra a honra do autor da herança, seu cônjuge ou companheiro, assim como de ofensas físicas - impedimento à liberdade de testar, ou casos de homicídio - incluindo sua forma tentada, e outras causas ensejadoras de exclusão por indignidade, tipificadas no Código Civil Brasileiro.

A indignidade encontra prevista legalmente nos arts. 1.814 a 1.818 do Código Civil de 2002, sendo tratada como um dos raros casos de morte civil remanescente do Direito romano, haja vista que, o art. 1816 (CC/02), refere-se ao indigno como se morto ele fosse. Os efeitos da exclusão do indigno são personalíssimos, uma vez que os descendentes do indigno sucedem por representação, e se forem menores, o indigno não poderá administrar tais bens, como forma punitiva. Diante disso, somente os atos previstos em lei podem afastar efetivamente o herdeiro da sucessão.

O Direito Sucessório mostra que o patrimônio nunca deixou de ter grande significado nas relações, como instrumento de poder econômico e político. O instituto da indignidade causa repulsa e comoção social aos lares por contrariar a base familiar, os valores éticos e morais e destorcer o significado das palavras lealdade, fidelidade, idoneidade e caráter.

Tal tema ganhou vulto com o conhecido caso de Suzane Von Richthofen e os irmãos Cravinhos, condenados pela morte dos pais de Suzane (pelos crimes de homicídio triplamente qualificado e furto), que teve repercussão nacional e chocou a sociedade de modo geral.

Conforme protocolado na própria ação de indignidade de Suzane: “a Constituição brasileira enfatiza a vida como supremo bem, pressuposto exclusivo para função de qualquer direito. Tanto que todos os bens são chamados de bens da vida”.

O presente trabalho é baseado em uma revisão bibliográfica pautada na consulta de Doutrinas, Códigos, Jurisprudências e outras publicações virtuais constantes de variadas fontes de pesquisa, bem como outros artigos científicos e monografias que abordam o tema.

Sendo assim, torna-se necessário esclarecer algumas questões, relacionadas à Indignidade Sucessória, tais como: quais as causas? Efeitos? Qual o procedimento? Quem tem legitimidade ativa e passiva? Essas questões serão abordadas para sanadas as dúvidas e entender esse instituto jurídico, conforme será verificado no presente trabalho.

Desse modo, tem-se o objetivo de discorrer sobre o instituto da indignidade, no âmbito do direito nacional, a fim de se destacar seu posicionamento na legislação brasileira atual e evidenciar aspectos jurídicos, éticos e morais, que são os pilares da sociedade contemporânea.

Considerou-se, pois, a importância de se punir o herdeiro indigno, destacando os atos do processo judicial comprobatório do fato, a propositura da ação de indignidade e decretação da sentença e o esclarecimento dos efeitos jurídicos para os demais sucessores e terceiros interessados, com a possibilidade de reabilitação e perdão do indigno.

Para tanto, além do resumo, introdução, conclusão e referências bibliográficas, esse trabalho será dividido em capítulos que tratarão em um primeiro momento sobre o patrimônio e as formas de sucessões existentes no ordenamento pátrio. Em seguida, será abordado o instituto da indignidade e suas causas, o perdão e a possibilidade de reabilitação do sucessor indigno. Em um terceiro capítulo, será exposta a forma de propor a ação de indignidade e os efeitos jurídicos decorridos em relação ao indigno, aos herdeiros do indigno e a terceiros. E finalmente, será feita uma abordagem do caso mais conhecido nacionalmente, onde Suzane Von Richthofen, por ter figurado como coautora da morte de seus pais, foi excluída da herança de seus genitores e considerada herdeira indigna.

Posteriormente, aos anexos, será juntado a este trabalho o Projeto de Lei nº 7.806 de 2010, proposto por Serys Slhessarenko - PT/MS e que pretendia acrescentar o art. 1.815-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar, nos casos de indignidade, que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretaria a exclusão imediata do herdeiro ou legatário indigno.

Contudo, em 04 de maio de 2010, o referido projeto foi substituído pelo Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 118 de 2010 com a autoria da Senadora Maria do Carmo Alves (DEM-SE), e que também está anexo a este Artigo Científico.

O referido projeto visa alterar a redação dos artigos 1.814 a 1.818 do Código Civil de 2002, que se referem à indignidade, bem como alterar os artigos 1.961 a 1.965 que dispõem sobre a deserdação.

1. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA SUCESSÃO

1.1. A COMPREENSÃO DO VOCÁBULO SUCESSÃO

Direito das Sucessões é o ramo próprio do Direito cujo objetivo é a transmissão patrimonial do falecido aos seus sucessores. Assim, a sucessão, de início, tem o sentido de substituição, sendo um termo derivado do latim *'sucessio'*, do verbo *succedere*, que indica uma ordem cronológica de fatos. “A palavra sucessão tem sua origem no latim *'sucessio'*” (VENOSA, 2004, p. 15). Significa, em síntese, o ato ou efeito de suceder, pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na propriedade de seus bens ou titularidade de seus direitos.

Na conceituação de De Plácido e Silva:

Suceder: Do latim *succedere* (vir depois, tomar o lugar de, acontecer), consoante a própria etimologia *sub* (depois de, a seguir) e *cedere* (acontecer, vir, ir, decorrer o tempo, transmitir), exprime o mesmo sentido de acontecer depois, seguir-se, existir no presente, vir em seguida, tomar posição, colocar-se. Em amplo conceito, porém na significação jurídica, suceder é colocar-se uma pessoa em lugar de outra, assumindo-lhe a posição, como investindo-se nas mesmas qualidades e atribuições que se conferiam ao sucedido (DE PLÁCIDO E SILVA, 2005. p 1.338).

No mesmo sentido, como explica DINIZ (2010, p. 3), o direito das sucessões “consiste no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro”.

GONÇALVES (2010, p. 19), afirma que o termo sucessão é caracterizado pelo “ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”. Ressalta-se, assim, que o primeiro fundamento da transmissão sucessória teve cunho religioso, no qual a propriedade era entendida como de direito familiar, sendo gerida pelo chefe, que era o varão mais velho, quando do falecimento do *de cuius*, garantindo-se a continuidade da vida humana através das gerações.

A mencionada substituição, conforme a doutrina, decorre da morte. Com a morte, automaticamente, os bens passam aos herdeiros do *de cujus*. Assim, os herdeiros sucederão tanto os direitos como as obrigações. A esse respeito, a doutrina pátria atual defende que:

Com a morte, a herança é oferecida aos herdeiros, sendo provada por meio da certidão de óbito ou na sua falta por outros jurídicos admissíveis, como, o levantamento pericial e a prova testemunhal. O domínio dos bens do falecido passa automaticamente para os herdeiros, e não no instante da transcrição da partilha dos bens no inventário, de forma que o fisco só pode cobrar o imposto causa mortis baseado nos valores do instante do óbito (DINIZ, 2004, p. 30 e 31).

‘*De cujus*’ é uma expressão latina derivada do latim “*de cujus successione agitur*”, que tem por significado a pessoa falecida. No direito sucessório é a pessoa que faleceu e que deixou bens cuja sucessão (direito de herança) será regida pelas normas jurídicas.

No sentido objetivo, o vocábulo sucessão designa o conjunto dos bens deixados pelo *de cujus*. Nesta acepção, é sinônimo perfeito de herança, sendo empregado em frases como concorreram à sucessão. No sentido subjetivo, o vocábulo sucessão designa a transmissão dos bens da pessoa falecida aos que a esses concorreram. Foi aberta a sucessão – costuma dizer-se. Nesta acepção, fala-se no direito que tem uma ou mais pessoas de receber os bens deixados (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 258).

Na concepção jurídica, suceder é substituir, ou seja, o conteúdo e o objeto da relação jurídica continuam o mesmo, mudando apenas os seus titulares. A palavra sucessão possui o sentido de transferência, de alguém (sucessor) tomar o lugar de outrem (*de cujus*).

Portanto, “num sentido amplo, a palavra sucessão significa o ato pelo qual uma pessoa toma lugar de outra, investindo-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhes competiam” (MONTEIRO, 2009, p. 1).

Com isso, VELOSO (2003, p. 35), observa que “a morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento”.

Assim, considerando-se o termo “morte”, real ou presumida, como ponto chave para se tratar de sucessão, os bens se transmitem instantaneamente para os herdeiros, obedecendo-se ao Princípio da *Saisine*.

De acordo com este princípio, de origem francesa, no exato momento em que se dá a morte, deverá ser aberta a sucessão, para que, automaticamente se transmita a herança aos herdeiros legítimos e testamentários, conforme estabelece o art. 1.784, do Código Civil de 2002.

Desta forma, para VENOSA (2014, p. 14), o princípio da *Saisine* representa uma apreensão possessória autorizada. É uma faculdade de entrar na posse de bens, posse essa atribuída a quem ainda não a tinha.

Vale ressaltar, que por este princípio, na transmissão da posse e propriedade, tudo se transmite como estava no patrimônio do de *cujus*. Inclusive as dívidas, pretensões e ações contra o mesmo, já que patrimônio compreende além do ativo, o passivo também.

Ainda sobre este instituto, o Superior Tribunal de Justiça entende:

O Princípio da Saisine, corolário da premissa de que inexiste direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite - se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo de *cujus* ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto. (STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 543947 SP 2014/0166127-0. Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO. Publicação: DJ 03/03/2015).

1.2. PATRIMÔNIO E SUCESSÕES

De acordo com o Dicionário Enciclopédico Larousse (2006, p.1989), patrimônio é herança de família, conjunto dos bens, direitos e obrigações de uma pessoa ou empresa. É o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente.

Patrimônio é a totalidade das relações econômicas de uma pessoa, consideradas como unidade jurídica. (...) Essa totalidade de relações econômicas, essa universalidade de direitos e obrigações, que forma o patrimônio, recebe a denominação de herança, quando, pelo falecimento da pessoa se a considera em relação à transmissão para outra ou outras pessoas. (BEVILÁQUA, 1997, p. 35).

Esse complexo de direitos e obrigações chamado de patrimônio, não se extingue com a morte do titular da herança, sendo transmitido a seus sucessores, que ocupam a posição do falecido autor da herança (*de cuius*).

Assim, a sucessão ocorre a partir da divisão de bens entre os herdeiros, por duas formas distintas: entre vivos (por contrato) e após a morte (*causa mortis*). Tem-se o intuito de transferir todo o patrimônio e as obrigações do '*de cuius*'.

“A sucessão familiar pode se dar de duas formas: a que deriva de um ato entre vivos, como, por exemplo, um contrato, e as têm como causa a morte (*causa mortis*), quando os direitos e obrigações do morto se transferem para seus herdeiros ou legatários” (REIS, 2006, p. 186).

O patrimônio transferido entre herdeiro e ‘*de cujus*’ é chamado de herança, que nada mais é que a universalidade dos bens que será dividida entre os sucessores, podendo ser herdeiros ou legatários. O legatário é aquele a quem foi deixado algum bem, por meio de testamento, e a figura do herdeiro é aquela que recebe os bens da herança por força da Lei. Dispõe o artigo 1.787 do Código Civil de 2002, a esse respeito:

Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade. Não devendo confundir os termos sucessão com herança, pois a sucessão é o fato de alguém substituir outra pessoa em seus direitos e obrigações, e herança é o conjunto dessas obrigações e direitos que se transmitem. Podendo o herdeiro receber a herança em sua totalidade ou em quota parte, o que será determinada pela partilha dos bens. Conforme dispõe o artigo 1787 do Código Civil é a Lei vigente na época da abertura da sucessão que a regulamenta.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 assegura em seu artigo 5º, inciso XXX, o direito à herança, com o seguinte posicionamento legal:

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: XXX – é garantido o direito de herança; Quando aberta a sucessão, a herança transmite-se, imediatamente, aos herdeiros legítimos e testamentários segundo a lei. Na sucessão legítima a capacidade para suceder são: as pessoas físicas nascidas ou já concebidas. Porém, de sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, as pessoas jurídicas e organização fundacional por constituir-se.

O Livro V do Código Civil, que trata do direito das Sucessões, nos traz as espécies de sucessão, que quanto à sua forma, podem ser Legítima ou Testamentária, e quanto aos efeitos, se subdividem em Sucessão a Título Universal e a Título Singular.

A Sucessão Legítima esta disposta nos arts. 1.786 a 1788, do Código Civil de 2002, nos casos em que há ausência, anulabilidade, nulidade ou caducidade do testamento. Já a Sucessão Testamentária, ocorre por meio de testamento ou disposição de última vontade, tendo-se em vista que o testador só poderá dispor da metade da herança, conforme limitação imposta pelo Código Civil em seus arts. 1.789 e 1.846, do Código Civil.

Sucessão testamentária ou *ex testamento*, cujo significado surge da própria designação, ou a sucessão que se processa de acordo com a vontade do titular do patrimônio. Possui ele liberdade de dispor quanto à partilha dos bens que ficarão após sua morte. (RIZZARDO, 2005, p. 08).

Quanto a Sucessão a Título Universal, está ocorre quando ao herdeiro é transmitido todos ou uma parte indeterminada dos bens do *de cujus*, enquanto que na Sucessão a Título Singular, existe disposição expressa do testador em razão dos bens que serão transmitidos ao herdeiro. Ressalta-se que quando a sucessão se dá a Título Singular, as dívidas deixadas pelo falecido não são transmitidas ao herdeiro.

2. DA EXCLUSÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO

2.1. O INSTITUTO DA INDIGNIDADE

A Legislação pátria estabelece duas formas de exclusão dos herdeiros da sucessão, quais sejam: a deserdação e a indignidade. Na deserdação o testador dispõe expressamente em seu testamento a exclusão de um de seus herdeiros, justificado pela prática de uma das condutas previstas no art. 1.962, do Código Civil.

Enquanto que na indignidade, o herdeiro ou legatário pratica um dos atos descritos no art. 1.814, do Código Civil, sendo necessário para ser declarado indigno a propositura de ação declaratória de indignidade.

Assim, já se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “deserdação e exclusão da sucessão por indignidade são institutos que não se confundem. A deserdação depende de ato da vontade do autor da herança. A exclusão da sucessão por indignidade é disciplinada no art. 1.814, CC/2002”.

DINIZ (2009, p. 50), dispõe que a palavra indignidade vem do latim *‘indignitate’*, tendo como significado, a “ausência de honra e respeitabilidade”, bem como um ultraje, uma afronta ou uma injúria. O indigno (*indignus*) conseqüentemente é considerado o sujeito que pratica algum ato vil, baixo, criminoso ou calunioso em relação aos bons costumes e a outras pessoas.

No direito sucessório, a indignidade praticada pelo sucessor acarreta a perda do direito subjetivo de herdar e assim, ser excluído ou afastado da transmissão hereditária. Clovis Beviláqua (1977, p. 35), conceitua como indignidade “a privação do direito hereditário, determinada por lei, a quem voluntária e antijuridicamente cometeu tipificados atos ofensivos ao defunto ou a membros de sua família”.

Assim, o fundamento da indignidade seria a vontade presumida do *de cujus*, que excluiria o herdeiro se tivesse possibilidade de fazer. Desta forma, Gonçalves (2012, p. 43), conclui que:

O instituto da indignidade está inspirado em um princípio de ordem Pública, uma vez que se repugna à consciência social que uma pessoa suceda a outra, extraindo vantagem de seu patrimônio, depois de haver cometido contra esta atos lesivos de certa gravidade. Por essa razão atinge tantos os herdeiros legítimos quanto os testamentários, e até mesmo os legatários.

A indignidade possui fundamento constitucional, uma vez que protege e ao mesmo tempo puni a violação à dignidade do autor da herança, tendo valor protetivo superior ao eventual direito sucessório herdeiro ou legatário vil. A sanção de exclusão do direito de herdar é também uma forma de proteção à ordem pública e social, considerando que a indignidade está fundada em valores morais e éticos relevantes, onde se supõe que há uma relação de afeto, um vínculo de parentesco, pautado no amor, confiança, consideração entre o autor da herança e o sucessor.

Assim, é inaceitável o fato de um criminoso ser contemplado com os bens patrimoniais daquele que agrediu.

Tem-se o conceito dado por Venosa (2004, p. 78), que, em seu livro *Direito das Sucessões*, dispõe da seguinte forma:

É moral e lógico que quem pratica atos de desdouro contra quem lhe vai transmitir uma herança torna-se índigo de recebê-la. Daí por que a lei traz descritos os casos de indignidade, isto é, fatos típicos que, se praticados, excluem o herdeiro da herança. A lei, ao permitir o afastamento do indigno, faz um juízo de reprovação, em função da gravidade dos atos praticados.

A natureza jurídica da indignidade é controversa, pois há divergências quanto a indignidade ser uma incapacidade ou uma penalidade civil. Para alguns doutrinadores, trata-se de incapacidade, para outros, em sua grande maioria, o instituto da indignidade tem como natureza jurídica uma verdadeira penalidade civil, que decorre de ato gravíssimo cometidos contra o autor da herança ou pessoa de sua família.

2.2. CAUSAS DA INDIGNIDADE

A indignidade sucessória é uma pena de natureza privada, assim sendo, é imprescindível que o ato ensejador dessa sanção esteja tipificado pela lei civil primeiramente, semelhantemente como ocorre no Direito Penal. Ressalta-se que as causas tipificadoras de indignidade surgiram para impedir que o sucessor fosse punido arbitrariamente por motivos banais. Trata-se dos princípios da legalidade e da anterioridade consagrados pela Constituição Federal em seu artigo 5, XXXIX e art. 1 do Código Penal,

respectivamente. Observe: “Art. 5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

As causas da indignidade são variadas e estão previstas no art. 1.814 do Código Civil, senão vejamos:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I – que houverem sido autores, coautores ou partícipes do homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz (2010, p. 51) explica:

As causas que autorizam a exclusão do herdeiro ou do legatário da sucessão estão arroladas no art. 1.814 do Código Civil, podendo ser resumidas em: atentados contra a vida, a honra e a liberdade do de cujus ou de membros de sua família. Como se trata de pena civil, a exclusão por indignidade só pode ocorrer nos casos expressamente mencionados em lei, não comportando interpretação extensiva ou aplicação analógica ante o princípio *nulla poena sine lege*.

O homicídio consumado ou em sua forma tentada é considerada uma causa universal, pois está previsto em praticamente todas as codificações. Tem por fundamento a ética, na qual se pune o sucessor que de alguma forma atenta contra a vida de quem iria suceder *causa mortis*.

De acordo com ensinamentos doutrinários de Barbosa Filho (2006, p. 28): “nenhuma outra causa apresenta tanta gravidade e causa tanto clamor demonstrando o total desrespeito e desprezo do indigno pela vida e pela própria pessoa do *de cujus*, e fazendo cessar, em princípio, qualquer laço moral justificador da sucessão”.

Com relação, ainda, ao inciso I do artigo supramencionado, o crime em questão é o homicídio doloso previsto no art. 121 do Código Penal, em sua forma tentada ou consumada, afastada a modalidade de homicídio culposo (art. 121, § 3 do CP), por negligência, imprudência ou imperícia.

Não se aplicará a indignidade quando estiverem presentes as figuras do desvio da trajetória ou do golpe (art. 73, CP) ou do *error in persona* (art. 20, § 2, CP), uma vez que há ausência do dolo do sucessor em retirar a vida do autor da herança, motivo pelo qual este não deve ser privado da herança.

A coação irresistível (art. 22, CP) seja ela física ou moral desde que esteja caracterizada na lei penal também é causa ensejadora de indignidade. Afasta-se também da sucessão os autores, partícipes e coautores (art. 29, CP).

Pode-se considerar também indigno o sucessor que praticar eutanásia no autor da herança, uma vez que a legislação penal brasileira caracteriza tal conduta como homicídio.

O antigo Código Civil de 1916 punia somente o herdeiro em casos de homicídio do autor da herança. Já o Código Civil vigente, engloba a exclusão da sucessão em casos de homicídio do cônjuge, companheiro, ascendentes e descendentes, sendo irrelevantes os motivos do crime, punindo-se da exclusão sucessória independente da prévia condenação criminal.

Já o inciso II, se refere àqueles que praticarem o crime de acusação caluniosa em juízo contra *de cujus*, seu cônjuge ou companheiro; ou praticarem crime contra a sua honra.

Quanto à primeira parte do referido inciso, é punido civilmente com a indignidade aquele que acusou caluniosamente não somente em juízo, mas também perante o ministério público ou qualquer autoridade administrativa ou parlamentar. O elemento caracterizador de tal conduta é a imputação falsa de crime. Assim defende Silvio Rodrigues (2002, p. 69):

A jurisprudência tem entendido e proclamado que, para se caracterizar a indignidade, com fundamento no art. 1.814, II, primeira parte, do Código Civil, mister se faz que tenha havido acusação caluniosa não apenas em juízo, mas em juízo criminal. Se o herdeiro acusou caluniosamente o finado, mas o fez em juízo civil, não se verifica a hipótese de indignidade (cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal, Arquivo Judiciário, 97/45, e do Tribunal de Justiça de São Paulo, RT, 145/693).

Já sobre os crimes contra a honra, é indispensável a previa condenação penal do herdeiro ou legatário para que posteriormente por meio de ação civil possam ser excluídos da sucessão. Em regra são apurados por meio de ação penal privada, cabendo a quem legalmente possa interessar a iniciativa de promovê-la no prazo decadencial de seis meses (art. 38, CPP).

A segunda parte do dispositivo contempla a prática de crimes contra a honra do hereditando, ou de seu cônjuge ou companheiro. O Código Penal, nos arts. 140, regula os **crimes contra a honra: a calúnia, a difamação e a injúria**. É óbvio que o crime só ficará apurado se houver prévia condenação do indigno no juízo criminal. (RODRIGUES, 2002, p. 69) Grifei.

Finalmente, o inciso III, do art. 1.814, CC, confere proteção ao autor da herança em dispor livremente de seu patrimônio *causa mortis*. A coação ou violência é ilícita quando praticada fisicamente ou moralmente contra o autor da herança, mesmo que o dano direto seja direcionado a terceiros.

Segundo CATEB (2007, p. 59), a liberdade de testar, de dispor de bens após sua morte, é uma manifestação livre e espontânea, e deve ser preservada pelo Direito.

Ainda com relação ao inciso III, o herdeiro ou legatário perderá seu direito de suceder, quando este alterar, destruir ou esconder o testamento do autor da herança. Essa conduta tipificadora não depende de condenação criminal.

2.2.1. PERDÃO E REABILITAÇÃO DO SUCESSOR INDIGNO

O *de cujus* pode perdoar o sucessor indigno quando este praticar algum dos fatos tipificadores de indignidade. Este perdão será um ato formal e privativo, ou seja, somente o ofendido poderá fazê-lo. Trata-se, portanto de um ato personalíssimo por excelência que pode ser realizado mediante testamento ou ato autêntico.

O artigo 1.818 do Código Civil de 2002 dispõe: “Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico”.

No mesmo sentido, o professor Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 38) diz que “ninguém melhor do que o ofendido, para avaliar quão fundo a sua sensibilidade foi atingida. Em consequência, cabe-lhe o direito de perdoar, que é ato privativo e formal. Além disso, de cunho derogatório dos efeitos da indignidade”.

GONÇALVES (2007, p. 108), acrescenta: “o perdão é, portanto, ato solene, pois a lei só lhe dá eficácia se efetuado mediante ato autêntico, ou em testamento. Deve ser expresso, embora não se exijam palavras sacramentais”.

Se ocorrer a caducidade do testamento, a eficácia do perdão será mantida, uma vez que testamento continua válido como um ato autêntico inerente a disposições não patrimoniais. O mesmo ocorre em casos de anulação, pois o perdão do indigno trata-se de disposição não patrimonial. Se o testamento for anulado por vício de forma e não por vício de vontade, o perdão do indigno continuará válido. Entretanto, se a anulação decorrer de vício de vontade, seja por coação, dolo ou erro, o perdão tornar-se inválido e ineficaz.

O citado artigo 1.818 do Código Civil de 2002 em seu bojo dispõe que o perdão do indigno poderá ser de forma tácita e parcial, onde se permite que o indigno receba todos os benefícios hereditários limitados. Observe os dizeres do parágrafo único do referido artigo:

Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.

O testador deverá expor com clareza a limitação e a causa tipificadora de indignidade para que o interprete do testamento não fique com dúvidas quanto ao ato. O perdão não necessita necessariamente de palavras textuais e nem da descrição completa do fato, basta que haja a vontade de perdoar o indigno.

3. COMPROVAÇÃO JUDICIAL

3.1. AÇÃO DE INDIGNIDADE SUCESSÓRIA

A exclusão do direito sucessório necessita da comprovação de veracidade da conduta tipificadora de indignidade, que se dá por meio de sentença judicial específica proferida na ação de indignidade, como dispõe o art. 1815 do Código Civil: “Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença”.

Assim, é necessária a propositura de uma ação de rito ordinário por aqueles que tenham interesse na exclusão do indigno. Ressalta-se então, que mesmo que o sucessor tenha sido condenado na esfera criminal é necessária a abertura da ação civil de indignidade.

O Código Civil de 2002 no parágrafo único do art. 1815 prevê o prazo máximo de quatro anos para que os interessados possam propor judicialmente a ação que excluirá o sucessor indigno do direito sucessório, salvo se a autoria do ato indigno for desconhecida, e assim, o prazo começará a contar a partir do momento em que se tiver conhecimento da autoria do fato.

Com base no exposto, deve-se ressaltar que o prazo de quatro anos, é decadencial, não se suspende nem se interrompe e não se impede o início da contagem, salvo quando se tratar de absolutamente incapaz, e neste caso, o prazo será contado a partir de alcançada a maioridade, conforme dispõe o art. 198, I, do Código Civil: “Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º”.

Maria Helena Diniz (2010, p. 49 e 50), explica que:

O prazo para a propositura da ação declaratória de indignidade é de quatro anos, contado da abertura da sucessão, sob pena de decadência (CC, art. 1.815, parágrafo único); portanto, tal ação não pode ser proposta em vida do hereditando. Exclui-se, assim, a iniciativa dessa ação pelo próprio ofendido, que terá apenas o direito de deserdar o sucessor (...).

O Código Civil Vigente não dispõe expressamente o rol de legitimados a promover a ação de indignidade sucessória. Contudo, a doutrina entende que são legítimos para propor a ação, o sujeito que possui interesse moral, o inventariante judicial ou testamentário quando estiverem legalmente investidos nos cargos. O Estado também possui legitimidade, se o indigno for o único sucessor, pois tem o interesse econômico em excluí-lo da sucessão causa *mortis* para recolher os bens heréticos.

Para a grande maioria doutrinária, encabeçada por Silvio Rodrigues, o Ministério Público é também legitimado para propor a ação de indignidade sucessora (2006, p. 71):

O que convém ter em vista é que a matéria é de interesse privado, e não público, de sorte que só aqueles que se beneficiariam com a sucessão poderiam propor a exclusão do indigno. Se o herdeiro legítimo ou testamentário assassinou o hereditando, mas as pessoas a quem sua exclusão beneficiaria preferissem manter-se silentes, o assassino não perderia a condição de herdeiro e receberia os bens da herança, não podendo a sociedade, através do Ministério Público, impedir tal solução.

O Conselho da Justiça Federal estatui, em seu enunciado n. 116, o seguinte posicionamento: “O Ministério Público, por força do art. 1815 do CC, desde que presente o interesse público, tem a legitimidade para promover a ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário”.

O posicionamento dos Tribunais também defende a legitimidade do Ministério Público em propor a ação de indignidade:

Indignidade de herdeiro necessário. Homicídio do autor da herança. Ação declaratória. Legitimidade ativa do Ministério Público. Inteligência do art. 1.815 do CC/02. Co-herdeiros, ademais, que são menores. Preservação de seus interesses, indisponíveis. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 788320058260627 SP 0000078-83.2005.8.26.0627, Relator: Claudio Godoy, Data de Julgamento: 25/10/2011, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/10/2011)

Em contrapartida, compõe o polo passivo o sucessor considerado indigno, ou seja, aquele que supostamente tenha praticado o ato considerado indigno. A Constituição Federal em seu IV título, II Capítulo dispõe que toda e qualquer pessoa pode ser considerada indigna de suceder, mesmo aqueles que não possuem vocação hereditária, mas que se beneficiariam direta ou indiretamente com a transmissão causa *mortis*.

Situação semelhante ocorre com a pessoa jurídica, pois ela poderá ser excluída da sucessão, conforme dispõe a Constituição Federal, quando o sócio, quotista ou proprietário pratica um dos fatos tipificadores de indignidade.

Diniz (2004), evidencia que o procedimento da ação de indignidade é ordinário e dependente de comprovação, não podendo estar presente nos autos do inventário. A competência para o julgamento é do mesmo juízo apto a decidir sobre o inventário e partilha da sucessão, em conformidade com o princípio da universalidade do inventário.

O autor da ação de indignidade deverá pedir que a sentença exclua o indigno da sucessão, sendo que o pedido não deverá se dirigir à declaração de indignidade e sim a desconstituição do direito de herança. O pedido deverá conter fundamentação fática e jurídica, demonstrando que o sucessor praticou alguma das condutas tipificadoras de indignidade. Poderá se fazer a cumulação de pedidos.

Enquanto a sentença não transitada em julgado o indigno poderá exercer todas as faculdades legais inerentes ao espólio, sendo vedado o adiantamento da sentença por meio da tutela antecipada, pois poderia implicar a irreversibilidade da medida e seus efeitos, conforme entendimento do artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil.

Sendo assim, ressalta-se que, por meio de Medida Cautelar, os outros sucessores poderão se resguardar de possíveis prejuízos, quando houver fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação.

3.2. EFEITOS JURÍDICOS

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2009, p. 55), julgada procedente a ação de indignidade, teremos os seguintes efeitos:

1- efeito retroativo, desde a abertura da sucessão (*ex tunc*) os descendentes do indigno sucedem como se ele morto fosse (art. 1816); 2- o indigno é obrigado a devolver os frutos e rendimentos da herança, já que é considerado possuidor de má-fé com relação aos herdeiros, desde a abertura da sucessão (art. 1817); 3- na forma do art. 1817, os atos da administração e as alienações praticadas pelo indigno antes da sentença de exclusão são válidos. Trata-se de dispositivo que merecerá maior estudo a seguir por envolver questões de herdeiro aparente. Contudo o efeito, aqui, é *ex nunc*. Só não valem as alienações praticadas após a sentença de indignidade. E ressalvado o direito pessoal do novo herdeiro em cobrar perdas e danos do indigno.

Portanto, os efeitos jurídicos da ação de indignidade são diversos, considerando-se, essencialmente, o papel protetivo da relação sucessória de bens deixados pelo autor do testamento em sua última vontade.

3.2.1. EM RELAÇÃO AO SUCESSOR INDIGNO

A indignidade causa a exclusão do sucessor considerado indigno tornando ineficaz a sua vocação hereditária. Assim, este não será beneficiado patrimonialmente do processo sucessório em que tenha sido afastado.

Para VENOSA "é moral e lógico que quem pratica atos de desdouro contra quem lhe vai transmitir uma herança torna-se indigno de recebê-la." (2004, p. 78).

Quando o indigno for o cônjuge supérstite ou companheiro este perderá aquilo que lhe caberia do espólio e o direito real de habitação. No que tange os contratos de seguro de vida, aplicar-se-á também as regras da indignidade sucessória por analogia.

O sucessor indigno é comparado ao possuidor de má-fé e deve restituir o patrimônio recebido, os frutos e rendimentos obtidos durante o período em que esteve na posse dos bens herdados até a data do trânsito em julgado da sentença declaratória de indignidade.

Este responderá também em casos de perda e deterioração da coisa, porém poderá ser indenizado quanto às despesas para conservação do bem e também pelas benfeitorias necessárias, como prevê o art. 1.817 do Código civil, e não terá o direito de retenção (art. 1.220 CC/2002).

Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos. Parágrafo único. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles.

O sucessor indigno não responderá por débitos deixados pelo *de cujus*. Como consequência da indignidade, ele será privado do usufruto ou administração dos bens (oriundos da herança que fora excluído) cabíveis aos seus sucessores, sendo proibido também de participar de eventual sucessão destes bens provenientes da sucessão em que fora afastado, bem como não terá o direito de representação sobre tais bens. Tal limitação é coibida em casos que o indigno herdar por direito próprio.

“Art. 1.816, Parágrafo Único: O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.”

3.2.1.1. CASO SUZANE VON RICHTHOFEN

Ao tratar do tema em questão, é impossível não se lembrar do “Caso Richthofen”, a história que chocou o país com a morte do casal Manfred e Marísia von Richthofen, que no dia 31 de outubro de 2002 foram assassinados violentamente com pauladas pelos irmãos Daniel e Christian Cravinhos a mando da filha Suzane von Richthofen. Os três foram condenados pelos crimes de homicídio triplamente qualificado e furto.

Embora já houvesse sido determinada em decisão judicial no ano de 2011, apenas em março de 2015 foi oficializada pela Justiça de São Paulo a exclusão da herança de Suzane Von Richthofen, avaliada em torno de 11 milhões de reais. Para a Justiça, Suzane foi considerada indigna de receber a herança e o dinheiro da família foi a principal motivação para o crime, ocorrido na casa da família, na Zona Sul de São Paulo.

Suzane está presa, atualmente, em Tremembé, no Vale do Paraíba, no interior de São Paulo. A decisão foi da 1ª Vara da Família e Sucessões, em ação movida pelo irmão de Suzane, Andreas Von Richthofen.

Da sentença proferida pelo Ilustre Juiz José Ernesto de Souza Bittencourt Rodrigues, destaca-se:

ANDREAS ALBERT VON RICHTHOFEN moveu AÇÃO DE EXCLUSÃO DE HERANÇA em face de sua irmã SUZANE LOUISE VON RICHTHOFEN, por manifesta indignidade desta, pois teria ela, aos 31 de outubro de 2002, em companhia do seu namorado, Daniel Cravinhos de Paula e Silva, e do irmão dele, Cristian Cravinhos de Paula e Silva, barbaramente executado seus pais, Manfred Albert Von Richthofen e Marísia Von Richthofen, vez que golpearam as vítimas até a morte. (...)

Conheço desde logo do pedido, pois se trata de matéria exclusiva de direito, estando a lide definida com a condenação penal, transitada em julgado, da herdeira Suzane Louise Von Richthofen pela morte de seus pais, pela qual foi condenada a 39 anos de reclusão e seis meses de detenção.

A indignidade é uma sanção civil que causa a perda do direito sucessório, privando da fruição dos bens o herdeiro que se tornou indigno por se conduzir de forma injusta, como fez Suzane, contra quem lhe iria transmitir a herança.

A prova da indignidade juntada aos autos (fls. 339/345) comprovou a co-autoria da requerida no homicídio doloso praticado contra seus genitores. Assim, restou demonstrada sua indignidade, merecendo ser excluída da sucessão, sendo aplicável ao caso o inciso I, do artigo 1.814, do Código Civil que estabelece que são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. (...)

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a presente Ação de Exclusão de Herança que Andreas Albert Von Richthofen moveu em face de Suzane Louise Von Richthofen e, em consequência, **declaro a indignidade da requerida em relação**

à herança deixada por seus pais, Manfred Albert Von Richthofen e Marísia Von Richthofen, em razão do trânsito em julgado da ação penal que a condenou criminalmente pela morte de ambos os seus genitores, nos exatos termos do disposto no artigo 1.814, I, do Código Civil. Condeno também a requerida a restituir os frutos e rendimentos dos bens da herança que porventura anteriormente percebeu, desde a abertura da sucessão, nos termos do § único, artigo 1.817, também do Código Civil. Grifei. (<http://jus.com.br/artigos/19722/a-deserdacao-ante-a-ausencia-de-afetividade-na-relacao-parental/2#ixzz3ieZsf2kx>)

Caso o irmão de Suzane tivesse desistido da ação, conforme legislação atual, Richthofen teria direito a metade da herança deixada pelos pais.

3.2.2. EM RELAÇÃO AOS HERDEIROS DO INDIGNO

Conforme estabelece o artigo 1.816 do Código Civil vigente os efeitos da exclusão são pessoais, uma vez que os descendentes do indigno o sucedem como se ele fosse morto antes da abertura da sucessão. Contudo, deve-se ressaltar que somente os descendentes é que podem representar o indigno (representação extraordinária).

3.2.3. EM RELAÇÃO A TERCEIROS

A declaração de indignidade apresenta efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroagem, pois visa à proteção do terceiro de boa-fé. O art. 1817 do Código civil de 2002, assim dispõe:

Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos. Parágrafo único. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles.

Assim, o herdeiro de boa-fé não perderá o que adquiriu legitimamente do indigno; porém, o indigno poderá ser acionado judicialmente pelos demais herdeiros que foram prejudicados para que repare o dano causado. Caso seja comprovada a má-fé do terceiro em conjunto com o herdeiro indigno, ele perderá o que adquiriu, pois o negócio realizado será anulado. As transações realizadas após o trânsito em julgado da sentença não poderão ser anuladas em relação ao terceiro de boa-fé, porém o indigno deverá indenizar os demais sucessores pelo prejuízo causado.

CONCLUSÃO

Este estudo é de significativa importância por auxiliar na construção de novos conhecimentos e por possibilitar uma abordagem teórica mais aprofundada acerca do Direito Sucessório, essencialmente

no que concerne a exclusão do indigno a capacidade de herdar. Buscou-se, com este trabalho, explicar o tema com maior afinco, destacando os pontos controversos e os entendimentos conexos à questão em análise.

A indignidade está intimamente relacionada com o direito sucessório, com a forma com que a herança e as obrigações são transferidas entre os herdeiros e legatários, baseando-se especificamente na prática de atos ofensivos direcionados à pessoa do autor da herança, bem como aos seus familiares, sendo um instituto revogável, considerando-se a possibilidade legal de reabilitação do indigno, por meio de declaração testamentária ou em outro ato autêntico, como vontade do autor da herança.

No mesmo sentido, foi possível concluir que a indignidade não tem efeito extensivo, ou seja, não atinge o direito dos herdeiros do indigno, ao passo que na abertura da sucessão, o indigno é considerado como se morto fosse, o que permite a transmissão de sua quota parte, para seus herdeiros legítimos, considerando-se o fato de que a sucessão não é pura e simples, abarcando noções e valores socioculturais importantes, que visam resguardar o patrimônio do *de cujos* e, ao mesmo tempo, punir aquele que comete atos criminosos ou ofensivos contra a pessoa à qual da herança se origina.

A sucessão se relaciona, ainda, com valores materiais e emocionais, mas, em muitos casos, ultrapassa o limite da realidade e do socialmente aceitável, chegando a envolver questões legais no âmbito criminal.

Concluiu-se que a sucessão pode ser legítima ou testamentária. É legítima aquela que se baseia na lei, respeitando a vocação hereditária e sua devida ordem, para os casos em que o *de cujos* não se pronunciou formalmente no que se refere à divisão dos bens. É testamentária, nos casos em que houve a formalidade devida, garantindo a legalidade da declaração de última vontade do *de cujos*, via testamento, pronunciando a divisão dos bens aos seus sucessores.

Observou-se, também, que, em determinados casos, o herdeiro perde a capacidade de herdar, ou de receber a quota parte da herança, que a ele era destinada por lei. Os casos de exclusão do direito sucessório envolvem situações em que o herdeiro pratique atos ilegais ou ofensivos contra a pessoa que lhe transmitiria a herança, ou seja, trata-se da indignidade e da deserdação.

Porém, enquanto a indignidade alcança além da sucessão legítima, a sucessão testamentária e legatária, a deserdação refere-se tão somente aos herdeiros necessários.

Verificou-se, portanto, que a força da lei deve estar presente no contexto sucessório das famílias, a fim de se coibir práticas criminosas contra o autor da herança.

O instituto da Indignidade se tornou um pouco mais conhecido com o chocante caso de Suzane Von Richthofen e os irmãos Cravinhos, que culminou com a morte do casal Manfred e Marísia Von Richthofen, pais de Suzane, e que foram golpeados até a morte.

O objetivo do crime era a herança milionária de Suzane, que seria dividida entre os três ao final. Assim, o crime foi articulado visando tão somente o ganho patrimonial, não observou qualquer “apreço” pela vida humana ou com os valores familiares intrínsecos a todos.

Com tamanha crueldade e frieza, casos como este chocam a sociedade e geram comoção social e revoltam as famílias, uma vez que distorcem os valores e o significado de entidade familiar. Para a legislação vigente a família é a base da sociedade, e por isso merece proteção especial do Estado.

Porém, ressalta-se, que o caso Von Richthofen não foi um caso isolado, mas sim apenas mais um dentre tantos outros casos diários de sucessores que atentam contra a vida, a honra e a liberdade de testar do *de cuius*.

Desta forma, é evidente que o vilão capaz de praticar tais atos reprováveis merece ser punido por lei, uma vez que a vida humana está acima de quaisquer ganhos patrimoniais e materiais.

Vale ressaltar, que o pior defeito que o ser humano cultiva é a ingratidão. Assim, os laços de afetividade devem ser valorizados, uma vez que a ganância pode levar a autodestruição.

Atualmente, os valores básicos encontram-se banalizados, em um mundo caótico no qual as pessoas só se importam consigo mesmas, e são capazes de tirar a vida de entes queridos em busca de poder e ascensão.

Então, não restam dúvidas de que é totalmente injusto uma pessoa que pratica atos de crueldade ter acesso à herança. Não seria aceitável que o herdeiro, mesmo depois de praticar crimes tão cruéis objetivando unicamente a herança do falecido, recebesse e desfrutasse da mesma como se nada tivesse acontecido. Isto torna ainda mais necessário que a exclusão deste herdeiro seja automática, evitando longos processos e conflitos e não expondo a família a uma situação delicada, sendo este tema inclusive pauta nos Projetos de Lei abaixo anexos.

O instituto da indignidade demonstra a importância da lei para defender o cidadão e protegê-lo contra quem tentou ou conseguiu atentar contra sua vida, agindo contrário aos princípios morais, éticos, aos valores sociais e religiosos e contrariando também a lei e a justiça.

A Constituição Federal de 1988 assegura em seu art. 226 proteção especial do Estado à família, e assegura em seu art. 5º o direito à vida. Ademais, em seu art. 1º traz o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundamental.

A família, instituição amplamente cuidada pela legislação conforme acima demonstrado, é fundamental na educação, caráter, princípios, valores e personalidade daqueles que a integram, amparando-os e apoiando-os, razão pela qual é vista com tanta importância pelo legislador.

Assim, embora atualmente muitos valores tenham sido corrompidos, a família permanece - para muitos, pelo menos - sendo o esteio da sociedade, e a estrutura para a construção de seres humanos melhores, motivo pelo qual crimes bárbaros como o de Suzane e os irmãos Cravinhos causarem tanta comoção social e repúdio quando expostos na mídia.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clovis. Direito das Sucessões. Campinas/SP: Red Livros, 2002. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões. Vol. 6. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. Sucessões. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões. Vol. 36. São Paulo: Saraiva, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

REIS, Adriana Zafaneli Dias. Sucessão Familiar no Agronegócio. Revista Cesumar - Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito das Sucessões. Vol. 7. 26. ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2006. SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Direito das Sucessões. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Direito das Sucessões. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ANEXOS

Anexo I – Projeto de Lei nº 7806/10

O Projeto de Lei nº 7806/10 foi proposto pela senadora Serys Slhessarenko (PT-MT), o qual torna automático a exclusão de herdeiro ou legatário indigno que tenha sido condenado por sentença penal já transitada em julgado. Este tratamento se estende não só ao autor do crime, mas também ao coautor e partícipe de crime contra a vida do *‘de cujus’*.

De acordo com o noticiado pelo site da Câmara dos Deputados, para a autora do projeto, senadora Serys Slhessarenko (PT-MT), a exclusão automática do herdeiro indigno fortalecerá o direito sucessório, ao trazer segurança jurídica para os demais herdeiros. Esses herdeiros não precisarão litigar em juízo, por exemplo, contra o que tiver matado a pessoa que deixou a herança.

O projeto tramita em caráter conclusivo e será analisado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Desta forma, será acrescentado o art. 1.815-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

“Art. 1.815-A. Em qualquer dos casos de indignidade previstos no art. 1.814, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretará a imediata exclusão do herdeiro ou legatário indigno, independentemente da sentença prevista no caput do art. 1.815.”

Anexo II – Projeto de Lei nº 118/10

Em 04 de maio de 2010 foi apresentado o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 118/2010 com a autoria da Senadora Maria do Carmo Alves (DEM-SE). Esse projeto de lei encontra-se aprovado pelo Senado desde março de 2011, contudo, como se trata de lei ordinária, é necessária a aprovação pelas duas casas, o que ainda não ocorreu.

Para melhor elucidação das alterações, far-se-á análise criteriosa das alterações que poderão ser realizadas.

Redação vigente do Código Civil de 2002:

Capítulo V

Dos Excluídos da Sucessão

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

Parágrafo único. O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos.

Parágrafo único. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles.

Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.

Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.

Capítulo X

Da Deserdação

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.

A PROPOSTA DO PROJETO N. 118/2010 DISPÕE:

Capítulo V

Dos Impedidos de Suceder por Indignidade

Art. 1.814. São impedidos de suceder, direta ou indiretamente, por indignidade:

I - aquele que houver provocado, ou tentado provocar, dolosa e antijuridicamente, a morte do autor da herança, ou de pessoa a ele intimamente ligada;

II - aquele que houver praticado, ou tentado praticar, dolosa e antijuridicamente, qualquer comportamento que venha a atingir a honra, a integridade física, a liberdade, o patrimônio ou a dignidade sexual do autor da herança, ou de pessoa a ele intimamente ligada;

III - aquele que houver abandonado, ou desamparado, econômica ou afetivamente, o autor da sucessão acometido de qualquer tipo de deficiência, alienação mental ou grave enfermidade;

IV - aquele que, por violência ou qualquer meio fraudulento, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, furtar, roubar, destruir, ocultar, falsificar ou alterar o testamento ou o codicilo do falecido, incorrendo também aquele que, mesmo não tendo sido o autor direto ou indireto de qualquer desses atos, fizer uso consciente do documento viciado.
(NR)

Art. 1.815. O impedimento, em qualquer desses casos, será declarado por sentença, salvo quando houver anterior pronunciamento judicial, civil ou criminal, que já tenha expressamente reconhecido a prática da conduta indigna, bastando, nestes casos, a sua juntada aos autos do inventário.

§ 1º Poderá demandar judicialmente o impedimento todo aquele que possuir legítimo interesse econômico ou moral, além do Ministério Público.

§ 2º O direito de demandar o impedimento extingue-se em dois anos, contados da abertura da sucessão ou de quando se descobrir a autoria do comportamento indigno. (NR)

Art. 1.816. São pessoais os efeitos do impedimento, de modo que os descendentes do herdeiro impedido sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

Parágrafo único. O indigno não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens. (NR).

Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da citação válida na ação a que se refere o art. 1.815; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe a reparação pelos danos causados.

Parágrafo único. O indigno é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado pelas despesas com a sua conservação, assim como poderá cobrar os créditos que lhe assistam contra a herança.

Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem o impedimento por indignidade será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, codicilo ou escritura pública.

Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária. (NR)

Capítulo X

Da Privação da Legítima

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, parcial ou totalmente, em todos os casos em que podem ser impedidos de suceder por indignidade. (NR)

Art. 1.962. O autor da herança também pode, em testamento, com expressa declaração de causa, privar o herdeiro necessário da sua quota legitimária quando este:

I - culposamente, em relação ao próprio testador ou à pessoa com este intimamente ligada, tenha se omitido no cumprimento das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente;

II - tenha sido destituído do poder familiar;

III - não tenha reconhecido voluntariamente a paternidade ou maternidade do filho durante a sua menoridade civil. (NR)

Art. 1.963. A privação da legítima, em qualquer dos casos, deverá ser declarada por sentença, salvo quando houver anterior pronunciamento judicial, civil ou criminal, que já tenha expressamente reconhecido a prática da conduta, bastando, nestes casos, a sua juntada aos autos do inventário.

§ 1º Poderá demandar judicialmente a privação da legítima todo aquele que efetivamente possuir legítimo interesse econômico ou moral, além do Ministério Público.

§ 2º O direito de demandar a privação da legítima extingue-se em dois anos, contados da abertura da sucessão ou do testamento cerrado. (NR)

Art. 1.964. Aquele que for privado da legítima é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais. (NR)

Art. 1.965. O direito de privação da legítima se extingue com o perdão, tornando ineficaz qualquer disposição testamentária nesse sentido, seja através de expressa declaração em testamento posterior, ou tacitamente, quando o autor da herança o contemplar. (NR)

A justificativa da Senadora Maria do Carmo Alves, juntamente com o jurista e doutrinador Carlos Eduardo Minozzo Polleto diz:

O teor da presente proposição foi extraído das sugestões apresentadas pelo Prof. Carlos Eduardo Minozzo Poletto em sua dissertação de mestrado em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), cuja defesa ocorreu em 27 de janeiro de 2010. Com base nos argumentos utilizados pelo autor dessas sugestões, pode-se dizer que o desiderato maior deste projeto de lei é aprimorar o Direito Sucessório, voltando-se particularmente para a clarificação dos institutos de exclusão da herança, relativamente aos conceitos de indignidade sucessória e deserdação, os quais, apesar de possuírem semelhante natureza e o mesmo objetivo, possuem fundamento, estrutura e regime próprios, razão pela qual não podem ser equiparados nem grosseiramente diferenciados. Isso porque, não obstante ter sido editado um novo Código Civil Brasileiro em 2002, atualizando e reformando todo o arcabouço legislativo pertinente que vigorou a partir do Código de 1916, ainda assim é possível constatar que o tema da exclusão da herança encontra-se demasiadamente defasado, haja vista que o novo Código basicamente reproduziu as disposições previstas no Código ab-rogado. O foco das alterações propostas é o Título I – Da Sucessão em Geral, do Livro V – Do Direito das Sucessões do Código Civil, não só para modificar o seu Capítulo V – Dos Excluídos da Sucessão, que passará a ser denominado Dos Impedidos de Suceder por

Indignidade, assim como para alterar o seu Capítulo X – Da Deserdação, que deverá ser chamado Da Privação da Legítima. A reforma dos referidos Capítulos do Código Civil, que se consubstanciam na modificação dos arts. 1.814 a 1.818 e 1.961 a 1.965, é sustentada nos termos dos seguintes judiciosos e bem lançados argumentos do próprio autor das sugestões, que adotamos em seu inteiro teor para justificar este projeto:

Art. 1.814. A nova redação do caput do artigo 1814 fala genericamente em impedimento de suceder, buscando, com isso, a ampliação da aplicabilidade do instituto da indignidade sucessória. Ainda que os casos levados aos Tribunais tratem maciçamente de herdeiros ou legatários indignos, não há como se olvidar que mesmo aquelas pessoas não legitimadas como sucessores do de cujus podem e devem ser sujeitas de tal sanção privada. Vale citar, a esse respeito, julgado paradigma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70005798004, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, j. 09/04/2003), que reconheceu a indignidade de suceder do genro do autor da herança, que, tendo assassinado-o, receberia de forma indireta parte do patrimônio da vítima, que seria herdado pela sua esposa, com quem era casado pelo regime da comunhão universal de bens. Mesmo não possuindo a qualidade de herdeiro ou legatário do autor da sucessão, foi considerado indigno, tendo sido impedido de partilhar os bens do sogro. A atual redação pode dar ensejo a injustiças, principalmente quando interpretada de forma literal e restritiva.

No inciso I, houve a supressão dos inúteis vocábulos “autores, co-autores ou partícipes”, tendo em vista a adoção pelo Código Penal Brasileiro, em regra, da teoria unitária do concurso de pessoas, onde todos que participam da infração penal praticam idêntico crime (art. 29 do CP). A substituição da expressão “homicídio doloso” simplesmente pela palavra “morte”, abre a possibilidade para que outras práticas criminosas que, direta ou indiretamente, também atingem a vida do autor da herança, mas que, na técnica jurídica, não se confundem com homicídio, igualmente autorizem a pena hereditária, como, por exemplo: extorsão mediante seqüestro qualificada pela morte, lesão corporal seguida de morte, induzimento e instigação ao suicídio, latrocínio, infanticídio etc. Cada vez mais, as modernas legislações estrangeiras estão a abandonar a fórmula casuística, típica do Século XIX, adotando, para tanto, os chamados conceitos legais indeterminados, que consistem, como lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery (Código Civil Anotado, p. 190), “em palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos”, cabendo ao magistrado, “no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto”. Por isso, ao invés de enumerar “cônjuge,

companheiro, ascendente ou descendente”, adotou-se a locução “pessoa a ele intimamente ligada”, nos mesmos moldes do direito suíço e alemão, que, pela sua natureza abstrata, abarca, além desses sujeitos expressamente enumerados pela codificação em vigor, outras pessoas que podem igualmente possuir um estreito laço afetivo-familiar, a merecer idêntica proteção jurídica, como, por exemplo, o irmão ou a irmã, a namorada ou o namorado.

No inciso II, não se busca punir necessariamente o sujeito que tenha sido condenado criminalmente, mas tão-somente aquele que tenha efetivamente cometido qualquer atentado contra os atributos fundamentais e mais sensíveis a qualquer pessoa: a honra, a integridade física, a liberdade, o patrimônio e a dignidade sexual. A legislação em vigor, por outro lado, apresenta disposição obsoleta, muito mais restrita, pois sanciona exclusivamente aquele que tiver atentado contra a honra do autor da herança. Ora, existem atos muito mais graves do que calúnia, difamação ou injúria, como o estupro e a extorsão mediante sequestro, por exemplo, que merecem tenaz reprimenda não somente na seara penal, mas igualmente pelo direito privado.

No inciso III, trouxemos para a indignidade sucessória uma prática hodiernamente prevista pelo Código Civil como causa de deserdação, que, nos atuais termos, pode-se considerar, ao menos em parte, letra morta por absoluta falta de aplicabilidade. Tendo em vista que a deserdação somente pode estar prevista em testamento, há que se questionar: como alguém que se encontra com deficiência ou alienação mental terá capacidade (fática e jurídica) para firmar um negócio causa *mortis* privando a legítima do herdeiro que o abandonou? Impossível! Há tempos a doutrina especializada vem apontando a necessidade dessa hipótese ser convertida em indignidade, que independe de manifestação do autor da sucessão.

No inciso IV, repetimos a primeira parte do vigente inciso III, do artigo 1.814, acrescentando ao fim, nos mesmos moldes do Código Civil Italiano, outras condutas que visam sancionar aquele que tentar fraudar a sucessão hereditária, seja furtando, roubando, obstruindo, falsificando ou alterando o testamento, ou mesmo aquele que se aproveitou conscientemente do instrumento viciado.

Art. 1.815. A necessidade de específica tutela é mantida pela proposta, não havendo, de modo algum, adesão ao sistema francês e canadense, que prevê causas automáticas de indignidade. Entretanto, mostra-se inútil e impertinente a exigência da demanda mesmo quando a conduta ensejadora da privação hereditária já tenha sido reconhecida em sentença penal condenatória ou mesmo perante uma outra decisão de natureza cível. O seu reclamo, por óbvio, é para a formação de um conjunto

probatório, que, já tendo sido realizado, não deve ser repisado em mais um processo, principalmente quando se busca agilizar a resolução de conflitos, evitando a tramitação de novos feitos repetitivos que venham a abarrotar ainda mais o já tão combalido Judiciário. O § 1º vem suprir uma lacuna da atual legislação, que não trata dos legitimados para propor a ação de indignidade. Além dos economicamente interessados, devem ser igualmente autorizados os que possuem interesse moral, como, por exemplo: A assassina o pai, B, mas, no entanto, sua irmã, C, que iria recolher a quota-parte do irmão indigno (interessada economicamente), mantém-se inerte, recusando-se a pleitear o afastamento do irmão da sucessão hereditária do seu pai. Neste caso, D, pai da vítima e avô, respectivamente do indigno e da beneficiada, passa a ter expressamente legitimidade para assim agir diante da omissão da neta, mesmo que ele não tenha direito a receber nenhum quinhão hereditário. A legitimidade do Ministério Público já é reconhecida majoritariamente pela doutrina nacional, afinal, os casos de indignidade causam inegavelmente enorme repercussão e repulsa social (coletividade), haja vista o célebre caso “Susane Louise Von Richthofen”, não podendo a matéria ser considerada meramente privada. Ademais, inclusive, tal inovação já é objeto de proposições legislativas na Câmara Federal (Projeto nº 1159/2007). No § 2º, foi acrescentada uma importante ressalva quanto ao início da contagem do prazo decadencial. Além da abertura da sucessão, deve também ser levado em conta o tempo em que se descobriu a autoria do comportamento indigno, sobretudo nos casos de falsificação de testamento.

Art. 1.816. A proposta mantém integralmente a vigente disposição, apenas com a troca, por questão de coerência, do vocábulo “exclusão” por “impedimento”.

Art. 1.817. Além da troca, por questão de coerência, do vocábulo “excluído”, a novel redação traz duas importantes alterações: 1ª. As alienações onerosas somente serão válidas até a citação válida do suposto indigno na ação de indignidade, e não mais somente após o trânsito em julgado da sentença. A atual sistemática é por demais permissiva, tendo em vista a possibilidade de o herdeiro indigno dilapidar o patrimônio ereptício assim que tomar conhecimento da demanda.; 2ª. A possibilidade de o indigno cobrar os eventuais créditos que lhe assistiam em face do de cuius (espólio). Questão de ordem eminentemente técnica, diz respeito à abolição da expressão “perdas e danos” que, embora consagrada no direito nacional, é conceitualmente imprópria (...).

Art. 1.818. Mantendo quase que a integridade do dispositivo vigente, a proposta elimina a infeliz expressão “ato autêntico”, que vem gerando inúmeras controvérsias quanto ao seu real significado,

estatuindo expressamente, e sem margens para dúvidas, os três meios hábeis para o perdão do autor da herança: o testamento, o codicilo ou a escritura pública.

Art. 1.961. Preterimos a terminologia tradicional do direito civil brasileiro, que, por nítida influência portuguesa, acostumou-se ao uso do vocábulo “deserdação”, passando a adotar a expressão “privação da legítima”, assim como fazem os alemães, pois, deserdar, em sua acepção gramatical pura, significa exclusão ou privação da herança, enquanto nesse momento, a lei cuida, em verdade, da privação da legítima hereditária, dirigida especificamente aos herdeiros necessários. Juridicamente, o certo seria dizer que a privação da legítima é uma espécie do gênero deserdação. Por isso, acabamos por retirar a afirmação redundante que consta do atual caput do artigo 1961, quando se lê: “os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados”. Há também a substituição da locução “excluídos da sucessão” por “impedidos de suceder”, ajustando a disposição com a nova conceituação usada para regular a figura da indignidade, além de expressamente permitir a deserdação parcial, tendência na doutrina e nas principais legislações européias.

Art. 1.962. A unificação das hipóteses de privação da legítima é uma tendência universal, a começar pelas codificações lusitana e suíça, que há tempos assim o fazem com sucesso. O próprio direito alemão, onde o Código Civil (BGB) ainda prevê três dispositivos distintos para regular separadamente a deserdação dos descendentes, pais e cônjuge, está para adotar, conforme consta do Projeto de Reforma do Direito Sucessório (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts), a uniformização das condutas típicas autorizadoras da privação da legítima. Ademais, com essa nova redação, estará viabilizada, em definitivo, a deserdação do consorte sobrevivente, que, pelo texto atual do Código Civil, embora seja ele herdeiro necessário, não foi previsto nenhum artigo específico que tratasse das hipóteses que poderiam implicar na sua punição, como assim acontece com os descendentes (art. 1962) e ascendentes (art. 1963). As 03 (três) causas específicas de privação legitimária, além daquelas previstas na indignidade sucessória, contemplam toda espécie de inadimplemento familiar, desde a prestação de alimentos até o abandono moral, como também facilita o afastamento hereditário do pai ou mãe que tenha perdido o poder familiar ou que não tenham reconhecido voluntariamente a filiação da prole.

Art. 1.963. A matéria regulada pelo atual artigo 1963 já foi contemplada na sua íntegra no proposto artigo 1962, de modo que ele passa a regular a efetivação judicial da privação legitimária, nos mesmos

moldes da declaração de indignidade sucessória, já comentada. O lapso decadencial deve iniciar-se com a abertura da sucessão, ou do testamento cerrado, que é aberto judicialmente.

Art. 1.964. A matéria regulada pelo vigente artigo 1964 já foi identicamente tratada no texto do caput do proposto artigo 1962, de modo que ele passa a suprir a omissão do Código em regular os efeitos da privação legitimária, equiparando-o integralmente ao indigno.

Art. 1.965. O disposto no atual artigo 1965 já se encontra, por nós, estatuído no artigo 1963 do presente projeto, de modo que ele passa a regular a possibilidade do perdão pelo testador, hipótese admitida largamente pelo direito estrangeiro e pela doutrina nacional, mas que o texto legal vigente ainda não prevê expressamente. São essas as razões que nos levaram a apresentar o presente projeto de lei, pelas quais esperamos contar com o apoio dos ilustres Pares no sentido da sua aprovação.

Capítulo 7

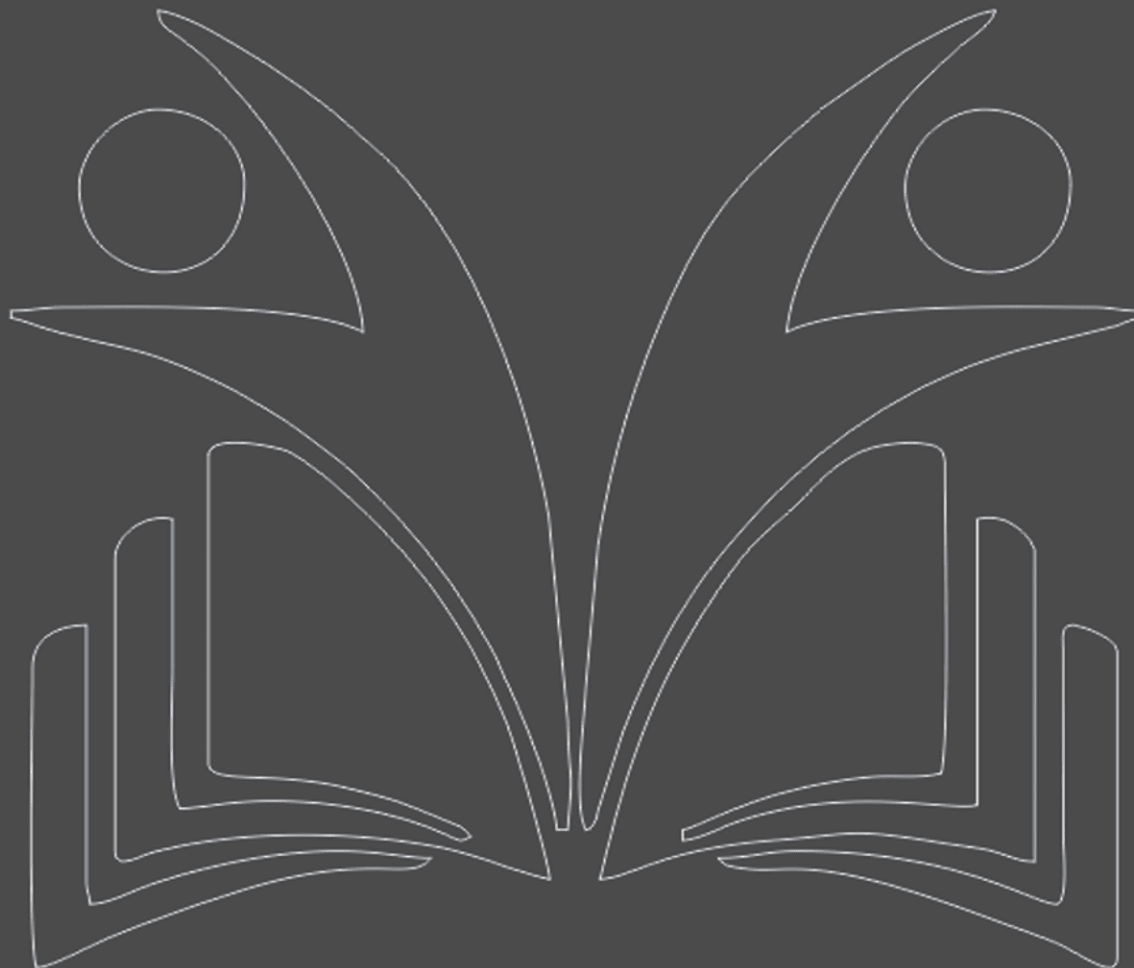


10.37423/220906582

ISENÇÕES FEDERAIS E SEU REFLEXO NAS RECEITAS DOS MUNICÍPIOS

Michelle Rassi Fernandes Lopes

UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES



Resumo: O presente trabalho objetiva permear os impactos sofridos pelas finanças dos Municípios brasileiros em decorrência das renúncias de receita hodiernamente concedidas pelo Governo Federal. É certo que os prejuízos sofridos pelas prefeituras com as isenções fiscais se dá em razão da previsão constitucional de repasse de receitas pela União aos Municípios, sendo ainda imprescindível ressaltar que, em razão da forma federativa de Estado a que aderiu o Brasil, os entes federativos comprometem-se a cooperar mutuamente em prol da boa gestão e do progresso do país. A questão central do problema é analisar criticamente o plano de gestão orçamentária interpretado atualmente, de modo a apontar os prós e contras de sua adoção, mensurando os ganhos advindos das isenções e as perdas delas decorrentes, no caso específico, os prejuízos sofridos pelas Prefeituras. A aplicação de uma política orçamentária saudável é possível mediante planejamento estratégico das ações orçamentárias, que em muito encontra respaldo na Lei de Responsabilidade Fiscal, com diretrizes para o gasto consciente de receitas, bem como a contração saudável de despesas.

Palavras-chave: Isenções fiscais. Situação financeira dos Municípios. Lei de Responsabilidade Fiscal.

INTRODUÇÃO

Uma vez considerado que o Direito Tributário está intimamente ligado ao Orçamento Público, porquanto os princípios jurídicos desta área regem as decisões governamentais tanto no que tange a receitas e despesas quanto no que tange às renúncias, tal tema não somente é relevante no quadro acadêmico tributário, mas é extremamente atual e relevante.

É cediço que o Governo Federal, a fim de alavancar o crescimento da chamada “classe C” optou por conceder diversas isenções, o que teve impactos em outras áreas que não somente a própria receita da União.

Tendo estes impactos uma vasta dimensão horizontal, restou a necessidade de optar por uma abrangência vertical, analisando profundamente os pormenores da questão. Assim, o objeto de estudo escolhido foi a análise do impacto das isenções concedidas pelo Governo Federal nas finanças municipais.

Neste ínterim, uma vez relacionando União e Municípios num mesmo trabalho, tornou-se necessário abranger a questão por completo, numa sequência lógica que permita ao técnico e ao leigo entenderem o cerne da problemática.

Por esta razão, os capítulos explicam o modelo federativo de Estado adotado no país, para que se possa entender o papel do município na organização estatal, depois, analisa os institutos tributários da isenção fiscal e da renúncia de receitas, para só então, amarrar essas informações e apresentar porque as atitudes orçamentárias tomadas por um ente federativo repercutem na esfera de outro.

Muito embora, por vezes, o país tenha acertado nas políticas orçamentárias, a fim de conter a inflação e a minimizar os efeitos da crise econômica mundial no Brasil, algumas delas ainda podem ser melhoradas por um estudo mais aprofundado da Lei de Responsabilidade Fiscal, dos institutos de Direito Tributário e Constitucional.

O cerne do estudo consiste em, dentro dos limites delineados pela Constituição Federal, pelo Código Tributário Nacional e pela Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelecer formas de direcionar as políticas públicas a resultados sociais, bem como estabelecer planos orçamentários que otimizem a aplicação de receitas.

CAPÍTULO I

O MODELO FEDERATIVO BRASILEIRO

1.1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO FEDERALISMO

Os primeiros Estados organizados de forma federativa remontam à história norte-americana, por volta do ano de 1787. As Treze Colônias, à época sob domínio britânico, tinham acabado de proclamar-se independentes, sendo que cada uma passou a se intitular um Estado soberano.

Unidas, as Colônias formaram a Confederação dos Estados Americanos, um pacto de colaboração a fim de se protegerem das constantes ameaças da antiga metrópole inglesa. No aludido pacto confederativo, permitia-se a denúncia do Tratado a qualquer tempo, consagrando-se, assim, o direito de retirada do pacto.

Ocorre que a permissão de retirada e a iminente secessão eram causa de problema constante entre os recentes Estados, o que os sujeitava a ataques britânicos em razão de sua fraqueza advinda da aparente desunião.

A fim de solucionar tal questão, reuniram-se e formaram a Federação norte-americana. Diz-se assim que a formação da Federação dos EUA ocorreu através de um movimento centrípeto, de fora para dentro, em que Estados soberanos cederam parcela de sua soberania. No Brasil, diversamente, a formação deu-se por um movimento centrífugo, do centro para fora, vez que um Estado unitário centralizado procedeu a sua descentralização.

1.1.1 FEDERALISMO NO BRASIL

Provisoriamente, a Federação no Brasil surge com o Decreto n.1, de 15.11.1889, decreto este instituidor, também, da forma republicana de governo. Consolidou-se na primeira Constituição Republicana, de 1891, e se manteve nas Constituições posteriores.

Muito embora o Estado brasileiro já adotasse o federalismo, somente com a Constituição Federal de 1988 é que foi iniciada uma efetiva reestruturação desta forma de Estado, buscando-se maior equilíbrio federativo mediante uma mais justa distribuição de receitas e competências.

1.2 O MUNICÍPIO NO CONTEXTO DO FEDERALISMO

O primeiro artigo da Constituição Federal anuncia: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”, desde já adotando a premissa de união indissolúvel dos membros que a formam.

Por esta razão, o Município é pessoa jurídica de direito público interno, autônomo, e um ente federativo. Possui capacidade de auto-organização, isto é, pode editar sua própria Lei Orgânica, possui autogoverno, ou seja, elege Prefeitos e Vereadores, e ainda se auto administra, uma vez que organiza seus serviços públicos.

Neste sentido, Araújo (2007, p. 255) defende que o Município é ente integrante e essencial da República Federativa do Brasil, tal qual a União, os Estados e o Distrito Federal, visto que

“[...] recebe competências próprias, tem autonomia e pode auto-organizar-se por meio de lei orgânica. De todos os característicos comuns do Federalismo, o Município só não possui a faculdade de fazer-se representar junto ao Senado Federal, mas tal traço não pode afastá-lo da integração federativa.”

A ele assiste razão, inclusive porque a autonomia municipal é de tamanha relevância no direito brasileiro que sua inobservância autoriza a decretação de intervenção federal (CF/88, art. 34, VII, c).

Importa salientar que em nenhum outro país onde se adota o Estado Federalista a figura do Município ostenta tamanha importância quanto no modelo brasileiro, sendo que nas experiências estrangeiras ele não possui autonomia administrativa, política e financeira.

O que se pode dizer é que a inovação brasileira foi bastante proveitosa, uma vez que o modelo cooperativo pressupõe o auxílio mútuo a fim de cumprir os desígnios constitucionais.

Ademais, uma administração municipal autônoma, que possa observar de perto os anseios da população é bastante proveitosa, especialmente em quesitos como saúde, mobilidade urbana, e questões que mudam significativamente de uma região para outra.

Demagogia posta de lado, muito embora aqui se tenha passado a impressão do Município como ente autônomo e independente, senhor de suas finanças, não é essa a realidade prática.

Tal independência é apenas relativa. Os Municípios carecem da colaboração dos demais entes para auferir recursos financeiros, e é somente com este repasse que se torna possível a realização de sua função constitucional.

1.3 TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS: O FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS (FPM)

1.3.1 O FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS (FPM)

O Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – IR –, de competência da União, já era parte da carga tributária brasileira desde a Constituição de 1946, a saber, artigo 15, inciso IV.

Outro imposto federal – o Imposto sobre Produtos Industrializados, IPI – foi criado com a Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, em seu artigo 11.

O Fundo de Participação dos Municípios (FPM), por sua vez, surgiu naquela mesma Emenda Constitucional, artigo 21, que também exigia a regulamentação do Fundo através de Lei Complementar.

Em seus primórdios, o FPM era formado por 10% do produto da arrecadação dos impostos sobre renda (IR) e sobre produtos industrializados (IPI), descontados os incentivos fiscais vigentes na época, restituições e outras deduções legais referentes a esses impostos.

A regulamentação do FPM veio com o Código Tributário Nacional, no seu artigo 91, e o início de sua distribuição deu-se em 1967, baseando-se os montantes repassados apenas no critério populacional quantitativo.

Ato contínuo, o FPM foi ratificado pela Constituição Federal de 1967 (art. 26), que recepcionou a regulamentação do CTN. Pouco depois de promulgada a Constituição de 1967, foi baixado o Ato Complementar da Presidência da República nº 35, de 28 de fevereiro de 1967, que, dentre outras providências, categorizou os Municípios em Capitais e Interior, as primeiras recebendo 10% do montante total do FPM e o Interior o restante.

Nova norma foi editada, o Decreto-Lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981, criando mais uma categoria de Municípios, denominada “Reserva”, para aqueles Municípios com população superior a 156.216 habitantes. A distribuição do FPM então ficou 10% para as Capitais, 3,6% para a Reserva e 86,4% para o Interior.

A Constituição de 1988 também ratificou o FPM (Art. 159, inciso I, alínea “b” e ADCT art. 34, § 2º, incisos I e III) e recepcionou a regulamentação do CTN, tendo ainda aumentado gradativamente o percentual de participação do FPM no IR e IPI dos 17% na época até o valor de 22,5% a partir de 1993 e determinado, em seu artigo 161, inciso II, que Lei Complementar regulamentasse a entrega dos

recursos do Fundo, o que foi realizado pela Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, que manteve o critério de repartição do CTN até 1991.

Posteriormente, a LC 71/92, estendeu o critério do CTN “até que lei específica sobre eles disponha, com base no resultado do Censo de 1991, realizado pela Fundação IBGE”. Outras Leis Complementares foram editadas, dilatando até os dias atuais, com algumas modificações, o critério de repartição do CTN.

Adicionalmente, a Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, por meio da alteração do Art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF –, cuja fonte de recursos foi composta pela dedução de 15% nos repasses do Fundo de Participação dos Estados, do Fundo de Participação dos Municípios, da Lei Complementar 87/96, do ICMS estadual e do IPI-Exportação.

Esta Emenda foi regulamentada pela Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e os descontos do FUNDEF passaram a ser realizados a partir de janeiro de 1998.

Mais tarde, a Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, também por meio da alteração do Art. 60 do ADCT, substituiu o FUNDEF pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Básico e de Valorização do Magistério – FUNDEB –, cuja fonte de recursos incorporou novas transferências intergovernamentais obrigatórias, mantendo todas as anteriores, inclusive o FPM.

Esta Emenda foi regulamentada pela Medida Provisória nº 339, de 28 de dezembro de 2006, e os descontos correspondentes efetivados a partir de janeiro de 2007. A Medida Provisória foi transformada na Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Atualmente, a dedução do FUNDEB é de 20% do valor do repasse.

Com a Emenda Constitucional nº 55, de 20 de setembro de 2007, acrescentou-se a alínea “d” ao art. 159, inciso I, adicionando 1% ao percentual do FPM (que assim passou a ter alíquota de 23,5%); este percentual a mais, entretanto, seria acumulado na Conta Única do Tesouro Nacional ao longo de 12 meses, para ser entregue aos Municípios por seu valor integral no 1º decêndio de dezembro de cada ano.

Importa frisar que, como o repasse do FPM é uma alíquota da arrecadação do IR mais IPI, o montante transferido a cada período é diretamente proporcional ao desempenho da arrecadação líquida desses impostos no período anterior.

A tabela a seguir demonstra a variação temporal do percentual da arrecadação do IR e IPI destinado ao FPM :

Tabela I – Variação temporal do percentual da arrecadação do IR e IPI destinado ao FPM.

Dispositivo Legal	FPM (%)	Vigência
Código Tributário Nacional (1996)	10,0	1967/68
Ato Complementar 40/1968	5,0	1969/75
Emenda Constitucional 5/1975	6,0	1976
	7,0	1977
	8,0	1978
	9,0	1979/80
Emenda Constitucional 17/1980	10,0	1981
	10,5	1982/83
Emenda Constitucional 23/1983	13,5	1984
	16,0	1985
Emenda Constitucional 27/1985	17,0	1985/88
Constituição Federal de 1985	20,0	1988
	20,5	1989
	21,0	1990
	21,5	1991
	22,0	1992
	22,5	a partir de 1993
Emenda Constitucional 55/2007	+ 1,0	a partir de 2007

CARTILHA FPM, Setembro de 2012. Disponível em

http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/download/CartilhaFPM.pdf.

Como se pode perceber, é de grande interesse dos municípios as receitas provenientes da arrecadação do IPI, pois ao longo dos anos, esta receita passou a compor significativamente os repasses recebidos pelos municípios, o que custeava grande parte de seus gastos internos e de execução de políticas sociais.

1.3.2 PERFIL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) realizou um estudo que contrapunha receitas e despesas de todos os municípios brasileiros de 1998 a 2000, revelando que o FPM é responsável por 57,3% das receitas disponíveis das prefeituras de municípios pequenos com até cinco mil habitantes. O estudo forneceu ainda inúmeras tabelas comparativas, que permitem uma melhor análise da conjuntura dos municípios brasileiros.

A Tabela 1 apresentada abaixo é pertinente a esta análise na medida em que atesta a total impossibilidade dos municípios de renunciarem às receitas oriundas das transferências constitucionais, uma vez que as receitas municipais são apenas suficientes à satisfação de suas despesas.

Tabela 1 – Municípios e relação percentual entre receita total, despesa total e produto interno bruto, segundo Grandes Regiões – 1998 – 2000

Grandes Regiões	Total de Municípios	Relação Percentual					
		1998		1999		2000	
		Receita Total	Despesa Total	Receita Total	Despesa Total	Receita Total	Despesa Total
Brasil	5090	7,1	7,4	7,3	7,3	7,6	7,3
Norte	315	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3	0,3
Nordeste	1587	1,2	1,2	1,3	1,3	1,4	1,3
Sudeste	1604	3,6	3,9	3,7	3,7	3,8	3,6
Sul	1151	1,1	1,1	1,2	1,1	1,2	1,1
Centro-Oeste	433	0,8	0,9	0,9	0,9	0,9	0,9

Fontes: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 1999/2001; Contas regionais 2001: produto interno bruto do Brasil a preços de mercado corrente, por grandes regiões e unidades da federação – 1998 – 2001. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/economia/contasregionais/2001/tab02.pdf>>. Acesso em 25 jul 2014, às 13:37.

Destarte, quanto à distribuição segundo faixas de população, pode-se concluir que há uma relação direta entre a faixa de população do município e o seu grau de dependência: na medida em que se desloca para a faixa de população superior, aumenta o percentual de municípios nas faixas imediatamente superiores de participação da receita tributária e diminui o percentual de municípios nas faixas imediatamente superiores de participação das transferências no total geral da receita.

O mesmo estudo mostra que, no caso dos municípios com até 5 000 habitantes, o FPM foi responsável por 57,3% das transferências correntes, reduzindo-se conforme aumentava o tamanho populacional dos municípios.

Torna-se, portanto, inegável que o FPM foi um forte mecanismo de redistribuição de recursos para os pequenos municípios, além de estar concentrado mais fortemente fora da região mais dinâmica do País.

1.3.3 FPM, FUNDEF E ICMS

Conforme os estudos empreendidos pelo IBGE, na composição das transferências correntes, destacam-se o Fundo de Participação dos Municípios - FPM, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS que, juntos totalizaram aproximadamente 72% do total das transferências para os municípios. O FPM é formado por uma parcela (22,5%) do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do IPI.

O FUNDEF, por sua vez, é composto por recursos provenientes de algumas transferências de impostos: dos estados, FPE (Fundo de Participação dos Estados), ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), IPI-Exp (Imposto sobre Produtos Industrializados para Exportação); dos municípios, FPM (Fundo de Participação dos Municípios), ICMS e IPI-Exp.

Incluem-se também 15% dos recursos da chamada Lei Kandir, que são repasses da União para compensar as perdas financeiras das unidades federadas, decorrentes da desoneração do pagamento de ICMS de determinados produtos para exportação.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços é um imposto de competência dos Estados e Distrito Federal. Na maior parte dos Estados o ICMS corresponde a uma alíquota de 18%. Entretanto, para certos alimentos básicos o ICMS tem alíquota de 7% e, ainda, para produtos considerados supérfluos, como, por exemplo, cigarros, cosméticos e perfumes, tem alíquota de 25%. Do produto da arrecadação do ICMS pelos estados, 25% é transferido para os Municípios.

O conjunto desses resultados possibilita a construção de um sistema de indicadores municipais para medir, inclusive, a eficácia e a efetividade das políticas e programas públicos, o grau de dependência dos municípios, os gastos por função, com destaque para aqueles referentes às áreas sociais, os gastos com pessoal e encargos com investimentos e o resultado do exercício.

É lícito afirmar que os municípios são os entes federativos mais frágeis, dependendo ainda de repasses e políticas sociais para sua manutenção, não deixando, entretanto, de desempenhar importante papel político e administrativo.

CAPÍTULO II

A ISENÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Primeiramente, é relevante distinguir os institutos da imunidade e da isenção tributária. A primeira delas se dá por força constitucional, ou seja, a própria Carta Magna dispensa seu pagamento, enquanto a isenção é uma mera possibilidade normativa de dispensa, legalmente qualificada.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, na isenção vislumbra-se a ocorrência do fato gerador, o que não se concretiza é apenas o lançamento do tributo, ao passo em que na imunidade, não há qualquer relação jurídico-tributária. Para Carvalho (2005, p. 188):

“[...] a isenção se dá no plano da legislação ordinária. Sua dinâmica pressupõe um encontro normativo, em que ela, regra de isenção, opera como expediente redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese [...] do “tributo”.

Ultrapassada esta conceituação, também é relevante compreender que a isenção é modalidade de exclusão do crédito tributário, o que importa em dizer uma impossibilidade de que seja constituído. Em outras palavras, muito embora tenha ocorrido o fato gerador e a obrigação tributária, tal tributo não será lançado, não havendo crédito tributário.

A isenção e a anistia desoneram o contribuinte dos deveres patrimoniais, no caso de uma lei isentante (isencional ou isentiva) ou a multa (no caso de uma lei anistiadora). Em palavras simples, “isenta-se o tributo”, “anistia-se a multa”.

Por certo, as razões que levam o legislador a isentar um tributo não coincidem com aquelas que o levam a anistiar uma penalidade. Enquanto a isenção ostenta razões de cunho socioeconômico, a anistia retira o timbre de impontualidade do inadimplente da obrigação tributária. Igualmente, é por este encaixe social que há isenção de ICMS para produtos da cesta básica, de IPI para os taxistas, dentre outras.

Acerca da competência para definir isenções, infere-se que somente o detentor da legitimidade para criar o tributo pode isentá-lo. Destarte, é lícito dizer que compete à União, nos Territórios, *ipso facto*, isentar os impostos federais, estaduais e municipais.

Como acertadamente aduz Harada (2001, p. 207): “Sabido e ressabido que o poder de isentar é corolário do poder de tributar. Só pode isentar quem tem o poder de tributar”.

Destarte, a isenção fiscal está na competência cumulativa. Tal competência impõe efeitos no plano da isenção dos impostos, já que o poder de instituir o tributo é simétrico ao poder de isentá-lo.

Neste diapasão, institui a Constituição Federal: “Art.151. É vedado à União: (...) III – Instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”.

Em matéria de isenção, imperioso notar que a interpretação deve ser restritiva, e não ampliativa. O art. 111 do CTN aponta os dispositivos que devem ser interpretados de forma literal, *in verbis*:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Importa salientar ainda que, na ausência de disposição legal em contrário, as taxas – e as contribuições de melhoria –, em face de sua índole de contraprestação, não se fazem automaticamente abranger pela isenção, conforme prescrição do inciso I do art. 177 do CTN, *in verbis*: “Art. 177. Salvo disposição de lei em contrário, a isenção não é extensiva: I – às taxas e às contribuições de melhoria; (...)”, homenageando assim o princípio da legalidade tributária. Em arremate, sintetiza Sabbag (2011, p. 407):

a) Art. 97 do CTN: condiciona à reserva legal a disciplina das hipóteses de exclusão do crédito tributário;

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

b) Art. 150, § 6º, da CF: exigência de lei específica para a concessão de isenção ou anistia.

Art. 150, CF.

(...)

§ 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g”.

c) Art. 111, I, do CTN: prevê a utilização compulsória do método literal na interpretação de dispositivos que versem sobre exclusão do crédito tributário.

d) Art. 175, parágrafo único, do CTN: mesmo com a exclusão do crédito tributário, não se dispensa o cumprimento das obrigações acessórias, ou seja, caso haja a concessão de isenção do ICMS (obrigação principal), a norma isentante não implica a dispensa da emissão de nota fiscal (obrigação acessória).

Art. 175.

(...)

Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente.”

e) Art. 179, § 2º, do CTN: caso ocorra a anulação de uma lei concessiva de isenção, que não tenha sido concedida em caráter geral, haverá a exigência dos tributos e dos juros, em regra. A imposição de multa dependerá do comportamento do beneficiário:

I – se ele tiver agido com dolo, para se beneficiar da norma exonerativa sem a merecer, haverá a incidência da multa, cobrando-se, portanto, “tributo + juros + multa”.

Neste caso, o tempo decorrido entre a concessão da isenção e sua revogação não se computará para efeito da prescrição do direito a cobrança do crédito;

II – se ele tiver agido sem dolo, não haverá a incidência da multa, exigindo-se tão somente “tributo + juros”. Neste caso, a revogação só poderá ocorrer antes de prescrito o referido direito.

Outro ponto que merece atenção cinge-se ao fato de que as causas excludentes do crédito tributário estão amparadas pelo princípio da irretroatividade tributária, o que equivale dizer que a lei concessora da isenção deve se aplicar somente aos fatos geradores futuros, ainda não concretizados.

2.1 ISENÇÃO TRIBUTÁRIA: ASPECTOS RELEVANTES

Inicialmente, cabe instaurar que a isenção tributária pode ser concedida individualmente, nos casos em que consagrada em lei após pedido do sujeito passivo, que, cumprindo determinados requisitos na norma concedente, receberá a isenção, e em caráter geral, ocasião em que não apresenta requisitos a serem cumpridos, sendo, portanto, genérica.

Independentemente da modalidade, deve restar claro o propósito de cumprir o interesse público, incentivando o crescimento econômico. Isto posto, não há que se falar em distinção da capacidade contributiva ou inconstitucionalidade. Ensina Machado (2008, p. 40-41):

Em se tratando de imposto cujo fato gerador não seja necessariamente um indicador de capacidade contributiva do contribuinte, a lei que concede isenção certamente não será inconstitucional, já que não fere o princípio em estudo. Em se tratando, porém, de imposto sobre o patrimônio, ou sobre a renda, cujo contribuinte é precisamente aquele que se revela possuidor de riqueza, ou de

renda, aí nos parece que a isenção lesa o dispositivo constitucional que alberga o princípio em referência.

Imperioso sempre notar o caráter de benefício público de que devem ser revestidas as isenções, sem o qual não teriam razão de ser, bem como a necessidade de que não sejam arbitrariamente concedidas, mas de modo a prover ganhos generalizados.

2.2 RENÚNCIA DE RECEITA E LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei Complementar nº 101/00, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), foi editada com o intuito de modificar a forma como historicamente se administrava o erário no Brasil, trazendo para a ordem jurídica os hodiernos princípios da transparência e responsabilidade da gestão fiscal.

Essa legislação estabeleceu responsabilidade na gestão fiscal pressupondo ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de: (1) metas de resultados entre receitas e despesas; (2) obediência a limites e condições para renúncia de receita; (3) geração de despesas com pessoal; (4) seguridade social e outras; (5) dívidas consolidada e mobiliária; e (6) operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar.

A supramencionada lei foi editada com o escopo de instituir parâmetros de responsabilidade na gestão fiscal, mediante transparência e planejamento, prevenindo riscos e outras circunstâncias que afetem o equilíbrio das finanças públicas.

Conforme se sabe, o Brasil tem modificado seu modo de gerir o patrimônio público, numa tentativa de instituir um modelo gerencial de Administração, voltada para resultados e *accountability* governamental. Indubitavelmente, tais transformações podem ser atribuídas em grande parte à edição da Lei Responsabilidade Fiscal (LRF), especialmente no que tange à criação de regras mais severas para a renúncia de receita pública.

Ao se falar em gestão de patrimônio público, a reação natural é relacioná-lo imediatamente ao controle de gastos. Todavia, tem sido observadas outras cautelas tão necessárias quanto a retenção de despesas, a exemplo do impacto das renúncias fiscais, igualmente relevantes em termos orçamentários.

Esta análise das normas de finanças públicas impositivas de limites e condições para atingir responsabilidade na gestão fiscal é de grande importância, inclusive como contribuição social.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, uma das recomendações macroeconômicas elaboradas pelo Consenso de Washington, sancionada e editada em 4 de maio de 2000, tem o intuito de alterar os mecanismos de gestão dos recursos públicos, trazendo para a ordem jurídica os princípios da responsabilidade e transparência na gestão fiscal.

Destarte, devem ser observados os limites e condições impostas à renúncia de receita, benefício concedido pelos administradores públicos com o intuito de incentivar as atividades econômico-sociais.

Não se pode olvidar, por outro lado, de que é falaciosa a ideia de que a LRF por si só seria capaz de aplacar os anseios sociais em relação ao fim da corrupção do administrador público, porquanto o enfoque da dita Lei relaciona-se mais à correta aplicação dos recursos públicos, pouco interferindo na esfera de responsabilização do gestor desonesto.

Lato sensu, a intenção é de que o gestor público não possa se valer do instituto da renúncia de receita arbitrariamente, encobrendo interesses sob a justificativa de incentivar o desenvolvimento de determinado setor da economia. Neste sentido, §1º, artigo 1º da Lei Complementar nº 101/00 dispõe:

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que se refere à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

A despeito de qualquer controvérsia, fato é que a Lei de Responsabilidade Fiscal representa os primeiros passos de um iminente avanço, ao passo em que restringe a concessão do benefício da renúncia fiscal.

Em conjunto com ela, a Secretaria do Tesouro Nacional criou a metodologia de dedução de receita, de modo a promover uma maior evidenciação desses valores; e os Tribunais de Contas fiscalizam a obediência às regras de limitação de renúncia, uma ação harmoniosa entre os referidos órgãos que tende a trazer grandes benefícios.

Relevante pontuar que cada ente federativo tem limites próprios para organizar sua gestão de maneira compatível com o conceito de responsabilidade fiscal. A Lei Complementar nº 101/00 estabelece somente linhas gerais, deixando a cada ente político autonomia para legislar conforme suas necessidades específicas.

Os ditames instituídos pela Lei Complementar nº 101/00 apenas se concretizam quando editados três instrumentos normativos: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA); definidos no art. 165 da Carta Magna.

2.3 ISENÇÃO E RENÚNCIA DE RECEITA: IMPORTANTES DISTINÇÕES

O art. 150 da CFRB veda o tratamento desigual entre contribuintes em situações iguais. Admite, todavia, a concessão de incentivos fiscais com a finalidade de equilibrar o desenvolvimento socioeconômico em diferentes regiões do Brasil.

Neste diapasão, a renúncia de receita será ocasionada por uma circunstância em que a Administração, mediante autorização legislativa, seja ela específica ou genérica, abre mão de parte das receitas a que teria direito, objetivando ganhos maiores econômica ou politicamente, bem como a fim de fomentar setores produtivos ou estratégicos. São exemplos de tais renúncias as isenções tributárias, anistias e os subsídios. Almeida (2001, p. 145) explica que:

O ato de renunciar à receita pública é, em essência, uma política de governo como todas as demais implementadas com o objetivo de executar as funções inerentes aos entes políticos que constituem as diferentes esferas de governo: federal, estadual e municipal. Trata-se de política pública consagrada em âmbito internacional, de aplicação difundida em países de todos os continentes, sem distinções de nível de desenvolvimento econômico-social e regime de governo, cujo propósito é promover o suporte financeiro necessário à realização de programas, projetos e atividades de interesse da sociedade e destinados à promoção do equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico nas diferentes regiões geoeconômicas do país, ao desenvolvimento de segmentos econômicos estratégicos e ao favorecimento de determinados grupos de contribuintes, entre outros objetivos públicos relevantes.

Sob este aspecto, a renúncia de receita se configura como um instrumento de política econômica. Por meio dela, o Estado intervém na economia, respeitando, por certo, os limites da livre iniciativa privada, mas, dentro de sua esfera de competência, contribuindo para o desenvolvimento econômico de determinados setores.

Neste ponto convergem as explanações iniciais ao projeto deste trabalho acadêmico. Nos últimos anos, em especial na última administração federal, o Governo instituiu políticas que diminuía e até zeravam a alíquota do IPI de automóveis, ato contínuo, estendeu a benesse a materiais de construção, fomentando estes setores na tentativa de não permitir que o país fosse atingido pela crise econômica mundial.

No ano de 2.008, por intermédio dos Decretos nº 6687 e 6696, as alíquotas de veículos automotores foram reduzidas ou zeradas até março do ano seguinte. Em 30 de março de 2009, tal benefício foi prorrogado em relação aos automóveis e incluíram-se outros produtos, em especial materiais de construção. Sobre o tema, dispõe a Constituição Federal em seu art. 150, §6º:

Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas, ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, §2º, XII, g.

Entretanto, além das hipóteses já contempladas em lei, pode-se reduzir as alíquotas mediante simples Decreto do Executivo. O Governo Federal, ao reduzir o IPI, utilizou-se dessa prerrogativa, procedendo à edição de Decretos que alteraram a alíquota de IPI de vários produtos.

Renunciar à receita é desistir do direito sobre o gravame, um abandono voluntário. Por certo dizer que a renúncia se dá principalmente pela concessão de incentivos fiscais, que são estratégias de promoção de crescimento econômico e interferem até mesmo na criação de empregos. Assim dispõe a Lei Complementar nº 101/00, art. 14, §1º:

A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

No escopo de aumentar o controle da renúncia fiscal, a CFRB determina que o projeto da Lei Orçamentária Anual contenha detalhado demonstrativo regionalizado do efeito das receitas e despesas oriundas de isenções, remissões, anistias, subsídios e benefícios de natureza tributária, creditícia e financeira.

Com isso se pretende não somente proporcionar uma maior transparência orçamentária, mas também avaliar os efeitos das políticas econômicas que envolvam renúncia de receita.

O artigo 14 da Lei Complementar nº 101/00 estipula os limites e condições legais para se promover a renúncia de receita, sem afetar a saúde das finanças públicas, nos seguintes termos:

A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: (I) demonstração pelo proponente

de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; e (II) estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Importa, assim, que o administrador público prove que tal renúncia foi considerada na estimativa de receita da LOA e que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da LDO. Nos casos em que isto não seja possível, apenas será lícita a renúncia se houver compensação, isto é, aumento de receita mediante elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo ou criação de novo tributo ou contribuição.

Não se pode olvidar que a renúncia fiscal em si pode trazer inúmeros benefícios, porquanto incentiva a atividade empresarial, o consumo e a geração de empregos. Todavia, esta medida deve ser acompanhada de outras políticas que evitem o prejuízo aos cofres públicos e, conseqüentemente, acabe por afetar negativamente os interesses da coletividade.

Em outras palavras, a renúncia não pode ser motivada por razões políticas somente. Não obstante à preocupação com os impactos dos valores renunciados nessas ocasiões deve-se analisar a finalidade da concessão, ou seja, se é destinada ao fomento de atividade econômica socialmente relevante ou se favorece interesses pessoais.

2.4. A RENÚNCIA DE RECEITA TRIBUTÁRIA QUE CARACTERIZA ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA LESIVO AO ERÁRIO

Conforme já explicitado, a concessão de benefícios ou incentivos de natureza tributária é prática comum pelos Chefes do Poder Executivo, tanto nas esferas Municipais quanto Estaduais e Federais.

No caso dos Municípios, é certo que tais incentivos deverão se dar por intermédio de lei municipal, de iniciativa do Prefeito, na condição de representante da Municipalidade, que é titular da legitimidade para concessão.

Se somente por lei se pode criar e instituir tributos de competência municipal, somente por lei se pode “abrir mão” de receber valores correspondentes a tributos já criados, devidos e não pagos, conforme institui o artigo 150, §6º, da Constituição Federal.

Tais diplomas legais tem sido editados reiteradamente nos diversos municípios brasileiros, tanto com o intuito de incentivar o recolhimento de tributos já vencidos e não pagos, muitas vezes já inscritos na dívida ativa municipal, quanto com o objetivo, ainda que subentendido, de conceder benesses a uma

parcela considerável da população, tendo, nestes casos, finalidades escusas que, e que por vezes, ostentam relação estreita com o período eleitoral.

É também sabido que em toda Prefeitura existe um Departamento ou Secretaria, ou ainda um órgão específico responsável pela fiscalização e arrecadação de tributos de sua competência constitucional.

Tal departamento, depois de lançar os tributos a serem recolhidos pelos contribuintes e proceder às notificações cabíveis, aguarda o normal e tempestivo recolhimento dos valores correspondentes às obrigações tributárias devidas.

Findo o prazo para pagamento e não efetuado tal recolhimento, o nome do contribuinte em débito, bem como o valor de sua dívida em relação a Municipalidade passam a constar na “dívida ativa” do Município, cuja inserção geralmente se dá no exercício financeiro seguinte àquele em que a dívida foi estabelecida.

Aqui cumpre delinear que as leis municipais implantadoras de benefícios ou incentivos fiscais objetivam atingir precisamente aquela pessoa, física ou jurídica, constante do rol da “dívida ativa” municipal, isto é, que deveria ter efetuado o recolhimento de seus tributos, normalmente impostos (IPTU e ISS), mas não o fez, frustrando, deste modo, uma expectativa já constituída pelo ente público – no caso, os municípios – de receber aqueles valores como receita para aplicação dos correlatos recursos em finalidades públicas e sociais relevantes no contexto municipal.

Destarte, ao conferir um “benefício” de natureza tributária, a norma municipal respectiva permite ao devedor que pague a dívida sem o valor correspondente aos juros e à multa sobre ela incidentes.

Isto é, o que o Município esperava como valor total inscrito em dívida ativa é recolhido em valor a menor, por consequência de uma lei permissiva, que concede ao contribuinte em débito o direito de efetuar o pagamento de seu tributo apenas com o principal e sua atualização monetária, sem a incidência de valores relativos a juros ou multa.

Com efeito, de um município para outro, existem variações na forma e na extensão de tais benefícios, a exemplo da desobrigação dos devedores do pagamento apenas dos juros ou apenas das multas incidentes sobre o valor principal do débito.

Todavia, na majoritária experiência prática, a incidência dos benefícios atinge ambos os acessórios supramencionados, uma vez que tal forma de concessão de benefícios é mais “atrativa” aos olhos do contribuinte devedor, sendo, portanto, um incentivo maior à quitação do tributo.

Por sua vez, os “incentivos” fiscais concedidos por leis da mesma natureza, apenas para diferenciá-los dos “benefícios”, podem ser entendidos como a concessão de prazos maiores para o adimplemento de tributos já inscritos na dívida ativa municipal, de modo que, nestes casos, não há redução de valores de juros ou multa, mas o prazo para pagamento parcelado daquela dívida total é extremamente maior do que os prazos permitidos pela legislação ordinária do município, qual seja, o Código Tributário Municipal.

É de bom alvitre realçar que, em muitos municípios, as leis que concedem os benefícios fiscais condicionam o mesmo ao pagamento à vista, com desconto integral dos juros e multa sobre ela incidentes.

Tais normas reúnem os conceitos de “benefício” e “incentivo”, na medida em que instituem um escalonamento de percentuais de desconto em relação ao tempo solicitado pelo devedor para saldar a dívida, reduzindo os percentuais na mesma proporção em que o tempo de parcelamento da dívida aumenta, sendo que o contribuinte somente terá desconto integral sobre juros e multa se efetuar o pagamento da dívida à vista, ao passo em que terá um percentual pequeno de redução destes acessórios se optar por um pagamento parcelado em longo prazo.

De toda feita, seja como “benefício” ou “incentivo”, ou ambos, o que estas leis municipais estabelecem nada mais são do que “anistias” tributárias.

Isto é, legalizam e autorizam o recolhimento de dívidas tributárias já consolidadas sem que se faça o recolhimento das penalidades a elas relativas, sejam multas ou juros. A anistia é um instituto do Direito Tributário previsto no artigo 180 do Código Tributário Nacional.

Com efeito, a lei concessiva do benefício fiscal também se presta a culminar na “remissão tributária”, hipótese em que recai sobre a dívida principal já constituída e não paga.

Nessa situação, trata-se de remissão tributária, que a difere da anistia supramencionada. Aqui, ao extinguir parcial ou totalmente o principal da dívida, também eliminam-se seus acessórios, *in casu* juros e multa.

Todavia, em sua maioria, as leis desta natureza limitam-se a conceder benefícios sobre os acessórios da dívida principal, quais sejam, os juros e as multas, razão pelo qual é lícito dizer que a maioria dos casos existentes em municípios brasileiros pode ser definida como leis que estabelecem anistias tributárias.

Ultrapassado este ponto, cabe instaurar que a concessão de anistia tributária equivale a uma renúncia de receita de tributos, em razão do que se explicita doravante.

A Lei de Responsabilidade Fiscal é clara ao dispor que a concessão de anistia está compreendida no conceito de renúncia de receita tributária, conforme leitura do §1º de seu artigo 14. Portanto, é o próprio texto da lei que assim o define.

Demais, ao lançar um tributo e notificar seu contribuinte, a municipalidade adquire a expectativa do recebimento do crédito correspondente. Tais créditos por certo estão inseridos na previsão de receita orçamentária constante da lei orçamentária anual daquele exercício.

Neste ínterim, uma vez não adimplido o débito tributário em questão, sendo, ato contínuo, inserido na “dívida ativa” do município, sobre ele incidem os juros e as multas previstas na legislação municipal. O valor do débito que era composto apenas do principal, passa a possuir como acessórios os juros e multa.. Tais valores também são inseridos na lei orçamentária anual como expectativa de receita tributária.

Ora, se o município tem previsão em seu orçamento anual de uma receita tributária, incluindo-se nela os débitos inscritos em dívida ativa – integrados por principal, juros e multa – e, mediante lei editada posteriormente, deixa de receber parte destes valores, indubitavelmente está renunciando a parte de sua receita tributária.

Deste modo, ao editar projeto de lei a ser encaminhado ao Poder Legislativo para aprovação, com o fito de conceder benefícios ou incentivos de natureza fiscal sobre débitos já inscritos em dívida ativa, o chefe do executivo deverá conscientizar-se de estar renunciando, ainda que parcialmente, à receita tributária do ente público que lhe cabe representar.

E tal renúncia de receita, após a vigência da Lei Complementar Nacional n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), possui previsão, condições e requisitos estabelecidos para que o diploma possa ser considerada válido, todos expressos no artigo 14 da supramencionada lei.

O artigo 14 da LRF é bastante claro e objetivo no que se refere à consignação de requisitos e condições para que leis concessivas de benefícios ou incentivos fiscais – ou, conforme no caso, da anistia tributária – sejam consideradas legais sob a égide da responsabilidade fiscal dos administradores públicos.

O que tal dispositivo legal propõe é que, pela premissa de que o ente público está renunciando a parte de sua receita orçamentária, deve igualmente preber mecanismos pelos quais ocorrerá a

compensação aos cofres públicos em relação aos valores que o mesmo ente deixará de receber em razão da malfadada lei.

Por esta razão, logo no seu caput, exige a apresentação, por parte do Prefeito, de estimativa do impacto orçamentário-financeiro que a aplicação da lei vai causar no ente público naquele exercício e ainda nos dois exercícios subsequentes.

Deverá também o mesmo administrador público comprovar que tal lei concessiva de benefícios fiscais obedece ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias do ente público que representa, o que corresponde à exigência de que tais benefícios estejam previstos como diretrizes orçamentárias daquele ente, evitando sejam utilizados com finalidades escusas, como as relacionadas ao período eleitoral.

Além dos requisitos esposados acima, de extrema relevância e inegável complexidade para o administrador, deverá ainda restar demonstrado por ele o cumprimento de, pelo menos, um dos dois requisitos apresentados nos incisos I e II do caput do mesmo artigo 14 da LRF.

Vale consignar que tais exigências equivalem a medidas impeditivas da utilização destas normas de maneira indiscriminada e arbitrária, bem como objetivam evitar maiores prejuízos aos cofres públicos, porquanto, independentemente do modo como for editada a norma, acabarão por receber menos do que o previsto nas respectivas leis orçamentárias anuais.

Cumpre ainda explicitar a exigência contida no §2º do artigo 14, que ostenta ligação direta à previsão do inciso II do mesmo artigo, quando feita tal opção pelo administrador público, exigindo que a lei concessiva do benefício somente entre em vigor quando efetivamente implementadas as medidas de compensação aos cofres públicos anunciadas naquele inciso.

Destarte, é lícito concluir que qualquer lei municipal cuja finalidade seja a de conceder benefícios ou incentivos fiscais – leia-se anistia tributária – deverá atender inteiramente às requisições expressas no artigo 14 da LRF.

Na experiência empírica, ao enviarem tais projetos de lei ao Poder Legislativo, os Chefes do Executivo deverão demonstrar de forma clara e minuciosa o atendimento a tais requisitos e condições, sob pena de não poderem ser aprovados, por frontal ofensa e desatendimento à LRF.

Não é difícil supor, por outro lado, que diversas leis desta natureza logram aprovação sem o mínimo atendimento aos requisitos descritos no artigo 14 da LRF, ou ainda dissimulando o seu cumprimento,

afirmando em textos vagos e imprecisos que tais condições estão sendo observadas e cumpridas, sem, de fato, comprová-las.

Neste contexto, o editor da Lei e todos aqueles que concorreram para a produção de efeitos dela estão incorrendo em atos de improbidade administrativa, a teor do que estabelecem o artigo 10 da Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.

Ao relacionar, exemplificativamente, os atos que consubstanciam improbidade administrativa, no caso específico, ao que se refere a danos ao erário público, a Lei Federal n. 8.429/92 instaura, em seu artigo 10, inciso VII, que corresponde à improbidade administrativa o ato de “conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”.

Encaixa-se perfeitamente à tipificação legal do ato ímprobo a submissão projeto de lei por parte do Chefe do Executivo Municipal para a Câmara Municipal objetivando a aprovação de lei que instaure a concessão de incentivos ou benefícios fiscais da forma acima exposta, sem que tal projeto esteja munido de explicações, fundamentações, planilhas e demonstrações cabais dos requisitos e condições exigidos pelo artigo 14 da LRF.

É cediço que, para a ocorrência de conduta tipificada no que tange ao ato previsto no inciso VII do artigo 10 transcrito, é também imprescindível que a lei seja aprovada e produza efeitos, com efetivas concessões de benefícios a contribuintes diversos, com recolhimentos de tributos em valores menores do que aqueles constantes da dívida ativa do Município.

Isto é, no que se relaciona à configuração do ato previsto no inciso VII, é preciso que a lei concessiva do benefício fiscal produza efeitos, porquanto o verbo constante do mencionado dispositivo é “conceder”, o que não ocorre enquanto a lei concessiva não produz efeitos e não favorece, de fato, um considerável número de contribuintes.

Por outro lado, uma vez comece a produzir efeitos, o ato está configurado e caracterizado. Também estará evidenciado o prejuízo sofrido pelo erário municipal que deixou de receber parte de sua receita tributária, cujo valor correspondente ao total dos juros e multas que deixaram de ser recolhidos.

Aplicáveis, neste caso, as penas previstas no inciso II do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Mais a mais, também estará caracterizado o ato de improbidade previsto no inciso X do mesmo artigo 10, o qual se refere ao Chefe do Executivo que “agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda...”.

Se o administrador público se furta a obrigação de cumprir os requisitos da LRF ao editar uma lei concessiva de benefícios fiscais, pode-se afirmar que agiu de forma negligente, porquanto se omitiu do cumprimento de uma determinação legal ao arrecadar os tributos sob sua responsabilidade, deixando de exigir o recolhimento integral dos valores devidos sem a correspondente previsão dos mecanismos de compensação financeira.

Deste modo, torna-se ainda mais nítida a configuração de atos de improbidade administrativa, com perfeita subsunção a dois dos incisos previstos expressamente pelo artigo 10 da LIA.

Uma vez constatados os atos de improbidade administrativa, caberá ao Promotor de Justiça mensurar a extensão dos danos, de modo a embasar a tomada das medidas judiciais cabíveis.

Caberá ainda a análise da responsabilidade dos membros do Poder Legislativo em razão da aprovação de projetos de leis elaborados nestas condições, em frontal ofensa ao disposto no artigo 14 da LRF, porquanto, ao analisarem, discutirem, debaterem e votarem projetos de lei nestas condições, aprovando-os, os Vereadores também ignoraram a exigência contida na LRF, responsabilizando-os conforme participação e restando incursos artigo 12, inciso III, da LIA, caso constatada a negligência ou omissão deles no exercício de seus deveres.

CAPÍTULO III

O IMPACTO DAS ISENÇÕES CONCEDIDAS PELO GOVERNO FEDERAL NAS FINANÇAS MUNICIPAIS

Em razão da crise financeira que vem assolando o mundo globalizado, os países tiveram que adequar suas políticas financeiras a fim de protegerem suas respectivas economias. Conforme mencionado alhures, no Brasil uma dessas atitudes consistiu na desoneração de impostos, que acabou por impactar negativamente as receitas municipais no país.

Conforme já explicitado, o FPM é alimentado pela arrecadação de impostos federais, a saber o Imposto de Renda e o Imposto sobre Produtos Industrializados, cujos repasses tem sido inconstantes em razão dos recorrentes ajustes nas faixas de isenção de renda de pessoas físicas e à política de desoneração na produção nacional como estímulo à economia.

O assunto já foi apreciado pelo STF, ocasião em que firmou entendimento que uma vez acontecido o fato gerador, cria-se o direito aos Municípios de receberem sua parte. A decisão permite inferir que os entes federativos menores estão legitimados sim a buscar o Poder Judiciário para que a União deposite os valores não repassados, deveras um grande avanço.

Os incentivos culminam na conseqüente redução de arrecadação do IPI e, por conseguinte, reduzem os valores repassados pela União ao FPM e ao FPE, de modo que acabam por dispor indevidamente de parcela que não pertence à União. Leciona a Carta Magna que:

Art. 159. A União entregará:

I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

(...)

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios

(...)

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano

Segundo estimativa da Associação Goiana de Municípios (AGM), cerca de 60% dos Municípios goianos terminaram 2013 em dificuldades financeiras. A estimativa enquadra principalmente os Municípios que receberam a menor fatia do FPM e que, em geral, não possuem outra forma significativa de recursos.

O crescimento gerado por essa política não atinge os pequenos municípios, que não possuem grandes indústrias, montadoras, e, por conseguinte, não geram empregos, sem qualquer reflexo na economia local. Ademais, tal política culmina na atração ao consumo, que acaba gerando um problema social.

Nestes municípios, geralmente, a segunda renda provem do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), que praticamente inexistente em cidades pequenas, onde a economia se sustenta da pecuária, agricultura e produção de leite.

Tal situação culminou na entrega de uma carta para a então presidente Dilma Rousseff, em reunião no Palácio do Planalto, durante a XVII Marcha a Brasília em Defesa dos Municípios. Os gestores expuseram a crise financeira enfrentada pelos Municípios e falaram sobre as consequências dos subfinanciamentos dos mais de 390 (trezentos e noventa) programas federais.

Também destacaram que o principal motivo da atual situação financeira desses entes está na política de isenções fiscais concedidas pelo governo, causando a redução do Fundo de Participação dos Municípios. “Segundo o TCU, apenas do FPM foram retirados R\$ 77 bilhões nos últimos cinco anos”, alerta o documento.

3.1 PROPOSTA LEGISLATIVA DE COMPENSAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

A fim de compensar os Municípios brasileiros pelas perdas sofridas, tramita Projeto de autoria do Senador Ricardo Ferraço, atualmente sob a relatoria de Humberto Costa. Aqui se pretende delinear os objetivos do referido PL.

3.1.1 PROJETO DE LEI DO SENADO (PLS) 225/2014

Esta proposta tramita no Congresso Nacional e determina que a compensação dar-se-á sempre que for concedida redução no imposto, sendo paga aos municípios como apoio financeiro legalmente obrigatório da União. A compensação não poderá ser empenhada, nem objeto de movimentação financeira.

A ementa assim explicita: “Altera o art. 4º do Decreto-Lei nº 1.199, de 27 de outubro de 1971, que dispõe sobre a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados, para prever compensações nos casos de reduções de alíquota”. Segue a íntegra:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 4º do Decreto-Lei 1.199, de 27 de outubro de 1971, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art. 4º:

§ 1º As reduções de alíquota tratadas no inciso I deste artigo somente vigorarão após a inclusão na lei orçamentária em vigor de dotações específicas destinadas a compensar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios por reduções nos montantes a ser entregues a estes entes na forma do art. 159 da Constituição.

§ 2º As reduções de alíquota serão objeto de controle por parte do Tribunal de Contas da União – TCU, na forma do art. 1º, inciso IV, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

§ 3º Previamente à deliberação da comissão mista permanente a que se refere o art. 166, § 1º, da Constituição, o TCU emitirá parecer conclusivo acerca do impacto estimado das reduções de alíquota. § 3º As estimativas do TCU terão como referência o disposto no art. 7º da Lei nº 10.451, de 10 de maio de 2002.

§ 4º A compensação será devida em todos os exercícios em que persistir a redução de alíquota.

§ 5º A compensação será paga mensalmente, na proporção do impacto estimado, a título de auxílio financeiro e constituirá obrigação legal da União, não podendo ser objeto de limitação de empenho e movimentação financeira, na forma do art. 9º, § 2º, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. (NR)”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Se o projeto for aprovado, o Tribunal de Contas da União será responsável pela fiscalização das reduções concedidas nas alíquotas do IPI, que só serão possíveis depois de incluídas na lei orçamentária vigente.

3.2 ORIENTANDO A POLÍTICA DE RENÚNCIAS A RESULTADOS SOCIAIS

A política de desoneração de impostos, apesar de bem intencionada, acabou por gerar alguns impactos negativos, como se pode observar. Desta sorte, a compensação das renúncias tornou-se, indubitavelmente, o caminho mais certo para resultados positivos na perspectiva econômica brasileira pós-crise. Imperioso entender que esta medida não trata de impedir que o governo possa adotar medidas fiscais para combater a inflação e os desdobramentos da crise financeira mundial, mas apenas compensar os entes federados pelas perdas.

É possível esperar reflexos muito positivos com a implantação das compensações, especialmente no aspecto social. Os Municípios são hoje quem executam as políticas públicas, inclusive os programas sociais federais, como o “Minha casa, minha vida”, o “Mais médicos”, dentre outros programas que só são possíveis graças à parceria com prefeitos.

As políticas de desoneração devem demonstrar efetivo retorno à sociedade, como, por exemplo, a geração de empregos, e, neste sentido, também é preciso que o ato de concessão do benefício seja munido com estudos e documentos, conforme o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que leciona:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária (...) e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Em suma, deve vir acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro da renúncia, um estudo comprobatório da não afetação das metas fiscais da LDO e traços para o aumento compensatório de tributos arrecadados pelo município. Mais que isso, a Administração Municipal deve ter a segurança de que terá o benefício da criação de empregos ou a justa compensação.

Como se infere do art. 14 da Lei Complementar 101/2000, já transcrito, a isenção tributária é legal, uma vez cabalmente demonstrado que nenhum prejuízo será causado às finanças públicas, porque o equilíbrio orçamentário é *condicio sine qua non* para uma sadia gestão fiscal.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, torna-se claro que, em razão do pacto federativo, os entes que compõe o Estado brasileiro devem trabalhar harmonicamente para a consecução do bem comum previsto constitucionalmente.

Por esta razão, ao arbitrar políticas econômicas de grande impacto, é imperioso que o gestor analise os impactos macroeconômicos de sua ação, bem como a influência destes programas nas finanças dos demais entes interdependentes.

A solução que se faz aparente é a compensação dos entes prejudicados com estas medidas, seja por meio de outros repasses, seja por meio de uma justificação das medidas, isto é, a efetiva comprovação de que as políticas financeiras que aparentemente pudessem prejudicar o referido ente, na verdade acabarão por incentivar sua economia, gerar empregos e melhorar a qualidade de vida.

Em face da pesada carga de impostos a que se presta a população brasileira, é imprescindível que as políticas públicas sejam voltadas à máxima eficiência social, de modo que cada vez mais, hajam recursos para custear programas de educação, saúde, transporte e desporto, sem afetar também o custeio de atividades inerentes à administração Estatal.

Tudo isso é possível mediante planejamento estratégico das ações orçamentárias, que em muito encontra respaldo na Lei de Responsabilidade Fiscal, com diretrizes para o gasto consciente de receitas, bem como a contração saudável de despesas.

Ao iniciar o presente trabalho, levantou-se hipóteses que foram confirmadas no decorrer dos estudos empreendidos. Pode-se observar que a compensação de receitas poderiam amenizar os impactos das isenções sobre os Municípios, sendo esta medida amparada pela Constituição Federal, o Código Tributário Nacional e a Lei de Responsabilidade Fiscal, conclusão esta alcançada pela análise aprofundada dos dispositivos mencionados no que tange ao assunto.

Da mesma forma, o estudo destes diplomas legais se provou uma boa forma de racionalizar a renúncia e aplicação das receitas, do modo como se esperava, uma vez que os entes do Executivo devem sempre pautar-se no princípio da legalidade para nortear suas ações.

Por fim, também se provou correta a interdependência dos Entes Federativos, pelas razões históricas, econômicas e políticas explicitadas. Deste modo, um estudo macro sobre os impactos que as políticas tributárias praticadas por um Ente exercerão sobre o outro parece a melhor forma de evitar novos prejuízos indiretos advindos de políticas que desconsiderem a referida interdependência.

Do que foi tratado, infere-se que, em razão do pacto federativo vigente, o Estado Brasileiro compõe-se da união indissolúvel entre os entes, que devem trabalhar harmonicamente em prol do bem comum e dos interesses coletivos constitucionalmente consagrados.

Ao instituir políticas públicas de grande impacto, em especial aquelas que envolvam receitas compartilhadas pelos diversos entes federativos, é necessário que o administrador público mensure os impactos macroeconômicos de sua ação, bem como os efeitos que causará nos entes interdependentes.

Conforme já mencionado, algumas políticas, como a renúncia de receita, podem ser extremamente benéficas, porquanto considerado o incentivo ao crescimento da economia e a geração de empregos. Por outro lado, considerando-se os possíveis impactos negativos de tal medida, também devem ser estudadas soluções de como amenizar esses efeitos colaterais.

Neste sentido, a solução que se mostra inicialmente cabível consiste na compensação dos entes prejudicados, seja mediante outros repasses ou por adequações nas medidas de fomento que justifiquem sua adoção. Em outras palavras, a efetiva comprovação de que o ente que contribui com a renúncia de receita será diretamente beneficiado por ela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de. A renúncia de receita como fonte alternativa de recursos orçamentários. Revista do Tribunal de Contas da União, v. 32, n. 88, Brasília: Tribunal de Contas da União, Abril/Junho de 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, Curso de Direito Constitucional. 11ª Ed. Saraiva, 2007.

CARTILHA FPM, Setembro de 2012. Disponível em

<http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/download/CartilhaFPM.pdf>. Acesso em 31 jul. 2014, às 15:51.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, 16. Ed. Saraiva, 2004.

COLAUTO, Romualdo Douglas; PIRES, Rita de Cássia Texeira; PEREIRA, Paulolino; RUAS, Carla Márcia Botelho. Análise inferencial de normas de finanças públicas: enfoque sobre concessão de benefícios por meio de renúncia de receitas públicas. XXXIII Encontro da ANPAD. São Paulo, 19 a 23 de setembro de 2009.

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 7ª Ed. Atlas, 2001.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13ª Ed. Saraiva, 2009.

LINO, Pedro. Comentários à lei de responsabilidade fiscal: lei complementar nº 101/2000. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário, 29. Ed. Malheiros, 2008.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. Curso de Direito Constitucional. 1ª Ed. Saraiva, 2012.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 3ª Ed. Saraiva, 2011.

Capítulo 8

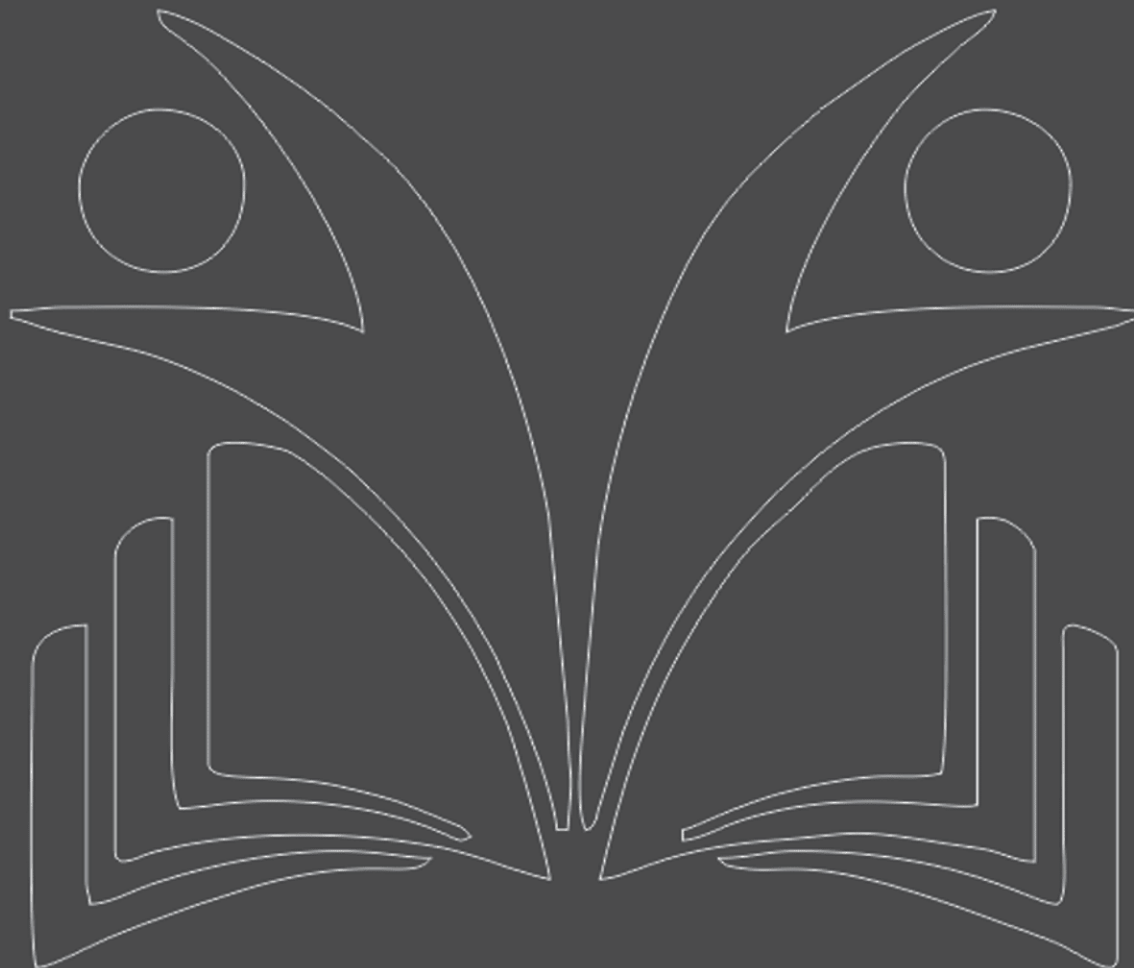


10.37423/220906585

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EC 96/2017: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO ANIMAL DO BRASIL SOB A GUARIDA DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

LUCAS CAVALCANTE GONDIM

Universidade Federal da Paraíba



Resumo: O presente trabalho busca investigar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017 a partir do Direito Constitucional Ambiental. A Constituição brasileira de 1988 e o seu desenvolvimento jurisprudencial apontam para um paradigma antropocêntrico moderado, provedor de uma tutela autônoma dos animais. Além disso, a Constituição reconhece o caráter fundamental do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Estas razões combinam-se ao controle de convencionalidade, aplicado a partir do Protocolo de San Salvador, para consolidar o princípio da proibição do retrocesso ambiental enquanto cláusula pétrea, protegendo a disposição constitucional relativa aos animais do legislador reformador.

Palavras-chave: Retrocesso Ambiental. Cláusulas Pétreas. Constitucionalismo. Direito Animal.

INTRODUÇÃO

A posição de destaque que a Constituição de 1988 conferiu à proteção do meio-ambiente natural deu azo para um robusto desenvolvimento doutrinário no que diz respeito aos princípios informadores deste dever jurídico. O Art. 225, §1º traz, em seus incisos, deveres gerais de proteção ao meio-ambiente, dentre os quais podemos destacar a proteção da fauna e a vedação ao tratamento cruel contra animais (inciso VII).

A norma protetiva dos animais contida na Constituição conflitou, ao longo do tempo, com práticas desportivas difundidas no Brasil, a exemplo da “farra do boi”, das “rinhas de galo” e das “vaquejadas”, que possuem, como característica comum, a submissão dos animais a tratamentos cruéis para divertimento humano.

As vaquejadas, em específico, foram alvo de controle constitucional em abstrato, que declarou sua incompatibilidade com a Constituição em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983/CE. Todavia, contrariando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional editou, em 2017, a Emenda Constitucional (EC) nº 96, que desconsiderou como cruéis práticas desportivas que fizessem uso de animais, desde que fossem consideradas manifestações culturais.

Como garantir a preservação da proteção jurídica aos animais diante desta reforma constitucional? Este trabalho objetiva demonstrar a incompatibilidade material entre o conteúdo EC nº 96 e a Constituição Federal, notadamente pelas bases do Direito Ambiental e do Direito Constitucional, dado o caráter ainda prematuro da consolidação do Direito Animal no Brasil. Primeiramente, buscar-se-á situar o leitor dentro da jurisprudência construída no Supremo Tribunal Federal diante da questão animal nas últimas décadas, apresentando, na terceira seção, em que consiste a posição antropocêntrica moderada adotada pela Corte, que confere tutela autônoma ao tratamento da senciência animal.

A segunda seção destina-se a demonstrar o caráter fundamental do direito a um meio-ambiente ecologicamente equilibrado, trazido no caput do Art. 225 mas também diluído em outros princípios norteadores da Lei Maior. Por fim, apresentar o princípio da proibição do retrocesso ambiental, que, além de possuir relevância constitucional, constitui limite material de reforma (cláusula pétrea), isto à luz dos objetivos fundamentais da República e do Controle de Convencionalidade, notadamente através do Protocolo de San Salvador.

1. A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PRÁTICAS CRUÉIS CONTRA ANIMAIS E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 96/2017

A Lei Fundamental de 1988 foi a primeira das Constituições brasileiras a conferir um tratamento privilegiado à questão ambiental³⁵⁴. O meio ambiente, conforme Motauro Ciochetti de Souza, ‘foi a primeira categoria de interesses metaindividuais a merecer atenção especial da sociedade e, por consequência, do legislador pátrio’ (SOUZA, 2013).³⁵⁴

“A nossa atual Constituição Federal adotou a tendência contemporânea de tutela dos interesses difusos e, em especial, do meio ambiente, colocando-o como direito constitucionalmente regulado de terceira dimensão. É a primeira Constituição brasileira a abordar expressamente essa problemática, abrindo um capítulo específico para tratar do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, em que a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País sejam preservadas.”. (AGRA, 2014, p. 873).

Desde a primeira metade do Século XX, viu-se inovações legislativas voltadas ao tratamento dos recursos ambientais e dos animais³⁵⁵. No entanto, estes primeiros diplomas orientavam-se mais à proteção dos direitos de propriedade, dos indivíduos sobre o patrimônio natural, e não à tutela preservacionista do meio-ambiente, tratando-o enquanto um bem de titularidade coletiva. A perspectiva ambientalista só se desenvolveria a partir da década de 1960, paralelamente à ascensão do movimento ecologista, que propugnava uma nova consciência da humanidade para com o meio ambiente, interesse de uma geração cristalizado na proclamação da Carta de Estocolmo, em 1972³⁵⁶.

Nesse sentido, consolidando os avanços iniciados com o lançamento da Política Nacional do Meio-Ambiente (Lei nº 6.938/81), o constituinte de 1988 alçou o meio ambiente ecologicamente equilibrado a uma condição de essencialidade à qualidade da vida humana e de direito do cidadão, como declarado no Art. 225:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Os parágrafo primeiro do Art. 225 traz tarefas fundamentais para a efetivação do direito trazido em seu caput (SILVA, 2005), dispondo, no inciso VII do §1º, sobre obrigação de proteção da fauna e da flora, sendo vedadas, na forma da lei, práticas que: a) coloquem em risco a função ecológica da fauna e da flora; b) provoquem a extinção de espécies; c) submetam os animais à crueldade. Os demais parágrafos compõem, conforme magistério de José Afonso da Silva, um terceiro conjunto de normas do Art. 225, destinadas a conferir regulamentação direta a determinadas áreas de conteúdo ecológico sensível (SILVA, 2011).

A proteção do meio-ambiente natural, todavia, não se restringe ao Capítulo VI da Ordem Social na Constituição. Podemos encontra-la, por exemplo, no Artigo 5º, que arrola em seu inciso LXXIII a garantia constitucional da ação popular para enfrentar o ato lesivo ao meio-ambiente; e no Artigo 129, inciso III, que coloca entre os objetivos da ação civil pública, e portando da atuação institucional do Ministério Público, a proteção do meio-ambiente. No tocante à Constituição Econômica, o meio-ambiente é tutelado enquanto princípio geral da atividade econômica (Art. 170, inciso VI) e enquanto requisito para o atendimento da função social da propriedade (Art. 186, inciso II).

Em 6 de junho de 2017, foi promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a Emenda Constitucional nº 96, que acresceu a este terceiro conjunto de normas o §7º³⁵⁷. A redação do parágrafo acrescido proporciona uma interação entre o direito fundamental a um meio-ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à cultura, objeto dos artigos 215 a 216-A da Carta Magna.

No conflito de interesses entre a garantia a todos do pleno exercício dos direitos culturais (Art. 215, caput), e do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225, caput), o constituinte derivado deu primazia àquele, desconsiderando como ‘cruéis’ práticas desportivas que utilizem animais simplesmente por se configurarem como ‘manifestações culturais’, reservando à lei o dever de assegurar o bem-estar dos animais envolvidos.

A presente Reforma Constitucional originou-se num contexto de ampla discussão pública acerca dos resultados da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.983, proveniente do Estado do Ceará, que declarou a incompatibilidade entre a prática desportiva da “vaquejada” e o conteúdo do Artigo 225, §1º inciso VII, como ver-se-á adiante.

1.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AO ART. 225, §1º, INCISO VII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Na ponderação de interesses entre o direito à cultura e o direito animal (cristalizado dentro do direito a um meio-ambiente ecologicamente equilibrado), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclinou-se firmemente em favor deste último. Podemos destacar quatro julgados principais, na vigência desta ordem constitucional: o Recurso Extraordinário (RE) 153.351/SC, e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, 3.776-5/RN e 4.983/CE.

O Recurso Extraordinário 153.³⁵¹ originou-se de uma ação civil pública, promovida por uma associação protetiva dos animais, que exigia que o poder público estadual obstaculizasse a realização da “Farra do Boi”³⁵⁸, prática cultural do litoral de Santa Catarina, com fundamento na vedação do Art. 225, §1º, inciso VII.

O pedido foi relatado pelo Ministro Francisco Rezek, e apreciado pela Segunda Turma do STF em junho de 1997. Durante o julgamento, desenvolveram-se duas teses. A primeira, do Relator, não aceitou o argumento do Tribunal ad quo, segundo o qual a “Farra do Boi” não se constituiria como prática cruel contra animais, mas como manifestação cultural. O Tribunal também havia alegado que, apesar de a manifestação cultural conduzir aos atos de crueldade, o Poder Público estava atento para, na forma da lei, punir estes atos. O Relator, por seu turno, argumentou:

“Em que consiste essa prática, o país todo sabe. (...) Há coisas repulsivas aqui narradas por pessoas da sociedade catarinense, (...) e por instituições comprometidas com o primado da Constituição no que se refere à proibição da crueldade para com animais. Não posso ver como juridicamente correta a ideia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso.” (BRASIL, 1998, f.400).

A contrario sensu, entendeu o Min. Maurício Corrêa que o preceito constitucional da vedação das práticas cruéis contra animais não tinha a extensão de cassar a legitimidade da manifestação cultural. A crueldade animal ora suscitada constituía matéria de prova, quaesto facti, e que não poderia ser apreciada em Recurso Extraordinário³⁵⁹. Caso a “Farra do Boi” viesse a ocasionar práticas lesivas ao animal, seus responsáveis estariam passíveis de enquadramento pela Lei de Contravenções Penais³⁶⁰, o que poderia ser atendido de pronto pelo Estado de Santa Catarina, cumprindo com o dever do Art. 225, VII.

Os demais magistrados da Segunda Turma, Min. Marco Aurélio e o Min. Néri da Silveira, seguiram o entendimento do Relator, provendo o recurso. O Min. Néri da Silveira sugeriu uma interpretação do Art. 215 da Constituição, que garante o pleno exercício dos direitos culturais, à luz dos fundamentos e dos objetivos fundamentais da República, arrolados entre estes a dignidade humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Para o magistrado:

A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais (...) A Constituição, pela vez primeira, tornou isso preceito constitucional, e, assim, não parece que se possam conciliar determinados procedimentos, certas formas de comportamento social, tal como a denunciada nos autos, com esses princípios, visto que elas estão em evidente conflito, em inequívoco atentado a tais postulados maiores. (BRASIL, 1998, f. 417).

Seguindo este entendimento, em sede das ADI's 2514/SC e 3776/RN, o Supremo Tribunal Federal decretou a inconstitucionalidade das chamadas "rinhas de galo", que haviam sido regulamentadas pelos estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Norte, respectivamente. Em 2011, em sede da ADI 1.856/RJ, o Supremo declarou a invalidez de legislação estadual fluminense que autorizava as competições galísticas em exposições e competições no Rio de Janeiro.

A ADI 4.983/CE envolveu a impugnação de lei estadual cearense (15.299/2013), que regulamentava a prática da "vaquejada"³⁶¹ no Estado, considerando-a enquanto manifestação desportiva e cultural. A Procuradoria-Geral da República defendeu a inconstitucionalidade com fulcro no Art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal, posição que foi seguida também pela Advocacia Geral da União. A petição foi acompanhada de laudos comprobatórios dos prejuízos causados à saúde e ao bem-estar animal pela participação nas vaquejadas³⁶². O Governo do Estado do Ceará, por outro lado, defendeu o direito do povo nordestino à sua manifestação cultural, além de alegar a importância econômica da prática para a região.

Na harmonização de interesses entre o Art. 215 e o Art. 225 da Constituição, o Relator da Ação, Min. Marco Aurélio Melo, afirmou em seu voto que, além de ser adequada a sua aplicação naquele caso:

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura. (BRASIL, 2016, p. 12).

Em sentido contrário, o Min. Gilmar Mendes trouxe à baila o Art. 217, IV da Constituição, que impõe ao Estado o dever de fomentar práticas culturais, em especial protegendo manifestações desportivas de caráter nacional. Desse modo, a declaração de inconstitucionalidade teria como consequência o desmonte de todo um ‘sistema regional de cultura’; além disso, segundo o magistrado, a vaquejada teria diferenças substanciais para a “farra do boi” e para as “rinhas de galo”, uma vez que a morte e a judiação do animal não são regras nem objetivos da prática. A decisão final da Egrégia Corte foi, por maioria, no sentido de determinar a discrepância entre a vaquejada e a Lei Maior³⁶³.

1.2 TRAMITAÇÃO DA REFORMA CONSTITUCIONAL

Promulgada pelo Congresso Nacional em 6 de junho de 2017, a Emenda Constitucional nº96 acresceu o §7º ao Art. 225 da Constituição Federal³⁶⁴, dispondo que as práticas desportivas que correspondessem a manifestações culturais não seriam consideradas práticas cruéis aos animais. Isto em seguida da aprovação da Lei nº 13.364/2016 que definiu o rodeio, a vaquejada e correlatas como patrimônio cultural imaterial nacional.

Para Micaela Lamounier, a Emenda Constitucional nº 96 pode ser considerada como uma manobra à decisão do STF em sede da ADI 4.983/CE365. Invocando, entre outros, o princípio da proibição do retrocesso ambiental, o Ministério Público Federal interpôs as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.728 e 5.772, almejando a impugnação da Emenda e da referida lei ordinária, ambas pendentes de análise no Supremo Tribunal Federal.

A seguir, buscar-se-á analisar os principais argumentos que podem resguardar a norma protetiva do inciso VII (Art. 225, §1º) diante da Emenda Constitucional nº 96/2017, levando em consideração a ascensão da tutela animal no direito brasileiro.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL A UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Uma vez apresentada a problemática latente à declaração de constitucionalidade em discussão, faz-se mister discutir o Estado da Arte no tocante ao status constitucional e fundamental das normas relativas ao meio-ambiente, para, na seção seguinte, avançar-se às implicações práticas destes postulados.

Partindo de pertinente observação de Antonio Herman Benjamin³⁶⁶, a ascensão constitucional do meio- ambiente não foi produto de simples modismo ou capricho do legislador: tem-se o resultado de uma profunda experimentação jurídico-ecológica, calcada no plano do ser por uma crise ambiental de

ampla magnitude, observada a partir da segunda metade do século XX³⁶⁷. Desse modo, cabe discorrer e aprofundar as razões de ordem moral e jurídica que levaram ao ‘esverdeamento’ do Direito nas últimas décadas, permitindo uma compreensão do locus jurídico do direito animal nesse contexto.

2.1 A ‘ECOLOGIZAÇÃO’ DO DIREITO: RAÍZES DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Sem a pretensão de esgotar a temática, podem ser mencionadas duas tendências metajurídicas que contribuíram fortemente para a constitucionalização do meio-ambiente: a ascensão do paradigma da ‘sociedade de risco’ e dos direitos fundamentais de terceira dimensão. O constitucionalismo que emergiu na segunda metade do Século XX superou as dicotomias Indivíduo/Indivíduo e Estado/Indivíduo para se ater a preocupações maiores³⁶⁸, de caráter transindividual, dando lugar, a um solidarismo positivo³⁶⁹, em que sujeitos públicos e privados confundem-se juridicamente para a tutela de um bem, neste caso, o meio-ambiente natural.

Em segundo lugar, surgem os direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão, calcados no princípio da solidariedade. Segundo Paulo Bonavides, esses direitos possuem como destinatário “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sumos de afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”, integrando o seu conteúdo, entre outros, o direito ao desenvolvimento e ao meio-ambiente³⁷⁰.

Deve-se lembrar que, conforme a visão Norberto Bobbio, os direitos tidos como fundamentais não têm caráter perpétuo; pelo contrário, são produto das circunstâncias e valores humanos em um determinado tempo³⁷¹. Nasceram, portanto, gradualmente, e têm como característica preponderante sua historicidade. Apesar de não existir consenso quanto aos limites nítidos desta terceira geração de direitos, o doutrinador italiano inclui neste rol a consciência ecológica³⁷².

A partir dos anos 1970 iniciou-se o desenvolvimento dos marcos jurídicos fundamentais acerca do tratamento do meio-ambiente. O mais notável deles foi a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, conhecida como Carta de Estocolmo, que proclamou o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado enquanto princípio integrante da concepção de dignidade humana:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de

vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. (ONU, 1972)

A doutrina e a experiência internacionais repercutem a essencialidade deste documento, que embasou desenvolvimentos posteriores no âmbito das Nações Unidas, como a *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*, proclamada pela UNESCO em 1978; a *Carta Mundial pela Natureza*, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1982; e a *Carta da Terra*, um entre vários diplomas internacionais oriundos da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992.

No entanto, a ascensão internacional do movimento ecológico repercutiu fortemente nos ordenamentos jurídicos internos, no íterim de um processo denominado de ‘constitucionalismo global’, marcante nas décadas finais do século XX. A partir das década de 1970, novas Cartas e reformas constitucionais buscaram integrar o Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, a exemplo das Constituições portuguesa (1976), espanhola (1978), brasileira (1988), argentina (1994) e das reformas constitucionais alemã (1994) e francesa (2005).

2.2 BASES PARA O CARÁTER FUNDAMENTAL DO DIREITO AO MEIO-AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Conforme a doutrina (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017), a efetiva incorporação do princípio da solidariedade (sobre o qual, enfatize-se, edificam-se os direitos de terceira dimensão) levou a um novo paradigma do Estado de Direito, chamado pela doutrina de *Estado Socioambiental de Direito*. Não é à toa que a Constituição brasileira de 1988 deu à solidariedade o posto de objetivo fundamental da República (Art. 3º, I); trata-se de uma concepção ampliada da missão civilizatória e, portanto, constitucionalizadora:

“O novo modelo de Estado de Direito (...) objetiva conciliar direitos liberais, direitos sociais e direitos ecológicos num mesmo projeto jurídico-político para a comunidade estatal e o desenvolvimento existencial do ser humano. (...) O princípio da solidariedade aparece, nesse cenário, como mais uma tentativa histórica de realizar na integralidade o projeto da modernidade, concluindo o ciclo dos três princípios revolucionários.”. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 65)

Os direitos de terceira geração, portanto, coroados uma etapa do processo civilizatório, integrando-se ao patrimônio inderrogável dos direitos humanos. Segundo Paulo Bonavides, estas três gerações de direitos conduziram ao advento de uma nova universalidade dos direitos fundamentais, colocando-os “desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia” (BONAVIDES, 2008). Desse modo, não devem prosperar as posições que restringem os direitos e garantias fundamentais ao conteúdo clássico dos direitos individuais e sociais. Para além dos

entendimentos doutrinários aqui apontados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou-se no reconhecimento do meio-ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto um direito de terceira dimensão, como um valor fundamental e inexaurível³⁷³.

Em virtude do Princípio da Unidade, a Constituição Federal precisa ser interpretada de modo sistêmico, de modo a impedir a identificação de antinomias em seu texto. Em síntese do que já foi apresentado em termos de doutrina e jurisprudência, podemos elencar como bases constitucionais para o caráter fundamental da proteção ao meio-ambiente: a) sua conexão com a dignidade da pessoa humana e o gozo integral do direito à vida (CF, Art. 1º, III e Art. 5º, caput); b) o objetivo fundamental da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, I); c) seu reconhecimento enquanto direito transindividual (Art. 5º, LXXIII e Art. 129, III); d) seu reconhecimento enquanto princípio geral da atividade econômica e orientador da função social da propriedade (Art. 170, VI e Art. 186, II).

A evolução da consciência humana acerca da natureza levou ao reconhecimento das consequências nocivas desempenhadas pela exploração econômica desenfreada sobre a própria qualidade de vida dos indivíduos. Sem sustentabilidade no aproveitamento dos recursos naturais, estes passam a carecer em quantidade e qualidade, restringindo as possibilidades do desenvolvimento, além de, ao afetarem recursos vitais à sobrevivência, prejudicarem a própria saúde humana. Desse modo, o gozo integral do direito à vida digna resta prejudicado pelo descuido do Poder Público e da sociedade em geral na preservação do meio-ambiente.

Nesse sentido, o magistério de Edis Milaré compreende que o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado através do Art. 225 da Lei Maior, “é pressuposto lógico e inafastável da realização do direito à sadia qualidade de vida e, em termos, a própria vida.” (MILARÉ, 2015). O direito ao meio ambiente, portanto, caracteriza-se enquanto direito subjetivo fundamental, compondo, inclusive dos direitos da personalidade³⁷⁴.

Em segundo lugar, a proteção ecológica relaciona-se à construção de uma sociedade livre, justa e solidária na medida em que se considera o compromisso intergeracional, isto é, o dever ético do presente em assegurar oportunidades semelhantes de liberdade e desenvolvimento para as sociedades futuras. No julgamento do MS 22.164/SP, o voto vencedor do relator, o Min. Celso de Mello, considerou que, como o meio-ambiente é um bem de uso comum e essencial, há um verdadeiro dever de solidariedade capaz de prevenir a irrupção de verdadeiros ‘conflitos intergeracionais’ (BRASIL, 1995. p. 1176).

3. A SENCIÊNCIA ANIMAL E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Uma vez reconhecido o caráter fundamental do direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ainda relacionar o Direito Animal e a Constituição Federal, através dos mais recentes desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência.

O “direito animal” ou “direito dos animais” corresponde a um novíssimo ramo da ciência jurídica, destinado a compreender o animal não-humano enquanto igualmente titular de direitos diante do ordenamento jurídico produzido pelo animal humano. Para Mery Chalfun (2016), o direito animal pode ser compreendido enquanto um novo direito fundamental, em formação. Esta autora faz ainda uma referência a Norberto Bobbio, que também considerou, na análise do panorama evolutivo dos direitos fundamentais, a sua extensão a novos sujeitos, como os animais (BOBBIO, 2004).

3.1 CONCEPÇÕES ANTROPOCÊNTRICA E BIOCÊNTRICA DO DIREITO

A concepção kantiana de dignidade humana, esta compreendida como um fim em si mesmo que leva ao imperativo da igualdade entre os homens, está assentada na autonomia dos sujeitos. Segundo esta perspectiva, a autonomia (fenômeno volitivo) identifica-se com o atributo da racionalidade, que, por sua vez, é restrito à espécie humana. Os animais, portanto, não teriam dignidade nem poderiam ser considerados sujeitos de direitos (MARTINI; AZEVEDO, 2018).

Jeremy Bentham, por outro lado, compreende em sua filosofia utilitarista que a igualdade se identifica não com a racionalidade, mas com a possibilidade de esboçar sentimentos (dor, alegria) de modo similar (BENTHAM, 2017, p. 143). Conforme Peter Singer, “a capacidade de sofrimento e alegria é (...) suficiente para que possamos afirmar que um ser tem interesses - a um nível mínimo absoluto, o interesse de não sofrer.” (SINGER, 1975, p. 24). Sem discutir a questão dos direitos, depreende-se, pois, da teoria de Bentham, uma defesa ancestral da igualdade entre o animal humano e o não-humano.

O biocentrismo, portanto, é a perspectiva ambientalista que vê as formas de vida não-humanas como igualmente dotadas de um valor jurídico per se, ou seja, que lhes é intrínseco (Martini & Azevedo, 2018). No entanto, a história do Direito Positivo marcou-se muito mais pela perspectiva racionalista-kantiana. O ordenamento jurídico construiu-se sobre uma base antropocêntrica, isto é, enunciando e restringindo direitos para o animal humano, tendo-o como componente único e absoluto do fenômeno moral e normativo.

3.2 A SENCIÊNCIA ANIMAL ENQUANTO RESULTADO DE UM PARADIGMA CONSTITUCIONAL HOLÍSTICO

O antropocentrismo resistiu à emergência das novas dimensões de direitos, proclamadas a partir do século XX. Mesmo em relação ao Direito Ambiental, prevaleceu a noção de que as normas protetivas do meio-ambiente justificam-se na medida de sua utilidade para a dignidade e o desenvolvimento humanos; como visto na seção anterior, a ascensão do direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental pode ser justificada simplesmente a partir da teoria dos direitos humanos.

Todavia, a ciência do Direito não ficou alheia a determinadas nuances e singularidades que, implicitamente, apontam para um rumo diverso do antropocêntrico. O próprio ‘constitucionalismo global’ que fez emergir os direitos de terceira geração desenvolveu-se no mesmo tempo histórico das reivindicações acerca da Libertação Animal. A Constituição brasileira de 1988 não se quedou imune a estas transformações. Seu conteúdo não é exclusivamente antropocêntrico.

Deriva isto, em parte, de uma compreensão holística da tutela constitucional do meio-ambiente (BENJAMIN, 2015, p.110). O holismo é uma forma científica de compreensão dos fenômenos que os considera como partes de um sistema complexo, este maior e mais determinante que a própria soma das partes. Numa perspectiva ambientalista, implica compreender o fenômeno jurídico dentro de um sistema natural, ecológico e universal, que o engloba³⁷⁵. Benjamin sintetiza a aplicação deste pensamento nos processos de constitucionalização:

“A constitucionalização do ambiente emerge, nos primeiros momentos, em fórmula estritamente antropocêntrica, espécie de componente mais amplo da vida e dignidade humanas; só mais tarde, componentes biocêntricos são borrifados no texto constitucional ou na leitura que deles se faça; nesse último caso, pelo menos, mitigando a vinculação normativa exclusiva a interesses de cunho estritamente utilitarista.” (BENJAMIN, 2015, p.90).

Com a devida vênia das opiniões contrárias³⁷⁶, alinha-se aqui ao entendimento de vigorosa doutrina (BENJAMIN, 2015. SARLET; FENSTERSEIFER, 2017), de que a Constituição Federal de 1988 adotou um paradigma antropocêntrico alargado, ao qual se denomina antropocentrismo *moderado* ou *ecológico*. A proteção dos processos ecológicos essenciais e do bem-estar animal, por exemplo, não representam uma funcionalização da norma em relação à utilidade destes fenômenos para o homem, como defende Fiorillo (2014), mas uma *dimensão objetiva de proteção*, reconhecendo “um valor – que, também por implicar em deveres jurídicos de tutela e promoção, poderia muito bem ser denominado de “dignidade”(SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 106).

A senciência, por sua vez, relaciona-se à capacidade de sentir dor e prazer. O antropocentrismo moderado, a partir do holismo³⁷⁷, justifica o reconhecimento do *princípio da senciência* animal e sua aplicação no Direito Ambiental (SIRVINSKAS, 2017), como se depreenderá do julgado a seguir.

O Min. Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, afirmou em seu voto-vista na ADI 4.983/CE que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a senciência animal. Tratou-se de uma tutela autônoma dos animais, não devendo prosperar os argumentos no sentido de que se trata de uma norma meramente instrumental ao interesse humano. Para o magistrado, o constituinte optou por um antropocentrismo moderado, uma vez que os diversos parágrafos e incisos do Art. 225 mitigam o antropocentrismo puro de seu *caput*.

Em geral, as normas protetivas dos animais têm sido consideradas como integrantes do direito ao meio- ambiente ecologicamente equilibrado; no entanto, é incoerente com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendê-las desta maneira. Para o Min. Barroso, em nenhum dos precedentes analisados pela Corte acerca do tema (notadamente, os episódios da “farra do boi” e das “rinhas de galo”), as práticas impugnadas causavam, por si só, um desequilíbrio ambiental. Sendo assim, conclui:

A vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie. (BRASIL, 2016, p. 17).

A constante evolução do pensamento humano permeia o direito pelos caminhos de sua mutabilidade. Conclui-se que o dinamismo da doutrina e da jurisprudência encaminham-se para o reconhecimento da dignidade animal³⁷⁸ de modo amplo no Brasil, do mesmo modo que já fizeram outros ordenamentos jurídicos. Há, inclusive, nacionalmente, o florescimento de iniciativas legislativas no sentido de resguardar o bem-estar animal, vide a aprovação recente do *Código de Direito e Bem-estar Animal da Paraíba*, proporcionando uma tutela jurídica autônoma e sancionatória para os sencientes.

No entanto, este reconhecimento da tutela autônoma do Direito Animal diante do Direito Ambiental não é suficiente para garantir a eficácia do Art. 225, §1º, inciso VII, prejudicada pela EC nº 96/2017. O Poder Constituinte Derivado (ou Poder Reformador) alçou a nível constitucional uma exceção que,

dado o altíssimo grau que uma Emenda Constitucional goza na pirâmide normativa, só pode ser enfrentada pelos limites materiais de reforma (cláusulas pétreas).

O Direito Animal não possui, ainda, repercussão e autonomia constitucionais suficientes para se configurar enquanto cláusula pétrea. O reconhecimento do caráter bioprotetor da Constituição, apesar de autônomo quanto à vedação do tratamento cruel a animais, não espalhou-se por todo o texto, doutrina e jurisprudência constitucionais. Como visto, para a maior parte da comunidade jurídica nacional, a Constituição possui um viés antropocêntrico moderado, e não biocêntrico ou ecocêntrico.

Devido ao caráter intrinsecamente conservador da ciência jurídica, muita ainda é a resistência dos doutrinadores e juristas (MILARÉ, 2015, p. 115). Logo, a defesa do inciso VII face à investida reformadora do §7º faz com que não se possa prescindir do Direito Ambiental, que em seu arcabouço protetivo, já se consolidou como valor central da Constituição.

4. A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL COMO CLÁUSULA PÉTREIA CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA

4.1 APRESENTAÇÃO DO PRINCÍPIO

As mais recentes inovações na doutrina ambientalista têm defendido a incorporação do princípio da proibição do retrocesso ao direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Isto é, defende-se a extensão, para os chamados direitos de terceira geração, de um princípio já aplicado aos direitos individuais e sociais, qual seja, uma eficácia negativa (BARROSO, 2009, p. 380) que resguarde a intangibilidade dos direitos fundamentais.

A proibição do retrocesso é um derivativo também do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, trazida pela Constituição Federal no §1º de seu Art. 5º. A eficácia de um direito é obtida a partir de sua regulamentação; é paradigmática, nesse sentido, a decisão nº 39/1984 do Tribunal Constitucional Português, que declarou a inconstitucionalidade de uma lei reformadora do Serviço Nacional de Saúde, proclamando que, ao instituir um direito fundamental, o Estado se obrigava, também, a não suprimi-lo (PORTUGAL apud PRIEUR, 2012).

A não-regressão em matéria de direitos humanos é um instrumento prático, inafastável e implícito, uma vez que a finalidade da proclamação destes direitos é justamente o progresso civilizatório. O

meio-ambiente e os direitos humanos constituem uma exceção ao princípio da mutabilidade do direito, dado o compromisso progressivo intergeracional que se amolda à finalidade destes direitos³⁷⁹.

Seria, portanto, uma contradição principiológica do Direito Ambiental permitir que a vontade do legislador ou do administrador vulnere a melhoria das condições de bem-estar socioambiental. As noções de progresso humano (Art. 4º, IX) e desenvolvimento nacional (Art. 3º, II), trazidas pelo legislador constituinte, englobam o alvorecer de uma prosperidade em sentido material e imaterial, isto é, englobando valores próprios dos princípios da solidariedade³⁸⁰.

A proibição ao retrocesso é, pois, um atributo comum de toda a trílice dos direitos fundamentais (individuais, sociais e da solidariedade)³⁸¹.

Fiorillo, por outro lado, aponta para a desnecessidade da importação autônoma do referido princípio, uma vez que a Constituição Federal estrutura o bem ambiental enquanto essencial à sadia qualidade de vida, sendo, pois, abarcado pelo piso vital mínimo estabelecido do Art. 6º constitucional³⁸². Antes de se compreender a problemática a partir de um novo referencial normativo, defende o autor que atente-se primeiro à já suficiente compatibilidade entre o direito ambiental constitucional e a dignidade da pessoa humana.

Antonio Herman Benjamin ressalva que, para que haja a incidência do princípio da proibição do retrocesso, é preciso que tenha sido atacado o “núcleo essencial do direito fundamental”³⁸³. Completa Milaré que, portanto, não há retrocesso se uma nova regulamentação preserva o resultado prático da norma fundamental protetiva³⁸⁴.

4.2 JURISPRUDÊNCIA APLICADA

Os Tribunais Superiores do Brasil têm cada vez mais reconhecido e procurado incorporar em suas decisões a vedação ao retrocesso em matéria ambiental. Esta postura insere-se num contexto de afirmação de normas fundamentais proclamadas, que buscam abandonar um caráter meramente programático e ‘ornamental’, legitimador do texto constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui duas decisões paradigmáticas neste sentido, datadas de 2010: o EREsp 418.526/SP, relatado pelo Min. Teori Zavascki e o REsp 302.906/SP³⁸⁵, relatado pelo Min. Herman Benjamin. Neste último processo, o Tribunal entendeu que o princípio da não-regressão serve de garantia para que “os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes”³⁸⁶.

Já no Supremo Tribunal Federal, não é recente o reconhecimento da vedação ao retrocesso na esfera dos direitos de primeira e segunda geração. Na decisão do ARE 639.337/SP, entendeu o Relator, Min. Celso de Mello, que este princípio informa uma dimensão negativa quanto aos direitos sociais de natureza prestacional³⁸⁷. Tem-se um verdadeiro obstáculo à desconstituição de “conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.”³⁸⁸. Por outro lado, durante o julgamento da ADI 4.350/DF, o Relator, Min. Luiz Fux, entendeu que a aplicação deste princípio não pode prejudicar o dinamismo da atuação do poder público, principalmente quando não está sob ataque o “núcleo fundamental das garantias sociais”³⁸⁹.

Nos recentes debates acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.901³⁹⁰, a Egrégia Corte aplicou, parcialmente, o entendimento mencionado no parágrafo anterior aos direitos de terceira dimensão. A referida ADI teve como objeto de impugnação uma série de dispositivos do Código Florestal que, entre outras disposições, reduziam a área de reserva legal e a dispensavam quando da construção de determinados empreendimentos. Segundo a Min. Cármen Lúcia, o Código Florestal transformou-se na lei “mais debatida desde a Constituinte” (Ibid.).

O Procurador-Geral da República arguiu na inicial que a dispensa de constituição de reserva legal violava, entre outros, o dever geral de proteção ambiental do Art. 225 e o princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental. Considerando este postulado, a Min. Cármen Lúcia ressaltou, em seu voto, que, apesar de a vedação ao retrocesso não poder “engessar a ação legislativa e administrativa”:

(...) as medidas que restringem direitos sociais ou ecológicos devem ser submetidas a um rigoroso controle de constitucionalidade que avalie sua proporcionalidade e sua razoabilidade, bem como seu respeito ao núcleo essencial dos direitos socioambientais, sob pena de irreversibilidade dos prejuízos às presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2018, p.22).

O Min. Luiz Fux, relator da ADI 4.901³⁹¹, trouxe em seu voto diversas reflexões acerca da extensão do princípio da vedação ao retrocesso. Entendeu o magistrado que este postulado origina-se para coibir a omissão estatal no tocante a direitos fundamentais trazidos pela Constituição, não podendo ser alegado diante de uma mera redistribuição de recursos feita pelo Poder Público.

A escassez é um elemento inescapável da realidade, incumbindo, portanto, à Administração reordenar os recursos públicos de acordo com a escolha de certas prioridades. A vedação ao retrocesso não pode engessar as opções político-administrativas do poder constituído, desprezando a função apaziguadora de conflitos do legislador democrático. “Sustentabilidade não pode ser confundida com estabilidade”,

isto em citação direta do voto do relator. A justiça intergeracional demanda igualmente que se pavimente o caminho de um desenvolvimento econômico dinâmico para as sociedades futuras.

4.3 PROTOCOLO DE SAN SALVADOR APLICADO AO ART. 5º, §2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A consolidação do status constitucional do Direito Animal no Brasil vulnera-se diante da resistência do Estado-juiz brasileiro (e de parte da doutrina ambientalista) em admitir o status jurídico do princípio da senciência. Sendo assim, como pacificar o entendimento acerca do caráter jufundamental deste princípio? Como resguardar a dignidade animal sem depender da ‘índole conservadora’ que domina a atividade jurídica³⁹²?

Seguindo o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer³⁹³, aponta-se aqui para o chamado Controle de Convencionalidade das normas, que tem seu paradigma assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através do RE 466.343/SP, julgado em 03 de dezembro de 2008³⁹⁴. Ele pode ser definido enquanto “o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos.”³⁹⁵.

Isto ocorre uma vez que, segundo Mazzuoli, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos têm, por força do §2º do Art. 5º da CF³⁹⁶, status de norma materialmente constitucional. Esta posição, defendida no Supremo Tribunal Federal pelo Min. Celso de Mello, foi vencida pela tese da supralegalidade, trazida em voto-vista do Min. Gilmar Mendes, isto em sede do RE 466.434/SP.

Conforme o posicionamento vencedor- ainda – no STF, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acresceu o §3º ao Art. 5º da CF, têm status supralegal. Desse modo, por ser superior hierárquico de qualquer legislação ordinária, tratado internacional que disponha de modo mais favorável que a Constituição em matéria de direitos fundamentais paralisará a eficácia do dispositivo constitucional conflitante, uma vez que tornará inconvenção toda a legislação ordinária acerca do tema. Foi isto que aconteceu com a parte final do Art. 5º, LXVII, que dispunha acerca da prisão do depositário infiel e seu conflito com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José).

Todavia, ressalte-se que vigorosa doutrina nacional defende o status materialmente constitucional destes tratados (Ingo Sarlet, Valério Mazzuoli, Flávia Piovesan, Cançado Trindade, Luís Flávio Gomes, entre outros). É tendência montante que, ao reapreciar a matéria por alguma via, o STF altere o posicionamento adotado por tênue maioria em 2008.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), documento-base do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é um tratado internacional proclamado em San José, Costa Rica, em 1969, e ratificado pelo Brasil no ano de 1992. O Artigo 26 da CADH garante a proteção de direitos econômicos, sociais e culturais, estes a serem reforçados pelos signatários através de outros documentos de cooperação internacional³⁹⁷.

Em 1988, os signatários do Pacto de San José elaboraram o Protocolo Adicional à CADH em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, o chamado “Protocolo de San Salvador”, ratificado pelo Brasil em 1996, nos termos do Artigo 77 da CADH³⁹⁸. Este estabelece a obrigação geral dos Estados em adotar medidas “a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos” (Artigo 1)³⁹⁹. Em suas regras de interpretação, dispõe que os Estados não poderão restringir os direitos reconhecidos no Protocolo sob a arguição que este os reconhece em menor grau (Artigo 4), ou adotar medidas que contrariem o seu valor central (Artigo 5).

O Artigo 11 do Protocolo de San Salvador reconhece o meio-ambiente enquanto direito fundamental (PRIEUR, 2012; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017), nos termos seguintes:

Artigo 11

Direito a um meio ambiente sadio

1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.
2. *Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.* (grifei).

Ora, nenhuma disposição integra um tratado internacional sobre direitos fundamentais com um caráter meramente ornamental. O conteúdo do parágrafo 11.2 do Protocolo de San Salvador informa, *in fine*, o *princípio da proibição do retrocesso ambiental*. A *contrario sensu*, pois, os Estados não devem, à luz do Protocolo, promover medidas que não contribuam para o *melhoramento do meio ambiente*.

Fazendo analogia à jurisprudência nacional, o Superior Tribunal de Justiça adotou interpretação *a contrario sensu* semelhante no tocante à Política Nacional do Meio Ambiente. Entendeu o Tribunal em sede do REsp 769.753/SC que o conteúdo do Art. 2º, *caput*, da Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) informa o reconhecimento do *princípio da melhoria da qualidade ambiental*, impedindo a permanência de um hotel em área de preservação ecológica.

Logo, por força do Protocolo de San Salvador, o *princípio da proibição do retrocesso ambiental* encontra guarida convencional⁴⁰⁰, e, na ordem jurídica interna, tem *status* mínimo de norma supralegal⁴⁰¹.

4.4 LIMITES MATERIAIS DE REFORMA CONSTITUCIONAL: A SALVAGUARDA DO DIREITO DOS ANIMAIS DIANTE DA EC Nº 96/2017

As Constituições conformam um marco jurídico contramajoritário. São feitas para durar, perpetuando para as sociedades futuras direitos e garantias fundamentais e programas de desenvolvimento. Todavia, o modo de assegurar estes marcos protetivos alteram-se com o passar do tempo: novas provisões são estabelecidas, novas prioridades são reconhecidas pelas autoridades democráticas. Logo, estabelece-se o Poder Reformador (também chamado de ‘constituente derivado’), capaz de suprimir, alterar ou acrescentar disposições à Lei Fundamental original.

No Direito Constitucional Brasileiro, o Poder Reformador encontra-se numa posição inferior em relação ao Poder Constituinte⁴⁰². Isto porque a Constituição impôs limites materiais à reforma constitucional, conhecidos como cláusulas pétreas. As cláusulas pétreas classificam-se em explícitas e implícitas, de acordo com seu grau de indeterminação. Cláusulas pétreas explícitas são aquelas enumeradas nos incisos do Art. 60, §4º constitucional⁴⁰³, enquanto as implícitas difundem-se por todo o texto da Lei Maior, inexistindo consenso quanto à sua determinação.

Ponto forte de discussão circunda o último inciso do Art. 60, §4º, ao referir-se aos “direitos e garantias individuais”. Para muitos, apenas o Artigo 5º estaria contaminado pela cláusula pétrea, excluindo os direitos sociais. A doutrina evoluiu, no entanto, no sentido de incluir as demais gerações de direitos sob a guarida do limite material de reforma, seja por considerar que a Constituição possui uma postura ampliativa em relação à essência do conceito de liberdade⁴⁰⁴, seja por considerar a salvaguarda dos direitos fundamentais, como um todo, enquanto cláusula pétrea implícita, ou que o próprio Art. 5º, §2º, amplia a noção de direitos e garantias fundamentais⁴⁰⁵.

Desse modo, uma Emenda Constitucional que introduza conteúdo destoante do preceituado por uma cláusula pétrea será considerado norma inconstitucional, desprovida de valor normativo por vulnerar a opção política fundamental.

A tutela do meio-ambiente ecologicamente equilibrado, face proeminente da terceira geração de direitos fundamentais, integra, portanto, os limites materiais de reforma, do mesmo modo que os direitos sociais.

Este é o magistério de José Rubens Morato Leite, Antonio Herman Benjamin⁴⁰⁶, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer⁴⁰⁷, além de posicionamento doutrinante da jurisprudência nacional⁴⁰⁸.

O princípio da proibição do retrocesso, trazido pela doutrina, jurisprudência e pelo Protocolo de San Salvador, integra o rol implícito das cláusulas pétreas? Pela concepção de Valério Mazzuoli⁴⁰⁹, Flávia Piovesan e Celso de Mello, repercutida na questão aqui apresentada por Sarlet e Fensterseifer, o Artigo 11 do Protocolo de San Salvador tem status materialmente constitucional, algo derivado da interpretação sistêmica do Art. 5º, §2º; logo, integra o limite material de reforma. Como a norma do §7º do Art. 225 deixa mais vulnerável o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado (seja numa perspectiva biocêntrica, antropocêntrica-moderada ou mesmo antropocêntrica) do que o regramento anterior, que era de uma norma de eficácia limitada por princípio programático, dotada de eficácia negativa, ela se invalida diante do princípio da vedação do retrocesso.

Seguindo-se a jurisprudência vencedora no RE 466.343/SP, o Protocolo de San Salvador teria posição normativa supralegal. Deste modo, preservar-se-ia o mandamento constitucional da Emenda nº 96, mas estariam prejudicadas as regulamentações infraconstitucionais previstas pelo §7º quando implicassem retrocesso ambiental. Tem-se aqui um problema jurídico de maior dimensão, avaliável somente em trabalho específico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão que aqui se propõe é: a Emenda Constitucional nº 96 tem valor constitucional diante dos limites materiais de reforma? Estes limites aqui alegados são dois: o do meio-ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito fundamental e o do princípio da proibição do retrocesso ambiental.

A resposta tende a uma dupla negativa. Primeiramente, vigorosa doutrina e inovadora jurisprudência aqui alegadas tendem a reconhecer que o paradigma antropocêntrico-moderado da norma do Art. 225,

§1º, inciso VII: ou seja, essa norma visa especificamente à proteção dos animais enquanto componentes de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, desprezando a sua funcionalidade para os homens. Logo, permitir a prática de crueldades contra animais é um ataque ao equilíbrio ecológico, ao vulnerar a dignidade de todas as formas de vidas sencientes e não-humanas, como prezado pela quase integralidade da jurisprudência do STF nesta matéria.

Em segundo lugar, três interpretações são possíveis ao considerar o princípio da proibição do retrocesso ambiental como uma cláusula pétrea. Um viés mais vanguardista pode considerá-lo um absoluto, integrado *prima facie* ao núcleo essencial do direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, contaminando-se pela inalterabilidade. Este, todavia, não comina de aquiescência pela jurisprudência pátria, tendente a relativizar e limitar a aplicação do princípio, como visto no julgado da ADI 4.901.

As duas outras alternativas emanam do Protocolo de San Salvador. Considerando o posicionamento majoritário da doutrina e defendido pelo Min. Celso de Mello no STF, o princípio da proibição do retrocesso trazido pelo Artigo 11 do Protocolo tem status materialmente constitucional e de direito fundamental, por força do Art. 5º, §2º, constituindo-se, logo, como limite material de reforma. Adotando-se a interpretação dominante no julgado do RE 466.343/SP, este mandamento teria caráter supralegal o que inviabilizaria a sua regulamentação em relação ao regramento jurídico anterior, com consequências jurídicas complexas e que demandam trabalho à parte.

Desse modo, na medida em que se considere a proteção à dignidade dos animais enquanto núcleo essencial do direito ambiental constitucional, preservando-se o entendimento adotado pela Corte, da fundamentalidade do direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, deve-se sim, aplicar o princípio da proibição do retrocesso para tornar inconstitucional a EC nº 96/2017 diante das ADIs já propostas. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal adotaria uma postura jurisprudencial coerente e de vanguarda, alinhada à concepção antropocêntrica moderada e aos direitos fundamentais de terceira geração.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Fraudes à constituição: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. In: Comissão de meio ambiente, defesa do consumidor, fiscalização e controle do Senado Federal (Org.). O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012.

BENTHAM, Jeremy. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Disponível em: <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>. Acesso em 18 jul. 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 302.906 – São Paulo. Relator: Ministro Herman Benjamin. Inteiro Teor do Acórdão, Documento 740334, 01 de dezembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.350– Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Coordenadoria de Análise e Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 23 de outubro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.901– Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Voto do Senhor Ministro Celso de Mello. Coordenadoria de Análise e Jurisprudência, 28 de fevereiro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983– Ceará. Relator: Ministro Marco Aurélio. Inteiro Teor do Acórdão. Coordenadoria de Análise e Jurisprudência, 06 de outubro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 – São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Coordenadoria de Análise e Jurisprudência, Dje nº 177, Acórdãos, 23 de agosto de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 22.164-0 – São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 30 de outubro de 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.531-8 – Santa Catarina. Relator: Ministro Francisco Rezek. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 13 de março de 1998,

CHALFUN, Mery. Questão animal sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal e os “aspectos normativos da natureza jurídica”. Revista de Biodireito e Direito dos Animais, Curitiba, v. 2, n. 02, pp. 56- 77, jul.- dez. 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GORDILHO, Heron José de Santana; FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. A vaquejada à luz da Constituição Federal. Revista de Biodireito e Direito dos Animais, Curitiba, v. 2, n. 02, pp. 56-77, jul.-dez. 2016.

LAMOUNIER, Micaela Afonso. A Emenda Constitucional nº 96/2017 e a manobra do Congresso Nacional. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017.

MARTINI, Sandra Regina; AZEVEDO, Juliana Lima de. Sobre a vedação constitucional de crueldade contra animais. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v.13, n. 01, pp. 55-95, jan.-abr. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORATO LEITE, José Rubens. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ONU. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. Disponível em:

<https://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolm_o.pdf>. Acesso em 20 jul. 2018.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. In: Comissão de meio ambiente, defesa do consumidor, fiscalização e controle do Senado Federal (Org.). O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012.

SANTOS, Samory Pereira. Os limites do direito animal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2017, 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Social, Porto Alegre, Notadez, n 4, 2004, p.35

SILVA, Gustavo Just da Costa. Os limites da reforma constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio; HIBNER, Davi Amaral. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v.13, n. 01, pp. 55-95, jan.-abr. 2018.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. SOUZA, Motaui Ciochetti de. Interesses difusos em espécie. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOTAS

Nota 1

³⁵⁴ “A nossa atual Constituição Federal adotou a tendência contemporânea de tutela dos interesses difusos e, em especial, do meio ambiente, colocando-o como direito constitucionalmente regulado de terceira dimensão. É a primeira Constituição brasileira a abordar expressamente essa problemática, abrindo um capítulo específico para tratar do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, em que a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País sejam preservadas.”. (AGRA, 2014, p. 873).

Nota 2

³⁵⁵ Vide, por exemplo, os Decretos nº 15.590/1924 (Regulamento das Casas de Diversões Públicas), nº 24.645/1934, e nº 5.893/43 (Código de Caça).

Nota 3

³⁵⁶ A Carta de Estocolmo é, na verdade, o documento principal oriundo da I Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada na capital sueca em 1972. Foi o documento paradigmático do movimento ambientalista contemporâneo.

Nota 4

³⁵⁷ § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Nota 5

³⁵⁸ De origem açoriana, consiste em prática coletiva destinada a provocar o animal em praça pública, até a sua exaustão.

Nota 6

³⁵⁹ “Não vejo como, em sede extraordinária, se aferir que as exacerbações praticadas por populares na realização desse tipo de cultura, que implicam sanções contravencionais, possam ser confundidas com essa prática cultural que tem garantia constitucional. Isso é uma questão de polícia e não de recurso extraordinário.”. (BRASIL, 1998, f.411).

Nota 7

³⁶⁰ Assim dispõe o Art. 64 da Lei de Contravenções Penais: “Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.” (BRASIL, 1941).

Nota 8

³⁶¹ Espécie de rodeio, consiste em prática desportiva que busca reproduzir as antigas “pegas de boi”, realizadas pelos vaqueiros para a reunião do gado, que pastava sem cercamentos, na pecuária antiga do Nordeste. Seu objetivo é, correndo a cavalo atrás de um boi em disparada, derrubá-lo antes de uma linha demarcativa.

Nota 9

³⁶² “O próprio ato de perseguir o animal e derrubá-lo apenas para o deleite do público é, por si só, um ato de crueldade. Além disso, são relatadas com certa frequência consequências muito nocivas da tração forçada na cauda e da derrubada do boi, tais como fraturas nas patas, traumatismos e deslocamento da articulação da cauda ou até a sua amputação. Outro detalhe reconhecido pelos próprios organizadores das vaquejadas diz respeito ao fato de o boi poder não conseguir se levantar após ser derrubado. Nessas situações, ainda assim, o julgamento da prova é realizado mesmo com o boi inerte no chão.” (GORDILHO; FIGUEIREDO, 2016, p. 89).

Nota 10

³⁶³ VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (BRASIL, 2016, p.1).

Nota 11

³⁶⁴ §7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvido. (BRASIL, 1988).

Nota 12

³⁶⁵ LAMOUNIER, 2017,

Nota 13

³⁶⁶ BENJAMIN, 2015.

Nota 14

³⁶⁷ “Difícilmente, na experiência comparada, encontram-se instâncias em que as transformações constitucionais de fundo sucedem por simples acidente de percurso ou capricho do destino. Aqui, sucede o mesmo, pois é a crise ambiental, acirrada após a Segunda Guerra, que libertará as forças irresistíveis, verdadeiras correntes que levarão à ecologização da Constituição, nos anos 70 e seguintes.”. (BENJAMIN, 2015, p. 85)

Nota 15

³⁶⁸ Sobre estas preocupações de magnitude que passaram a concentrar a atenção da ordem pública no Ocidente no pós- guerra, denominadas contextualmente de “sociedade do risco”, Cf. BECK, 1998.

Nota 16

³⁶⁹ BENJAMIN, 2015.

Nota 17

³⁷⁰ BONAVIDES, 2008.

Nota 18

³⁷¹ BOBBIO, 2014.

Nota 19

³⁷² “Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.” (BOBBIO, 2004, p.9)

Nota 20

³⁷³ Nesse sentido, cf. RE 134.297/SP, fls. 689-691. MS. 22.164/SP, fls. 1175-1179

Nota 21

³⁷⁴ “Com base em tantas premissas, forçoso concordar com Francisco Amaral, quando conclui: “O direito ao ambiente é um direito subjetivo fundamental, de natureza personalíssima, e tendo como função conservar um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado em favor do titular e de terceiros, inclusive de geração futura.”. (MILARÉ, p. 126).

Nota 22

³⁷⁵ Para Milaré, cabe ao fenômeno jurídico se adequar às determinações ecológicas: “Convindo em que o ecossistema planetário (ou o mundo natural) tem valor intrínseco por força do ordenamento do Universo, não apenas valor de uso, estimativo de troca, é imperioso que ele necessita da tutela do Direito pelo que ele é em si mesmo, independentemente das avaliações e dos interesses humanos. Se o ordenamento jurídico humano não os tutela, o ordenamento natural do Universo fará isso por sua própria força, independentemente de nossas prescrições positivas, eis que não raras vezes a Natureza vingou-se do homem e de suas agressões, e, certamente, continuará a fazê-lo.” (MILARÉ, 2015, p. 114).

Nota 23

³⁷⁶ Destaque-se, aqui, o posicionamento de Fiorillo: “o Art. 225, §1º, VII da Constituição Federal busca proteger a pessoa humana e não o animal. Isso porque a saúde psíquica da pessoa humana não lhe permite ver, em decorrência de práticas cruéis, um animal sofrendo. Com isso, a tutela da crueldade contra os animais fundamenta-se no sentimento humano, sendo esta – a pessoa humana – o sujeito de direitos.” (FIORILLO, 2014, p. 321).

Nota 24

³⁷⁷ “Dentro dessa hodierna visão holística do conceito de meio ambiente, o homem – como animal racional capaz de entender e compreender o valor de cada ser e suas relações ecossistêmicas – deve assumir o papel de gestor do ambiente, respeitando as normas primeiras que regem a natureza, para só então, com base nestas, construir o Direito Positivo, que rege as relações humanas sobre o assunto.”. (MILARÉ, 2015, p. 197).

Nota 25

³⁷⁸ Quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento efetivo de ‘direitos’ aos animais, conclui Samory Pereira Santos: “Não houve, em nenhuma das decisões analisadas, qualquer menção à discussão sobre a titularidade ou não dos animais, enquanto sujeitos de direitos personalizados, despersonalizados ou mesmo como propriedade viva. (...) Por fim, visualiza-se uma rejeição tácita às doutrinas deontológicas como um todo, na figura do Abolicionismo Animal, com aderência a uma corrente teleológica do bem-estar animal. Tal entendimento, entretanto, demonstra uma tendência a mutação diante do aumento do diálogo da Corte com os autores animalistas da escola abolicionista.” (SANTOS, 2017, p. 104).

Nota 26

³⁷⁹ PRIEUR, 2012.

Nota 27

³⁸⁰ BENJAMIN, 2012.

Nota 28

³⁸¹ “Ressalte-se, por fim, que este princípio não se aplica somente no que tange às conquistas ambientais, mas também às sociais, econômicas, culturais, etc. Seria possível admitir a pena de morte ou a pena degradante, atualmente? Não, seria o mesmo que retroceder no tempo. Em relação ao meio ambiente é a mesma coisa, e o Ministério Público é o seu principal guardião.”. (SIRVINSKAS, 2017, p. 149).

Nota 29

³⁸² FIORILLO, 2014.

Nota 30

³⁸³ BENJAMIN, 2012, p. 58.

Nota 31

³⁸⁴ MILARÉ, 2015, p. 277.

Nota 32

³⁸⁵ EMENTA: Processual Civil, Administrativo, Ambiental E Urbanístico. Loteamento City Lapa. Ação Civil Pública. Ação de nunciação de obra nova. Restrições urbanístico-ambientais convencionais estabelecidas pelo loteador. Estipulação contratual em favor de terceiro, de natureza propter rem. Descumprimento. Prédio de nove andares, em área onde só se admitem residências unifamiliares. Pedido de demolição. Vício de legalidade e de legitimidade do alvará. ius variandi atribuído ao município. Incidência do princípio da não-regressão (ou da proibição de retrocesso) urbanístico-ambiental. Violação ao art. 26, vii, da lei 6.766/79 (Lei Lehmann), Ao Art. 572 Do Código Civil de 1916 (Art. 1.299 Do Código Civil De 2002) E À Legislação Municipal. Art. 334, I, do Código de Processo Civil.

Nota 33

³⁸⁶ BRASIL, 2010, p.3.

Nota 34

³⁸⁷ BRASIL, 2011, f. 162.

Nota 35

³⁸⁸ Ibid, f.128.

Nota 36

³⁸⁹ BRASIL, 2014.

Nota 37

³⁹⁰ Consultor Jurídico. STF mantém anistia a proprietários rurais. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-28/stf-mantem-anistia-codigo-florestal-proprietarios-rurais> >. Acesso em 18 jul 2018.

Nota 38

³⁹¹ Foram julgadas em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal a ADC 42 e as ADI's 4901, 4902, 4903 e 4937.

Nota 39

³⁹² "A índole conservadora da Ciência Jurídica, voltada para o ordenamento formal das ações humanas na vida em sociedade, explica por si só uma tendência natural para o antropocentrismo." (MILARÉ, 2015, p. 115).

Nota 40

³⁹³ SARLET; FENSTERSEIFER, 2017.

Nota 41

³⁹⁴ PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Nota 42

³⁹⁵ MAZZUOLI, 2014, p. 425.

Nota 43

³⁹⁶ Art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

Nota 44

³⁹⁷ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Art. 26: “Desenvolvimento Progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”.

Nota 45

³⁹⁸ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Art. 77: “1.De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado Parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados Partes reunidos por ocasião da Assembleia Geral, projetos de protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades. 2.Cada protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados Partes no mesmo.”

Nota 46

³⁹⁹ O Artigo 2 do Protocolo traz a obrigação em adotar medidas de direito interno: “Se o exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições deste Protocolo, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos esses direitos.”.

Nota 47

⁴⁰⁰ No entanto, ofensas ao Artigo 11 do Protocolo de San Salvador ainda não são judicializáveis no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Nota 48

⁴⁰¹ “De tal sorte, o status supralegal do Protocolo de San Salvador, na linha do entendimento do STF, estabelece também no direito interno (em virtude da ratificação do tratado), e com hierarquia supralegal, a garantia da proibição de retrocesso ambiental para fazer frente a toda e qualquer nova medida legislativa infraconstitucional que tenha por escopo a flexibilização, de forma desproporcional e arbitrária, da legislação ambiental brasileira atualmente vigente.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, pp. 81-82).

Nota 49

⁴⁰² AGRA, 2000, p.163.

Nota 50

⁴⁰³ “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta 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.” (BRASIL, 1988).

Nota 51

⁴⁰⁴ SILVA, 2000, p. 134.

Nota 52

⁴⁰⁵ “Se a lei não restringiu, como é que os intérpretes podem verificar o sentido restritivamente, principalmente quando se expurgam direitos? Além do que, o art. 5º, §2º preceitua que são direitos e garantias as prerrogativas contidas em todas as partes da Constituição, e não apenas nas do Art. 5º, e que eles não são taxativos e sim

exemplificativos, sendo considerados também como direitos outros que posam adentrar no nosso ordenamento jurídico.”. (AGRA, 2000, p. 175).

Nota 53

⁴⁰⁶ MORATO LEITE, 2015. BENJAMIN, 2015.

Nota 54

⁴⁰⁷ SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 84.

Nota 55

⁴⁰⁸ Em destaque, as decisões do MS 22.164-0/SP, do REsp 153.531-8/SC, do ARE 639.337/SP, e das ADIs 4.901/DF e 4.983/CE.

Nota 56

⁴⁰⁹ MAZZUOLI, 2014.