

prática forense

www.zkeditora.com

ano I

dezembro/2017

nº 12



ESPECIAL

ADVOCACIA **Função essencial à Justiça** **na dicção constitucional**

Vade Mecum Forense
Por que a homofobia ainda
não configura um crime?

Leonardo Sarmento

Know How
O espelho

Mônica Sifuentes

Redação Forense
Progressão textual

Murilo Oliveira de Castro Coelho

ASSINE conceito jurídico

*À frente dos grandes
temas jurídicos*



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO

prática forense

Editora chefe: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Celso Bubeneck, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamin Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: MC Coelho - Produção Editorial

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Prática Forense é uma publicação mensal da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.


zakarewicz
editora



ARQUIVO PESSOAL

POR LUÍS EDUARDO ASSIS


Feliz 2017

Tudo somado, o ano de 2017 foi marcado por felizes coincidências. Há quem advogue, até com boa-fé, que a recuperação da economia reflete a adoção de políticas econômicas corretas, que equacionaram o problema fiscal e libertaram a economia da recessão. Menos, menos. É fato que a agenda econômica mudou de forma relevante no governo Temer. Abandonar as excentricidades da nova matriz econômica foi um passo decisivo para que o Brasil pudesse se ver nu diante do espelho. Jogar luz sobre a crise fiscal e a dívida pública que não para de crescer já é um grande avanço. Mas a retomada


do crescimento também deve muito a eventos que nada têm que ver com a condução da política econômica.

O cenário internacional, por exemplo, tem sido complacente com a nossa mixórdia fiscal. Mesmo com a ligeira elevação das taxas de juros internacionais, a previsão do Fundo Monetário Internacional para o crescimento da economia mundial em 2017 é de 3,6%, acima dos 3,2% registrados no ano passado. O comércio mundial, de acordo com a Organização Mundial do Comércio, deve crescer também 3,6% neste ano, quase o triplo do mirrado crescimento de 2016, que não passou de 1,3%. Isso ajuda a explicar a elevação no preço das commodities. Na média dos primeiros dez meses de 2017, o índice da revista *The Economist* subiu 6,5% em relação ao mesmo período do ano passado, revertendo a forte queda no biênio 2015-2016, quando recuou nada menos que -17,7%. Isso favoreceu o Brasil. Segundo a Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior, o índice de preços das exportações brasileiras cresceu 13,7% entre maio de 2016, mês da posse de Temer, e outubro último. Da mesma forma, o Embi, índice que mede o risco de papéis de países emergentes, calculado pelo JP Morgan, recuou 3,7% em 2016 e nada menos que 13,4% em 2017. Tudo isso é bom e nada disso tem que ver com escolhas que fizemos ou decisão que tomamos.

Mais que o cenário internacional benfazejo, a contribuição da safra agrícola foi fundamental. Pelos números da Companhia Nacional de Abastecimento (Conab), a safra recente alcançou 238 milhões de toneladas de grãos, o que representa um impressionante salto de 28% em relação ao volume colhido em 2016. Foram as condições climáticas excepcionais – não a política governamental – que permitiram esse feito. O resultado foi uma queda inaudita nos preços dos alimentos. A variação anual do IPA-OG de Produtos Agropecuários, calculado pela FGV, foi de -14% em novembro último. O valor da cesta básica calculado pelo Dieese recuou 6% nos últimos 12 meses. O preço do feijão mulatinho, que pouco se importa com a ancoragem das expectativas patrocinada pelo Banco Central, caiu 44% (depois de ter subido mais de 100% no ano passado). Tudo isso ajuda a explicar por que o IPCA despencou e fez os economistas errarem feio suas previsões. Em dezembro do ano passado, a expectativa da pesquisa Focus era de uma inflação de 4,9% em 2017. O índice deve ficar em 2,8%. Menor inflação abriu espaço para o corte nos juros. Juros mais baixos alavancam o crescimento da economia, seja pela menor carga de despesas financeiras de empresas e famílias, seja pela maior disposição de tomar crédito novo. O comprometimento da renda das famílias com o serviço da dívida ainda é alto, mas está no menor nível desde março de 2011.

Da sua parte, o governo fez o que pôde. E pôde pouco. Acabou gastando as moedas que guardou na algibeira para convencer congressistas a rechaçarem as denúncias da Procuradoria-Geral, com o que ficou sem ter o que oferecer para aprovar a reforma da Previdência. Sem alteração nas regras previdenciárias, o teto de gastos não será viável, o que torna o crescimento de 2018 algo provisório. Também pisou na bola ao aceitar um reajuste despropositado para os salários do funcionalismo. 2017 foi um ano clemente. O acaso nos favoreceu e nos ajudou a sair da recessão. Mas 2018 tem cara de que vai depender de nós mesmos, das nossas escolhas. É aí que está o perigo. 

LUÍS EDUARDO ASSIS é economista, foi diretor de política monetária do Banco Central e professor da PUC-SP e da FGV-SP.



O Amor e a Felicidade se encontrarão;
a Justiça e a Paz se abraçarão.

(Salmos 85-10)

2018

Feliz Ano Novo!

São os nossos sinceros votos a todos os clientes, colaboradores e amigos.

SUMÁRIO

8

Especial



Parecer

*Ives Gandra da Silva Martins e
Marilene Talarico Martins Rodrigues*

3

Primeira Página

Feliz 2017

Luís Eduardo Assis

38

Destaque

Outra forma de escravidão

Cristovam Buarque

40

Questões de Direito

Desafios perigosos na internet: precisamos agir agora!

Luiz Augusto Filizzola D'Urso



43

Know How

O espelho

Mônica Sifuentes



46

Painel Universitário

A tutela do meio ambiente por meio da ação civil pública

*Ana Letícia Cordeiro Marques Vieira
e Ana Rebeca dos Santos da Silva*



57

Vade Mecum Forense

Por que a homofobia ainda não configura um crime?

Leonardo Sarmento



60

Redação Forense

Progressão textual

Murilo Oliveira de Castro Coelho



66

Processos e Procedimentos



Reforma do Código de Processo Penal: a implementação do sistema acusatório no Brasil e o papel do Ministério Público

Rômulo de Andrade Moreira

82

Fichário Jurídico



Terrorismo, atos criminosos em geral e fatos de convicção e consciência: ponderação de valores

Eduardo Luiz Santos Cabette

76

Gestão Ambiental

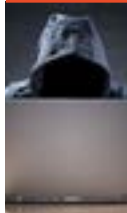


Análise de impacto no ambiente básico

Isnar Amaral

78

Enfoque



Crime de injúria racial no exterior: aplica-se a lei brasileira?

Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Antonelli Antonio Moreira Secanho

83

Gestão de Escritório



O planejamento estratégico na empresa

Eduardo Sehnem Ferro

84

Expressões Latinas



Cauteio de rato versus apud acta

Vicente de Paulo Saraiva

87

Saiba Mais



Direito de reflexão: aplicável a toda venda fora do estabelecimento comercial?

Ezequiel Frandoloso

90

Prática de Processo



Prisão no Brasil – o fim do mito da impunidade

Luiz Flávio Filizzola D'Urso

92

Prática de Processo



Nova Lei Anticorrupção

Vandelino Cardoso

95

Espaço Aberto

Dever de coerência: dois pesos e duas medidas

Reis Friede

ADVOCACIA – FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA NA DICÇÃO CONSTITUCIONAL – RAZÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE TRIBUTAÇÃO FIXA E DO ISS – INTELIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 406, ARTIGO 9º, §§ 1º E 3º, E DAS LEIS COMPLEMENTARES Nºs 116 E 157 – PARECER.

POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES



“A natureza jurídica dos serviços prestados pelo advogado, por serem intelectuais e de natureza técnica, essenciais à sociedade e à administração da Justiça, sempre tiveram tratamento especial quanto à tributação do ISSQN, exatamente por não serem considerados empresários para efeitos de prestação de serviços.”

CONSULTA

A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO SÃO PAULO – OAB/SP, o INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO – IASP e o CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS – CESA, por meio dos seus representantes legais, solicita-nos a elaboração de Parecer Jurídico que tenha por objetivo analisar os possíveis reflexos originários de novas regras estabelecidas pela Lei Complementar nº 157 de 29 de dezembro de 2016, em face da sistemática de recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, prevista nos parágrafos 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406 de 1968.

A Consulta está assim formulada:

“I – Histórico do problema

Como é do conhecimento de V. S^a, desde a instituição do ISSQN pela Emenda Constitucional nº 18 de 1965, este imposto de competência exclusivamente municipal onera as prestações de serviços em geral, abarcando, portanto, aquelas realizadas por profissionais cujas atividades estão reguladas em lei, como é o caso da advocacia, disciplinada atualmente pela Lei Ordinária Federal nº 8.906 de 1994.

Tal qual previsto originariamente naquela EC de 1965¹, as sucedâneas Magnas Cartas de 1967², EC/69³ e CF/88⁴ mantiveram a orientação de outorgar ao legislador complementar a competência para estabelecer as características específicas para a incidência deste tributo, demarcando, assim, todos os requisitos necessários para a materialização da respectiva obrigação tributária relativa ao ISSQN.

Dentro deste cenário, o legislador complementar acertadamente identificou dessemelhanças entre os vários prestadores de serviços sujeitos a este imposto municipal. Relativamente aos profissionais da advocacia, compreendeu bem o legislador complementar não apenas o múnus público que a Carta Régia sempre lhes assegurou, mas também e especialmente a incompatibilidade do exercício desta profissão com o intuito empresarial, este eminentemente especulativo⁵.

Exatamente por exercerem atividade de fins públicos e tipicamente intelectual, não visando, portanto, o lucro, o legislador complementar reservou-lhes uma forma de tributação diversa daquelas empregadas aos demais prestadores de serviço que atuam dentro deste contexto empresarial.

De fato, desde a primeira normatização do ISSQN promovida pelo Decreto-Lei nº 406 de 1968, o legislador estabeleceu que os serviços prestados em caráter exclusivamente pessoal, como sói acontecer com os profissionais da advocacia, seriam tributados “por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço”⁶. E, mesmo na hipótese de estes mesmos serviços virem a ser prestados por sociedades, previu-se⁷ a manutenção desta tributação por valores fixos, porém calculada em função de cada profissional habilitado na sociedade, quer seja sócio, empregado ou não.

A essência deste mandamento tem sido mantida desde então, nada sendo alterado em seu conteúdo mesmo após a edição do Decreto-Lei nº 834 de 1969 e das Leis Complementares nº 56 de 1987, nº 116 de 2003 e nº 157 de 2016.

Outro dado importante a ser relatado é o de que se cogitou no passado que esta sistemática de tributação fixa, prevista nos aludidos parágrafos do art. 9º do Decreto-Lei nº 406 de 1968, não teria sido recepcionada pela Carta Magna de 1988, haja vista a previsão contida no art. 34º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT-CF/88.

Esta celeuma chegou ao Supremo Tribunal Federal – STF por meio do Recurso Extraordinário nº 236.604/PR (DJU de 06/08/1999), oportunidade em que seu órgão Plenário recha-

çou esta argumentação e assentou em definitivo que aqueles específicos dispositivos do Decreto-Lei nº 406 de 1968 haviam sido devidamente recepcionados pela Constituição de 1988, mantendo-se, assim, vigente e eficaz no sentido de regradar este regime de tributação fixa por parte do ISSQN. A ementa desta decisão é a seguinte:

“Ementa: Constitucional. Tributário. ISS. Sociedades Prestadoras de Serviços Profissionais. Advocacia. D.L. 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º C.F., art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º.

I – O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL. 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88: CF/88, art. 146, III, a. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88.

II – R.E. não conhecido.”

Outrossim, na mesma data do julgamento deste recurso⁹, o Plenário da Suprema Corte julgou também o Recurso Extraordinário nº 220.323/MG (DJU de 18/05/2001), no qual discutiu-se tema correlato àquele, porém agora voltado a saber sobre a natureza jurídica daquela sistemática de tributação fixa prevista nos parágrafos 1º e 3º do art. 9º e, ainda, se, na eventualidade de assumir o perfil jurídico de redução de base de cálculo, teria ou não sido não recepcionada pelo parágrafo 6º¹⁰ do art. 150 da Constituição Federal de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993.

Novamente a Suprema Corte negou procedência ao pleito e confirmou que aqueles dispositivos não haviam sido afetados por este novel mandamento constitucional.

Além disto, asseverou o STF naquele julgado que o regime de tributação fixa não se identificava com qualquer regra de redução de base de cálculo, daí porque sua vigência não ter sofrido solução de continuidade com a determinação contida naquele parágrafo 6º do art. 150 da CF/88. A ementa deste julgado é a seguinte:

“Ementa: Constitucional.

Tributário. ISS. Sociedade Prestadora de Serviços Profissionais: Base de Cálculo. D.L. 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º da C.F., art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993.

I – As normas inscritas nos §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no caput do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da C.F., com a redação da EC nº 3, de 1993.

II – Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL. 406/68.

III – R.E. não conhecido.”

Fixado este cenário normativo, nova celeuma se instaura em função de regras fixadas pela Lei Complementar nº 157 de 2016, ensejando, assim, o pleito de elaboração deste Parecer Jurídico a V. Sa.

O art. 2º desta lei complementar inseriu o art. 8º-A na Lei Complementar nº 116 de 2003, cuja redação é a seguinte:

“Artigo 2º A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 8º-A:

“Artigo 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no *caput*,

exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.

§ 2º É nula a lei ou o ato do Município ou do Distrito Federal que não respeite as disposições relativas à alíquota mínima previstas neste art. no caso de serviço prestado a tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o prestador do serviço.

§ 3º A nulidade a que se refere o § 2º deste art. gera, para o prestador do serviço, perante o Município ou o Distrito Federal que não respeitar as disposições deste artigo, o direito à restituição do valor efetivamente pago do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza calculado sob a égide da lei nula.”

Com base nestas novas regras previstas no *caput* do art. 8º-A e respectivos parágrafos 1º e 2º, argumenta-se que teria havido a revogação dos parágrafos 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406, de 1968, com suas alterações, responsáveis por estabelecer a tributação fixa das sociedades de advogados, na medida em que os municípios estariam agora obrigados a estabelecer a alíquota mínima de 2% para todo e qualquer serviço sujeito ao ISSQN.

II – Quesitos do Parecer Jurídico

Considerando todo o exposto, os ora signatários requerem a V. Sa. que se digne elaborar Parecer Jurídico que tenha por objeto saber se realmente houve ou não a aludida revogação daquelas regras de tributação fixa do ISSQN, respondendo ainda aos seguintes quesitos:

- (i) Quais as razões histórico-normativas que justificam o regime de tributação fixa para o profissional de advocacia, esteja ele ou não incorporado aos quadros de uma sociedade, nos termos do que estabelece a Lei Ordinária Federal nº 8.906, de 1994 (EOAB)?
- (ii) Em que se diferencia o regime de tributação fixa dos demais regimes de tributação previstos na legislação em vigor do ISSQN?
- (iii) O regime de tributação fixa enquadra-se no perfil normativo de algum ou alguns dos institutos aludidos no parágrafo 1º do art. 8º-A da Lei Complementar Federal nº 116, de 2003?
- (iv) A alíquota mínima de 2% prevista no *caput* do art. 8º-A da Lei Complementar Federal nº 116, de 2003 deve ser aplicada também ao regime de tributação fixa? Em sendo aplicável, teria havido então a revogação deste regime?
- (v) Comete ato de improbidade administrativa o gestor que mantiver o regime de tributação fixa para os advogados?”

RESPOSTA

Mister se faz um esclarecimento preliminar sobre o exercício da advocacia colocado no título IV da Constituição Federal dedicado aos três Poderes.

Está a Constituição neste capítulo dividida em três partes correspondentes aos três poderes (Legislativo, art. 44 a 75, com inclusão do Tribunal de Contas; Executivo dos arts. 76 a 91, inclusive os Conselhos de Defesa e da República; e o Judiciário dos arts. 92 a 135, incluindo o Ministério Público e a Advocacia).

No Capítulo concernente ao Poder Judiciário, que vai do art. 92 a 126, cuida-se da prestação de serviços jurisdicionais à sociedade, visto que, excepcionada a Lei de Arbitragem e Mediação, não cabe à população fazer justiça com as próprias mãos, havendo, pois, o monopólio do Estado à administração dos serviços jurisdicionais.

Não há, todavia, Poder Judiciário sem a necessária participação de duas outras

instituições, a saber a do Ministério Público, cuja função maior é a acusação, e a da Advocacia, cuja função maior é a defesa própria dos regimes democráticos. Não há direito de defesa nas ditaduras¹¹.

Por esta razão, houve por bem o constituinte colocar entre as funções essenciais à administração de Justiça, o Capítulo IV – do Título IV denomina-se “Das funções essenciais à Justiça” a seção intitulada “Do Ministério Público” (artigos 127 a 130, Seção II, Advocacia Pública (art. 131 a 132) e Seção III “Da advocacia e da Defensoria Pública”, arts. 133 a 135).

Desta forma, a Constituição erigiu as três instituições (Poder Judiciário, Ministério Público e advocacia) – as três instituições são imprescindíveis à prestação de serviços jurisdicionais – em igualdade de condições, pois nem o Poder Judiciário pode agir sem o concurso do Ministério Público e da advocacia nas demandas judiciais, nem a advocacia sem a participação do Poder Judiciário e, nas questões públicas, do Ministério Público, nem o Ministério Público pode existir sem a participação da advocacia nas questões judiciais de que participa.

Todo o cidadão tem direito à defesa perante os Tribunais, nem que seja por advocacia dativa ou por defensoria pública, o que só é possível com a participação de advogados.

Prestam, pois, com as três instituições serviços interligados à sociedade, que se diferenciam de todas as outras profissões, pelo seu caráter de imprescindibilidade e de nítida defesa das instituições e da preservação da Justiça, numa sociedade democrática.

Por esta razão, o tratamento excepcional dado para a advocacia na Constituição, diferente de qualquer outra profissão, justifica-se em razão de seus serviços serem inerentes à sociedade e ao complexo de prestação jurisdicional do Poder Judiciário. É, como declara o constituinte, o advogado um prestador de serviços numa função essencial à justiça¹².

Feitas tais considerações prévias, tendo o primeiro subscritor do presente parecer participado de audiências públicas durante os trabalhos constituintes e colaborado com o presidente e relator da Constituinte na elaboração e discussão de alguns dos pontos da Lei Suprema, passamos agora à análise específica das questões formuladas, tendo como “background” a conformação diferenciada desta função essencial à administração da Justiça representada pela advocacia.

Principiamos com algumas considerações sobre o ISSQN, em seus aspectos históricos, para melhor compreensão desse imposto.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, também denominado (ISS), de competência impositiva dos municípios, surgiu no sistema jurídico nacional a partir da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965 (art. 15), que deu início à reforma tributária pretendida pelos governos brasileiros desde a década anterior. Veio substituir várias espécies tributárias do sistema pretérito a saber: o Imposto de Indústrias e Profissões; o Imposto sobre Transações; e o Imposto sobre Diversões Públicas.

A Emenda Constitucional nº 18 teve sua complementação normativa, em relação ao ISS, inicialmente pela Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional). Como regra geral, o imposto incide sobre a prestação de serviços.

Com a Constituição Federal de 1967 foi outorgada a competência municipal para instituir o Imposto sobre Serviços, mantido no seu perfil original pela Emenda Constitucional nº 01, de 17/10/1969.

O Decreto-Lei nº 406, de 31.12.1968 (artigos 8º a 13), com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 834, de 08/09/1969, substituiu as normas estabelecidas pelo Código Tributário Nacional sobre o tributo municipal.

É de se lembrar que o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966), que regulamentou sobre a matéria a Emenda Constitucional nº 18/1965, determinou que o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência municipal, incidiria em serviços não compreendidos na competência da União ou dos estados, situado dentro do capítulo dos impostos sobre a produção e a circulação, conforme os arts. 71, 72 e 73, com as alterações introduzidas pelos Atos Complementares números 27, de 08/12/66; 34, de 30/01/67; 35, de 28/02/67 e 36, de 13/03/67.

O DECRETO-LEI Nº 406, DE 31/01/1968 E AS NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

O Decreto-Lei nº 406, de 31/01/68, foi editado com fundamento no § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 05, de 13/12/68. Naquela época, o Congresso Nacional estava em recesso, tendo o presidente da República autorização para legislar sobre todas as matérias previstas na Lei Maior. O referido Decreto-Lei foi recebido pela ordem jurídica com eficácia de lei complementar.¹³

Assim, o Decreto-Lei nº 406/1968, com eficácia de lei complementar, passou a estabelecer em matéria de Direito Tributário normas gerais aplicáveis ao ISS, disciplinando os elementos essenciais da tributação; o fato gerador da respectiva obrigação (art. 8º); a base de cálculo do imposto (art. 9º) e o contribuinte (art. 10), revogando as normas do Código Tributário Nacional que disciplinavam a matéria. O art. 8º do Decreto-Lei nº 406 fazia referência à lista de serviços, que foram definidos com 29 itens.

O Decreto-Lei nº 834, de 08/09/1969, posteriormente, deu nova redação à lista de serviços, elevando o número de itens para 66. Em junho de 1984, a Lei nº 7.192, veio acrescentar o item 67 à referida lista.

Em 17 de outubro de 1969, a EC nº 01, elaborou novo sistema tributário, assim discriminada a competência municipal:

Artigo 24. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

II – Serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

[...]

§ 4º Lei Complementar poderá fixar as alíquotas máximas do imposto de que trata o item II.

A EC nº 01/1969, não trouxe alteração de relevo em relação ao ISS, o imposto continuou a ser de competência municipal, definidos em lei complementar, que poderia também, esse mesmo veículo legislativo (lei complementar), estabelecer as alíquotas máximas.

Neste período, portanto, na vigência da EC nº 01/1969, surgiu a Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, que aprovou a nova lista de serviços alcançados pelo ISS, que, de 67, passou a ter 100 itens. Posteriormente, com o advento da Lei Complementar nº 100, de 22 de dezembro de 1999, foi acrescentado o item 101 à lista de serviços tributáveis pelo ISS, passando, assim, a ter 101 itens o rol dos serviços passíveis de tributação pelo ISS. Alegou-se, à época, que a referida

Lei Complementar era inconstitucional, pois a determinação da maioria absoluta teria que ser por votação nominal e não por acordo de liderança, matéria, todavia, que não chegou a ser examinada pelas instâncias competentes.

O ISS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988, ao atribuir competência aos municípios para instituir o ISS, estabelece:

Artigo 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

III – Serviços de qualquer natureza não compreendidos no art. 155, I, “b”, definidos em lei complementar.

§ 3º – Em relação ao Imposto previsto no inciso III, cabe à lei complementar:

I – fixar alíquotas máximas;

II – excluir de sua incidência exportações de serviços para o exterior.

O que, vale dizer, os municípios poderão exigir o ISS somente dos serviços não compreendidos na competência dos Estados, na forma do art. 155, I, “b” da CF, assim disposto:

Artigo 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I – impostos sobre:

[...]

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Ou seja, as prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação estão fora da competência tributária dos municípios, por serem de competência dos estados. Em relação ao ISS, cabe à lei complementar fixar as suas alíquotas máximas e excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior.

Com a Constituição Federal de 1988, toda a legislação infraconstitucional (DL nº 406/1968; DL nº 834/1969; e LC nº 56/1987) foi recepcionada pela nova ordem constitucional, continuando a disciplinar o ISS.

Este foi o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal, em Tribunal Pleno, ao examinar os Recursos Extraordinários números 236.604-7-Paraná e 220.323-3-Minas Gerais, ambos julgados em 26/05/99, tendo como relator o ministro Carlos Velloso, com as seguintes ementas:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ADVOCACIA. D.L. 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º. C.F., art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º.

I – O art. 9º, §§ 1º e 3º, do D.L. 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88: CF/88, art. 146, III, a. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88.

II – R.E. não conhecido.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS: BASE DE CÁLCULO. D.L. 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º. C.F., art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993.

I – As normas inscritas nos §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no *caput* do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da C.F., com a redação da EC nº 3, de 1993.

II – Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do D.L. 406/68.

III – R.E. não conhecido.

O ISSQN é imposto que recai sobre a prestação de serviços, com conteúdo econômico. Trata-se de tributo que onera determinado bem econômico imaterial (prestação de serviço), que recai sobre os serviços de qualquer natureza (art. 156, III da CF).

O conceito do que seja serviço, para efeitos do ISS, considerando-se a classificação econômica dos impostos adotada pelo sistema tributário nacional, não pode ser confundido com a ideia do objeto de “contrato de trabalho” do Direito do Trabalho, nem com a prestação de serviço público.

Para haver prestação de serviço para efeitos do ISS é necessário que a atividade seja realizada para terceiro, e não para si próprio e que haja conteúdo econômico. O serviço sem conotação econômica, quando prestado a instituições filantrópicas, por exemplo, não é alcançado pelo imposto.

Sérgio Pinto Martins, sobre a prestação de serviços para efeitos de tributação do ISS, escreve:

Prestação de serviços é a operação pela qual uma pessoa, em troca de pagamento de um preço (preço do serviço), realiza em favor de outra a transmissão de um bem imaterial (serviço). Prestar serviços é vender bem imaterial, que pode consistir no fornecimento de trabalho, [...] a prestação de serviços [...] presume um vendedor (prestador do serviço), um comprador (tomador do serviço) e um preço (preço do serviço). O que interessa, no conceito de serviço, é a existência de transferência onerosa, por parte de uma pessoa a outra, de bem imaterial que se acha na movimentação econômica.¹⁴

O ISSQN tributa a “prestação de serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar, em que ocorre a circulação de um bem imaterial, na etapa de circulação econômica, que se considera serviço de qualquer natureza”.¹⁵

A lista de serviços é taxativa, não podendo ser ampliada por analogia, a teor do princípio da legalidade estabelecido pela Constituição Federal (art. 150, I) e o art. 97 do CTN (“somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos, ou a sua extinção”), que, no seu art. 108, § 1º, preceitua: “O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”.

A obrigação tributária é “ex lege” e de caráter compulsório. A competência tributária dos municípios, atribuída pela Constituição Federal, para instituir e cobrar o ISS está limitada à lista de serviços que, em lei complementar, define quais as hipóteses, taxativamente, sujeitas ao imposto.

Não cabe, portanto, interpretação analógica para estabelecer obrigação tributária e definir fato gerador.

A lista de serviços definida pela LC nº 116/2003, a exemplo da anterior (LC nº 56/1987), em diversos itens utilizou as expressões “congêneres” e “de qualquer

natureza”, o que resultou em controvérsias na interpretação, no sentido de que outros serviços poderiam ser tributados, desde que fossem semelhantes àqueles contidos no mesmo item, porém dando margem a interpretações e incertezas.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não cabe interpretação analógica para estabelecer obrigação tributária e definir fato gerador, embora em cada item se possa utilizar o uso interpretativo, com o fim de aclarar a norma tributária, em relação à lista, conforme se lê da ementa do seguinte julgado:

RE 114.354-1/RJ. DJ. 04.12.87 – Rel. Min. Carlos Madeira, que em seu voto destacou: ‘A questão foi decidida em embargos infringentes, em acórdão cuja ementa assevera (fls. 172): ISS – Taxatividade da lista geral. Admissibilidade do processo interpretativo, vedando-se, entretanto, o recurso à analogia. Admissível embora o uso da interpretação, com o fim de aclarar a norma tributária emissora da lista de serviços, não é legítimo dar-lhe utilização de tal modo extensiva que acabe por servir de pretexto à aplicação da analogia, valendo aí o eufemismo como estratégia para a administração considerar hipótese de incidência do ISS atividade não compreendida na legislação própria. Nesse caso, a violação ao princípio da taxatividade da lista afigura-se evidente. Improvimento dos embargos.

Em nosso ordenamento jurídico constitucional tributário, se o serviço não vier previsto em lei complementar, não poderá ele servir de hipótese de incidência do ISS, por impedimento constitucional.¹⁶

Como observa Misabel Derzi:

[...] prevaleceu, na Jurisprudência de nossos tribunais superiores, a posição restritiva à autonomia dos Municípios, que qualificou a lista de serviços de taxativa, abrigando os únicos e específicos serviços tributáveis pelo ISS. Mesmo após o advento da Constituição de 1988, a maior parte da doutrina e a Jurisprudência dos tribunais superiores posicionaram-se em favor da taxatividade da lista de serviços. Defenderam esse último ponto de vista, Rubens Gomes de Sousa, Ruy Barbosa Nogueira, Aliomar Baleeiro, José Afonso da Silva, Ives Gandra da Silva Martins, Gilberto Ulhôa Canto e outros [...]. Jurisprudência recente do STJ tem confirmado esse entendimento da taxatividade da lista de serviços e da tendência do ICMS sobre operações de circulação de mercadorias, ainda que acompanhadas de prestações de serviços, não relacionados naquela lista.¹⁷

A ausência de um determinado serviço na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, portanto, resulta na impossibilidade de tributação desse mesmo serviço pelos municípios, mediante o ISS.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela taxatividade da lista de serviços e pela impossibilidade de ampliação, mediante integração analógica da referida lista, conforme o RESP nº 514.675 – 2ª Turma.

O certo, todavia, é que a nova lei não conferiu ao legislador local a faculdade de preencher as lacunas da lei completando o rol dos serviços “congêneres”, por analogia, com serviços não constantes expressamente na lista.

NATUREZA DO TRIBUTO

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) é um tributo de competência municipal, embora a sua estrutura esteja disciplinada em legislação complementar federal de âmbito nacional. Assim, cada município brasileiro estabelece

normas legais relativas ao ISS com base na legislação complementar, que estabelece normas gerais, ou seja, de modo que não conflite com esta, a teor do art. 146, I e III da CF/1988, assim disposto:

Artigo 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

[...]

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos referidos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

A lei complementar é necessária para evitar conflito de competências na instituição do referido Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, eis que o ISS é imposto que pode ter reflexos em outros municípios.

Desta forma, se de um lado a Constituição atribuiu competência aos Municípios para legislar sobre assuntos locais (art. 30) e para instituir o ISS (art. 156, III), de outro lado, determinou que os serviços deveriam estar definidos em lei complementar; determinou que cabe à lei complementar dispor sobre conflitos de competências em matéria tributária e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária (art. 146, I e III).

O ISS E A LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003

A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, publicada no D.O.U. de 01/08/2003, trouxe nova disciplina para o ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, estabelecendo as normas gerais de direito tributário, a partir das quais cada município brasileiro instituirá a sua legislação ordinária.

O ISS talvez seja um dos impostos mais polêmicos, por apresentar conflitos de competência entre os entes tributantes. Os municípios pressionados por despesas orçamentárias querem, cada vez mais, arrecadar. E os contribuintes desejam cada vez mais diminuir a carga tributária, pois não suportam mais tanto tributo, principalmente no setor de prestação de serviços. Pela OCDE, o Brasil é o país com maior carga tributária da América Latina, até mesmo em relação aos Estados Unidos que, no último levantamento daquela instituição, tinha 26% em relação ao PIB contra quase 33% do Brasil.

As controvérsias têm surgido, também, na doutrina e na jurisprudência, quanto à aplicação de normas de regência do imposto, no que diz respeito a exigibilidade e o local da incidência do ISS, entre os mais de 5.500 municípios brasileiros, ficando o contribuinte sufocado por força dessa disputa entre os municípios.

A Lei Complementar nº 116/2003, ao estabelecer as normas gerais de regência do ISS, também, ampliou a lista de serviços tributáveis pelo ISS que praticamente dobrou o número de itens, acrescentando serviços antes não alcançados pelo ISS. Foi ampliado para 40 itens (gênero), que foram subdivididos em 190 subitens dos serviços.

Cada município, portanto, adotará a técnica que julgar melhor para a cobrança do ISS, limitado apenas, pelos textos da Lei Suprema e da Lei Complementar, sendo que os itens do gênero dos serviços são apenas indicativo dos mesmos e os subitens são realmente os serviços tributáveis pelo imposto municipal.

SOCIEDADES PROFISSIONAIS

Os aspectos peculiares da atuação dos profissionais liberais e das sociedades profissionais, entre as quais a dos advogados, levaram o legislador fazer exceção à regra da tributação que tem como base de cálculo, como regra geral, o preço do serviço.

A questão que se coloca é se esse tratamento diferenciado às sociedades uniprofissionais permanece após o advento da Lei Complementar nº 116, de 31/07/2003, que estabeleceu novas normas gerais para o ISS, e revogou vários dispositivos do Decreto-Lei nº 406/1968, que anteriormente regulava a matéria.

O Decreto-Lei nº 406/1968 sempre reconheceu a tributação diferenciada do ISS para os profissionais liberais e sociedades por eles constituídas, que submetem-se à tributação fixa ou “alíquota fixa”.

A primitiva redação do art. 9º do DL nº 406/1968, estava assim redigida:

Artigo 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço:

§ 1º Quando se trata de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

[...]

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens I, III, V (exceto os serviços de construção de quaisquer tipos por administração ou empreitada) e VII da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal nos termos da lei aplicável.

Esse texto foi alterado pelo Decreto-Lei nº 834/1969 (art. 3º, V), para a seguinte redação:

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 2, 3, 5, 6, 11, 12 e 17 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Com a Lei Complementar nº 56/1987, que instituiu nova lista de serviços, o referido dispositivo foi novamente alterado, nos seguintes termos:

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Como se constata, as sucessivas alterações do § 3º do art. 9º do DL nº 406/1968, foram feitas apenas em relação aos serviços, com adições ou exclusões das espécies de serviços que foram contemplados com o regime especial de tributação. Não houve qualquer alteração no regime de tributação.

Com a Lei Complementar nº 116/2003, que estabeleceu novas normas gerais para o ISS, diversas normas anteriores foram revogadas de forma expressa, conforme consta do seu art. 10, assim redigido:

Artigo 10. Ficam revogados os arts. 8º, 10, 11 e 12 do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; os incisos III, IV, V e VII do art. 3º do Decreto-Lei nº 834, de 08 de setembro de 1969; a Lei Complementar nº 22, de 09 de dezembro de 1974; a Lei nº 7.192, de 05 de junho de 1984; a Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987; e a Lei Complementar nº 100, de 22 de dezembro de 1999.

Da leitura desse dispositivo da LC nº 116/2003, se constata que o art. 9º do DL nº 406/1968, por não ter sido revogado, expressamente, permanece em vigor no sistema jurídico a tributação diferenciada para profissionais liberais e sociedades por eles constituídas.

Em nossa opinião, nem poderia ser revogada, visto que, por ser uma função essencial à Justiça, sem a qual não poderia o Poder Judiciário atuar, seu tratamento diferenciado decorre, na Constituição, da tripartição dos poderes e não pode ser alterado por legislação infraconstitucional, sob risco de afetar a própria separação dos poderes, em sua competência.

O legislador complementar abriu algumas exceções quanto à base de cálculo do imposto, admitindo, desta forma, que não se considera o preço dos serviços, na prestação de serviço sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, em que o imposto é calculado com base em alíquotas fixas, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

Ainda em relação à expressão “trabalho pessoal do próprio contribuinte”, mencionada no dispositivo legal, alguns municípios a equiparam a trabalho profissional liberal e destacam o trabalho individual prestado, sem caráter empresarial.

Na hipótese de serviços de sociedade de profissionais, incluídas nos itens de serviços a que faz menção o § 3º do DL nº 406/1968, o imposto é calculado em relação a cada profissional habilitado, empregado ou não, que preste serviço, em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal.

É que nas sociedades profissionais os serviços são executados pelos profissionais liberais em caráter pessoal (advogados, médicos, dentistas etc.), ou seja, não é a sociedade que presta os serviços, mas cada profissional individualmente. A essência dos serviços tem caráter personalíssimo, razão pela qual se distinguem de empresas prestadoras de serviços (STF – Pleno – RE 236.604-PR – RTJ 170/1001).

Acrescenta-se que, embora outras profissões liberais beneficiem-se de tratamento idêntico, só o profissional de advocacia é elemento essencial a um dos três poderes no exercício de sua função.

O art. 7º da nova disciplina (LC nº 116/2003) estabelece que a “base de cálculo do imposto é o preço do serviço”. Os seus §§ 1º e 3º nenhuma referência fazem à tributação por valor fixo, em relação aos profissionais liberais e sociedades por eles formadas, na forma como está expresso nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL nº 406/1968.

Ora, não tendo o art. 7º da LC nº 116/2003 reproduzido os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL nº 406/1968, poderia dar a impressão de que a tributação por alíquota fixa teria sido suprimida, o que, entretanto, não ocorreu.

A discussão que se tem feito é que a LC nº 116/2003 revogou o DL nº 834/1969 e a LC nº 56/1987, ambos tratando especificamente de itens de serviços das sociedades de profissionais.

Ocorre que o art. 9º do DL nº 406/1968 não foi revogado pela LC nº 116/2003 e, portanto, permanece em vigor.

Embora tenha constado do substitutivo aprovado pela Câmara Federal, a revogação do art. 9º do DL nº 406/1968, conforme o art. 10 daquele substitutivo, ou seja, o regime jurídico de tributação dos profissionais liberais não mais seria aplicado. O Senado Federal, porém, entendendo que o art. 9º e parágrafos daquele diploma legal não eram incompatíveis com o art. 7º e parágrafos da nova disciplina do ISS, manteve o art. 9º, revogando os demais arts. do DL nº 406/1968, referentes ao imposto municipal.

No caso do art. 9º do DL nº 406/1968, trata-se de norma especial anterior já incorporada e que coexiste, harmonicamente, com a norma geral posterior, não sendo com ela incompatível. Reafirmamos que por ser função essencial à Justiça com conformação constitucional sua manutenção decorre da imposição superior.

A interpretação da lei nova no sentido de que a base de cálculo do imposto é o “preço do serviço” não significa contrariedade à regra especial que estabelece critério diferenciado, no caso dos profissionais liberais e das sociedades profissionais, para a incidência do ISS.

Neste caso, os princípios interpretativos são aqueles da Lei de Introdução ao Código Civil, denominação alterada pela Lei nº 12.376, de 30/12/2010, passando a denominar-se “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, que em seu art. 2º estabelece:

Artigo 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais, a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

São aplicáveis ao conflito de leis no tempo, ou seja, a lei posterior só revoga a anterior quando: a) expressamente o declare; b) quando seja com ela incompatível; ou c) discipline inteiramente a matéria.

A lei anterior, tirante estes casos, se mantém íntegra pela superveniência da lei nova, assim como se mantêm íntegras as regras especiais da lei anterior que não forem incompatíveis com a nova disciplina. As incompatibilidades não se presumem; têm que resultar claramente do confronto entre os dois textos, o que não ocorreu no caso do art. 7º da LC nº 116/2003 em comento.

Assim, é possível concluir-se pela manutenção de tributação diferenciada para os profissionais liberais e das sociedades por eles constituídas reconhecida pelo legislador, ao manter expressamente o art. 9º e seus parágrafos do DL nº 406/1968, com aplicação do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Por esta razão, os municípios têm exigido o ISS por meio de importâncias fixas, atualizáveis anualmente. No caso do município de São Paulo, a questão está disciplinada pelo art. 15 da Lei nº 13.701, de 24/12/2003, que adotou o regime especial para recolhimento do ISS, mediante importâncias fixas, quando os serviços forem prestados por profissionais autônomos ou aquelas que exerçam, pessoalmente e em caráter privado, atividade profissional, estando os §§ 1º, 2º e 3º, assim redigidos:

§ 1º As sociedades de que trata o inciso II do “caput” deste art. são aquelas cujos profissionais (sócios, empregados ou não) são habilitados ao exercício da mesma atividade e

prestam serviços de forma pessoal, em nome da sociedade, assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da legislação específica.

§ 2º Excluem-se do disposto no inciso II do “caput” deste art. as sociedades que:

I – tenham como sócios pessoas jurídicas;

II – sejam sócias de outra sociedade;

III – desenvolvam atividade diversa daquela a que estejam habilitados profissionalmente os sócios;

IV – tenham sócio que delas participe tão-somente para aportar capital ou administrar;

V – explorem mais de uma atividade de prestação de serviços.

§ 3º Os prestadores de serviços que tratam os incisos I e II do “caput” deste art. ficam dispensados da emissão de documentos fiscais.

Esse dispositivo do art. 15 da Lei nº 13.701/2003, decorre do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/1968, que prevê a tributação fixa de autônomos e de sociedade de profissionais liberais, único dispositivo referente ao ISS que restou mantido pela LC nº 116/2003, o que comprova que este não foi revogado, permanecendo atual e, portanto, aplicável em todos os seus termos.

Com efeito, de acordo com o Código Civil, as sociedades podem ser de duas categorias: simples e empresárias. Ambas exploram atividade econômica e objetivam o lucro. A diferença entre elas reside no fato de a sociedade simples explorar atividade não empresarial, tais como atividades intelectuais, enquanto a sociedade empresária explora atividade econômica empresarial, marcada pela organização dos fatores de produção, conforme preceitua o art. 966 do Código Civil:

Artigo 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único: Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

A sociedade simples deve se limitar ao exercício da atividade específica para a qual foi instituída, relacionada à habilidade técnica e intelectual dos sócios, não podendo exercer serviços estranhos àquele mister, sob pena de configurar o elemento de empresa, capaz de transformá-la em empresária (REsp nº 1.227.240-SP).

Merecem destaque, os enunciados 193, 194 e 195, aprovados na III Jornada de Direito Civil, realizada em 2002, bastante elucidativos sobre o tema:

193 – art. 966 – O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.

194 – art. 966 – Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

195 – art. 966 – A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.

Assim, as sociedades simples constituem-se com o fim precípua de dar suporte ao exercício de determinada profissão intelectual. O patrimônio intelectual daqueles

que compõem a sociedade possui papel de extrema relevância em relação aos investimentos materiais. Há evidente destaque dos esforços pessoais, quando comparados ao capital.

Nessa linha, resta nítida a grande diferença entre as sociedades empresárias, que não está no fato de uma possuir finalidade lucrativa e a outra não. O que realmente distingue uma sociedade empresária de uma sociedade simples é o objeto social. A sociedade empresária tem por objeto o exercício de empresa (atividade econômica organizada de prestação ou circulação de bens e serviços), enquanto a sociedade simples tem por objeto o exercício de atividade econômica não empresarial.

Entendemos, todavia, que a sociedade de advogados compõe um terceiro gênero, ou seja, de sociedade de natureza civil de prestação de serviços públicos não diferente do Poder Judiciário e do Ministério Público nas atividades jurisdicionais, com o que sua relevância numa sociedade democrática é realçada, principalmente à luz dos incisos LIV e LV do art. 5º da CF, assim redigido:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
 LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...].

De fato, “as sociedades de advogados seguem a regra consistente na inexistência de organização dos fatores de produção para o desenvolvimento da atividade que se propõem”.¹⁸

No caso dos profissionais da advocacia, o Estatuto da Ordem dos Advogados, disciplinado pela Lei nº 8.906/1994, enuncia que a sociedade formada por aqueles profissionais é sociedade civil de prestação de serviços de advocacia, com regulação específica estabelecida pela própria lei (artigos 15, 16 e 17). A organização prevista para esse tipo específico de sociedade simples é a forma em nome coletivo, respondendo os sócios pelas obrigações solidárias e ilimitadamente.

A sociedade de advogados não pode adotar forma ou características mercantis, conforme estabelece o art. 16 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994), assim redigido:

Artigo 16. Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.

A proibição do art. 16 da Lei nº 8.906/1994, consistente na impossibilidade de a sociedade de advogados assumir características mercantis e qualquer dos tipos societários próprios daquelas atividades, não significa proibição de lucro pela advocacia, tendo em vista ter a sociedade caráter profissional, e por serem os serviços prestados onerosos, pelos quais devem ser remunerados.

As sociedades de advogados, formadas por profissionais intelectuais e a atividade econômica por elas explorada é a própria profissão intelectual de seus sócios, inexistindo, nesse caso, a organização dos fatores de produção, razão pela qual sempre tiveram tratamento especial para efeitos de tributação do ISS, na forma do art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/1968, que prevê tributação fixa.

A QUESTÃO DAS ALÍQUOTAS MÁXIMA E MÍNIMA DO ISS

A Constituição de 1988 atribuiu à lei complementar competência para fixar alíquotas máximas para o ISS, na forma do § 3º, I, do art. 156, posteriormente alterado pela Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002, que deu nova redação ao dispositivo constitucional, atribuindo à lei complementar fixar alíquotas máximas e mínimas, estando assim redigido:

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do *caput* deste artigo, cabe à lei complementar:

I – fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

II – excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior;

III – regular a forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Como a lei complementar não surgiu para fixação de alíquotas para o ISS, anteriormente à EC nº 37/2002, permaneceu a alíquota máxima de 5% fixada pela Lei Complementar nº 100, de 22 de dezembro de 1999, sem qualquer indicação para alíquotas mínimas, o que fez com que os municípios, por longo período, continuassem a fixar alíquotas menores para atrair as empresas a transferirem seus estabelecimentos para os municípios onde pagariam menos imposto, considerando a alta carga tributária, numa acirrada disputa entre os Municípios.

Esta situação permaneceu até a EC nº 37/2002, que acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o art. 88, dispondo que: a) enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º, do art. 156, da CF, o ISS terá alíquota mínima de 2% (dois por cento), exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/1968 (com redação da Lei Complementar nº 56/1987); e b) a proibição de conceder isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resultem, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima acima indicada.

Os aspectos polêmicos quanto às alíquotas continuaram, ao argumento de que a Emenda Constitucional não poderia suprimir direito adquirido nem ato jurídico perfeito em relação aos incentivos já concedidos a prazo certo e em função de certas condições, as chamadas “isenções condicionadas”.

A proibição de concessões de isenções, incentivos e benefícios, valeria para o futuro, não alcançando aquelas já concedidas a prazo certo, na forma da lei municipal.

A Lei Complementar nº 116/2003, que poderia solucionar o problema das alíquotas, em seu art. 8º fixou somente a alíquota máxima de 5%, nada dispondo sobre a alíquota mínima a que fez menção a Emenda Constitucional nº 37/2002, permanecendo, portanto, o art. 88 do ADCT, ou seja, a alíquota mínima de 2%, enquanto lei complementar não disciplinasse a matéria. A EC nº 37/2002 fixou a alíquota mínima em caráter transitório, até que lei complementar regulasse a matéria.

O certo, todavia, é que a disputa que ocorreu entre os municípios – a chamada “guerra fiscal” – para exigência do ISS é resultado de legislações imperfeitas que deixam margem a interpretações equivocadas da lei, trazendo insegurança jurídica para o contribuinte prestador dos serviços. Esta situação permaneceu até o surgimento da Lei Complementar nº 157/2016.

A LEI COMPLEMENTAR Nº 157/2016

A Lei Complementar nº 157, de 23 de dezembro de 2016, entre outros objetivos, alterou dispositivos da Lei Complementar nº 116/2003, quanto ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, estabelecendo em seu art. 2º que a LC nº 116/2003, passa a vigorar acrescido do art. 8º-A, assim disposto:

Artigo 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.

§ 2º É nula a lei ou o ato do Município ou do Distrito Federal que não respeite as disposições relativas à alíquota mínima previstas neste art. no caso de serviço prestado a tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o prestador do serviço.

§ 3º A nulidade a que se refere o § 2º deste art. gera, para o prestador do serviço, perante o Município ou o Distrito Federal que não respeitar as disposições deste artigo, o direito à restituição do valor efetivamente pago do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza calculado sob a égide da lei nula.

Estabeleceu, ainda, a LC nº 157/2016, em seu art. 6º que: “Os entes federados deverão, no prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei Complementar, revogar os dispositivos que contrariem o disposto no *caput* e no § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”.

Ao assim dispor, a LC nº 157/2016, teve por objetivo fixar a alíquota mínima de 2% (dois por cento), com objetivo de acabar com a chamada “guerra fiscal” entre os municípios, que ofereciam vantagens às empresas que se deslocassem para outros Municípios, que ofereciam alíquotas menores para o ISSQN.

Tal situação resultou em grande número de empresas que transferiram suas sedes para os municípios que ofereciam vantagens, muitas vezes essa transferência era feita apenas formal (só no papel), mas no aspecto material as empresas continuavam prestando serviços em seu estabelecimento de origem, causando enorme prejuízo para os municípios, onde de fato, permaneciam os estabelecimentos prestadores dos serviços. Um dos municípios mais prejudicados foi o de São Paulo.

É para regular, definitivamente, essa situação que surgiu a Lei Complementar nº 157/2016.

Tanto que em seu art. 4º, a LC nº 157/2016, alterou a Lei nº 8.429, de 02/07/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que passou a vigorar com as seguintes alterações:

Artigo 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Artigo 12. [...]

IV – na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Artigo 17. [...]

§ 13 – Para os efeitos deste artigo, também se considera pessoa jurídica interessada o ente tributante que figurar no polo ativo da obrigação tributária de que tratam o § 4º do art. 3º e o art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

AS SOCIEDADES DE ADVOGADOS E OS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

As sociedades de advogados, qualquer que seja o conteúdo de seus contratos sociais, estão subordinados ao Estatuto da Advocacia, estabelecido pela Lei nº 8.906/1994.

Em razão da sua natureza jurídica de “múnus público”, por exercer função essencial, a advocacia foi reconhecida pela Constituição de 1988 como indispensável à administração da justiça, nos termos do art. 133, assim redigido:

Artigo 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

No mesmo sentido, reconhece o Estatuto do Advogado, em seu art. 2º da Lei nº 8.906/1994:

Artigo 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

O trabalho do advogado é necessário à realização da justiça. O seu trabalho profissional é indispensável para que a justiça seja feita respeitando o devido processo legal, de forma justa pelo julgador.

Por esta razão, a Constituição Federal de 1988 colocou o trabalho profissional do advogado, no mesmo nível e importância da Defensoria Pública, nos termos do “caput” do art. 134, que preceitua:

Artigo 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Por tal razão, desde o Decreto-Lei nº 406/1968, art. 9º, §§ 1º e 3º, sempre tiveram tratamento especial quanto ao recolhimento do ISS, por seu caráter não empresarial, reconhecido por nossos Tribunais Superiores, sem que represente isenção ou ofensa ao princípio da isonomia, conforme os seguintes julgados:

RE nº 236.604-7 – Paraná

Relator Min. CARLOS VELLOSO

Tribunal Pleno – 26/05/99

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ADVOCACIA. D.L. 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º. C.F., art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º.

I – O art. 9º, §§ 1º e 3º, do D.L. 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88: CF/88, art. 146, III, a. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88.

II – R.E. não conhecido.

Do voto do ministro relator, merece destaque o seguinte trecho:

Indaga-se: os §§ 1º e 3º do DL 406/68 teriam sido recebidos pela CF/88? Noutras palavras, os §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL 406/68, segundo o recorrente, configurariam uma isenção? Por isso, tendo em vista o disposto no art. 151, III, da CF/88, que veda à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, os citados dispositivos, §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL 406/68, não foram recebidos pela CF/88. Dispõem o art. 9º e os seus §§ 1º e 3º, do DL 406/68:

“Artigo 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa, forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.” (Redação dada pela Lei Compl. 56, de 15.12.87)

A Lista de Serviços (redação da Lei Compl. 56, de 1987), inclui, no item 88, os serviços prestados por advogados.

Abrindo o debate, deixo expresso o meu entendimento no sentido de que as disposições inscritas nos §§ 1º e 3º do DL 406/68 não configuram isenção. O art. 9º e seus §§ dispõem a respeito da base de cálculo do ISS, certo que, na forma do estabelecido na Constituição Federal, art. 146, III, a, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Ora, o DL 406/68 foi recebido como lei complementar, a lei complementar do ICMS e do ISS. Isto é inquestionável. No RE 149.922-SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que, “se a base de cálculo em referência (examinava-se a base de cálculo do ICMS) já se achava disciplinada pelo art. 2º, § 8º, do Decreto-Lei nº 406/68, recepcionado pela nova carta com o caráter de lei complementar, até então exibido (art. 34, § 5º, do ADCT), não havia lugar para a nova definição que lhe deu o Convênio ICM 66/88 (art. 11), verificando-se, no ponto indicado, ultrapassagem do linde cravado pela norma transitória e conseqüente invasão do princípio constitucional da legalidade tributária.” (Plenário, 23.02.94, RTJ 152/966). Cabendo à lei complementar definir a base de cálculo dos impostos discriminados na Constituição, (C.F./88, art. 146,

III, a), certo que o DL 406/68 foi recebido como lei complementar, correto afirmar-se que o art. 9º e seus §§, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram, também, recebidos pela Constituição vigente.

Não configurando os citados dispositivos legais, §§ 1º e 3º, do DL. 406/68, isenção, não há falar em ofensa ao art. 151, III, da CF/88. Aqui, na verdade, incide a regra do § 5º do art. 34, ADCT, porque tem-se a aplicação da legislação anterior à CF/88, porque essa legislação não é incompatível com o sistema tributário nacional da CF/88. Ao contrário, os dispositivos legais citados, o art. 9º e seus §§ seguem a regra do art. 146, III, a, da CF/88.

Também não há falar que as citadas disposições legais, §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL 406/68, seriam ofensivas ao princípio da igualdade tributária, art. 150, II, da C.F. Os §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL. 406/68 cuidam de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte. E se os tais serviços forem prestados por sociedades o imposto será calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não.

Com propriedade, o acórdão repeliu a arguição de ofensa ao princípio isonômico, escrevendo:

"[...]

Nem mesmo pretendida violação ao princípio constitucional da isonomia está caracterizado no caso em exame, conforme, acertadamente destacou o Juiz Walter Borges Carneiro, em Acórdão proferido na Ap. Cível nº 48.487-1, de Curitiba, quando asseverou:

'O princípio da igualdade de todos perante a lei pressupõe que as pessoas serão tratadas de acordo com as suas dissemelhanças, posto que a igualdade absoluta inexistente. No âmbito do direito tributário, a transposição deste princípio constitucional redundaria em que os contribuintes serão tratados isonomicamente em relação às incidências fiscais. Guardadas, logicamente, as desigualdades entre os contribuintes.

Exatamente para possibilitar a efetiva aplicação da isonomia é que o legislador, sempre que possível, e dentro de uma disposição política em dado momento histórico da sociedade, estabelece diferentes tratamentos a diferentes contribuintes. Essa separação se legitima à luz de outro princípio constitucional, o da capacidade contributiva, significando que a lei poderá emprestar tratamento diferenciado para as categorias de contribuinte. Estas categorias devem congrega contribuintes que se encontrem em situação equivalente quanto à sua capacidade econômica.

Portanto, como primeiro pressuposto, tem-se que é plenamente possível o legislador estabelecer tratamentos diferenciados, desde que para contribuintes em situações diversas. Dentro de uma categoria de contribuintes, certamente não será possível. A isonomia, aliás como ocorre em direito, incluso da ordem social e humana que está, é relativa. Altera-se relativamente a pessoas que encontram-se em situações diversas'.

Tratando-se de isonomia e de igualdade ou desigualdade entre as pessoas, nunca é demais citar brilhante frase do inolvidável Rui Barbosa, em sua "Oração aos Moços" quando destaca:

'tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos equivalessem.

Portanto, o fato de existir tratamento diferenciado para determinadas categorias de contribuintes, não sugere a ocorrência de isenção tributária, conforme pretendido pelo impetrado, mas sim, prerrogativas emanadas da própria legislação, inexistindo violação alguma ao princípio isonômico recepcionado na Constituição Federal.

[...]" (fls. 147/149)

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, num rol de decisões, jamais deu pela incompatibilidade do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, com a Constituição pretérita, que consagra, como é sabido, o princípio da igualdade.

É conferir:

RE 96.475-SP, Rafael Mayer, 1ª T., 14.5.82, "DJ" de 04.6.82; RE 105.185-RS, Rafael Mayer, 1ª T., 03.5.85, RTJ 113/1.420; RE 105.854-SP, Rafael Mayer, 1ª T., 18.6.85, RTJ 115/435; RE 105.273-SP, Rafael Mayer, 1ª T., 31.5.85, "DJ" de 21.6.85; RE 82.560-SP, Aldir Passarinho, 2ª T., 27.5.83, "DJ" de 05.8.83; RE 82.724-CE, Leitão de Abreu, Plenário, 11.10.78, RTJ 90/533.

Também não há falar em ofensa ao art. 145, § 1º, da C.F.: ofensa ao princípio da capacidade econômica, servindo, no caso, os argumentos já expendidos, *suso*.

RE nº 220.323-3 – Minas Gerais

Relator Min. CARLOS VELLOSO

Tribunal Pleno – 26/05/99

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS: BASE DE CÁLCULO. D.L. 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º. C.F., art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993.

I – As normas inscritas nos §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no *caput* do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da C.F., com a redação da EC nº 3, de 1993.

II – Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do D.L. 406/68.

III – R.E. não conhecido.

Do voto do ministro relator, merece destaque o seguinte trecho:

Aqui, entretanto, há questão nova: a disposição inscrita no § 6º, do art. 150, da C.F., introduzida pela EC nº 3, de 1993:

"Artigo 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".

À lei complementar compete, na forma do art. 146, III, a, da C.F., estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Importa perquirir, no caso, se as normas inscritas nos §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL 406, de 1968, implicam redução da base de cálculo do ISS.

Esta a questão.

O *caput* do art. 9º do DL 406, de 1968, estabelece que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço. O preço do serviço, portanto, é a base de cálculo do ISS.

Disciplinando a matéria, prescreve o § 1º do mesmo art. 9º que, "quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho".

O que está na lei é isto: se se tratar de prestação de serviço sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado por meio de alíquotas fixas ou variáveis, tendo em vista a natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

E o § 3º do citado art. 9º acrescentou que, “quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa” – no caso a autora-recorrida presta serviços relacionados com a elaboração de projetos de arquitetura, engenharia e demais projetos de áreas correlatas – “forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável”. (Redação dada pela Lei Complementar 56, de 15.12.87).

[...]

“Como não foi revogado o DL nº 406/68 e nem editada nova lei complementar prevista no art. 156, § 3º, da CF, que venha a dispor de forma diversa da atual legislação, esta continua em vigor, produzindo efeitos jurídicos até que venha a ser revogada, substituída por outra ou declarada inconstitucional.

Não há como considerar constitucional lei municipal que, extrapolando os limites de sua competência, insere-se na competência de lei complementar hierarquicamente superior, alterando-lhe dispositivos e legislando sobre matéria que só a ela compete.

[...]” (fls. 264/265)

Perfeito o raciocínio.

Não há falar em redução da base de cálculo do ISS pelos §§ 1º e 3º, do DL 406, de 1968, senão que, disciplinando a matéria, citados dispositivos legais definiram base de cálculo para certo tipo de serviço, o prestado de forma pessoal, por contribuinte autônomo ou sociedade de profissionais liberais. Não há falar, também, que citados dispositivos concedem isenções, conforme deixamos claro no voto que proferimos no RE 236.604-PR, suso transcrito. O que se tem, no caso, são bases de cálculo diferentes, para serviços diferentes, ou, noutras palavras, que os citados dispositivos legais disciplinam bases de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no *caput* do art. 9º.

No mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no Agravo de Instrumento nº 923.122-RJ

Relator Min. CASTRO MEIRA

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. art. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI Nº 406/68. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. As sociedades de advogados, qualquer que seja o conteúdo de seus contratos sociais, gozam do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68 e não recolhem o ISS sobre o faturamento, mas em função de valor anual fixo, calculado com base no número de profissionais integrantes da sociedade.
2. Estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, impõe-se a aplicação da Súmula 83/STJ.
3. O reexame do suporte fático-probatório da demanda é inviável em sede de recurso especial, consoante o disposto no enunciado sumular 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.
4. Inviável a discussão, em sede agravo regimental, de matéria não abordada no recurso especial, por tratar-se de inovação recursal.
5. Agravo regimental não provido.

E sobre a impossibilidade de as sociedades de advogados assumirem caráter empresarial, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RESP nº 1.227.240-SP

Relator Min. LUIS FELIPE SALOMÃO

4ª Turma

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E SIMPLES. SOCIEDADES DE ADVOGADOS. ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO EMPRESARIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS INTELECTUAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ASSUMIREM CARÁTER EMPRESARIAL. LEI Nº 8.906/1994. ESTATUTO DA OAB. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO AFASTADA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.

1. Não há que se falar em omissão ou contradição no acórdão recorrido quando embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame tiver sido devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, com pronunciamento fundamentado, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente.

2. De acordo com o Código Civil, as sociedades podem ser de duas categorias: simples e empresárias. Ambas exploram atividade econômica e objetivam o lucro. A diferença entre elas reside no fato de a sociedade simples explorar atividade não empresarial, tais como as atividades intelectuais, enquanto a sociedade empresária explora atividade econômica empresarial, marcada pela organização dos fatores de produção (art. 982, CC).

3. A sociedade simples é formada por pessoas que exercem profissão do gênero intelectual, tendo como espécie a natureza científica, literária ou artística, e mesmo que conte com a colaboração de auxiliares, o exercício da profissão não constituirá elemento de empresa (III Jornada de Direito Civil, Enunciados números 193, 194 e 195).

4. As sociedades de advogados são sociedades simples marcadas pela inexistência de organização dos fatores de produção para o desenvolvimento da atividade a que se propõem. Os sócios, advogados, ainda que objetivem lucro, utilizem-se de estrutura complexa e contem com colaboradores, nunca revestirão caráter empresarial, tendo em vista a existência de expressa vedação legal (artigos 15 a 17, Lei nº 8.906/1994).

5. Impossível que sejam levados em consideração, em processo de dissolução de sociedade simples, elementos típicos de sociedade empresária, tais como bens incorpóreos, como a clientela e seu respectivo valor econômico e a estrutura do escritório.

6. Sempre que necessários o revolvimento das provas acostada aos autos e à interpretação de cláusulas contratuais para alterar o julgamento proferido pelo Tribunal a quo, o provimento do recurso especial será obstado, ante a incidência dos enunciados das Súmulas 5 e 7 do STJ.

Como se constata, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça confirmaram que os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL nº 406/1968 não foram afetados pela EC nº 3/1993, que alterou o art. 150 da CF/1988, ao acrescentar o § 6º ao referido dispositivo constitucional, assim redigido:

Artigo 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”.

Ora, a Lei Complementar nº 157, ao acrescentar o art. 8º-A na Lei Complementar nº 116, de 2003, estabeleceu que:

- A alíquota mínima do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento) (art. 2º);
- O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor, em decorrência de aplicação da alíquota mínima estabelecida no *caput* (§ 1º);
- É nula a lei ou o ato do Município ou do Distrito Federal que não respeite as disposições relativas à alíquota mínima prevista neste art. no caso de serviço prestado a tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o prestador do serviço (§ 2º);
- A nulidade a que se refere o § 2º deste art. gera, para o prestador do serviço, perante o Município ou o Distrito Federal que não respeitar as disposições deste artigo, o direito à restituição do valor efetivamente pago do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza calculado sob a égide da lei nula (§ 3º).

Da leitura mais atenta do dispositivo acima transcrito, com as novas regras previstas (art. 8º-A e respectivos parágrafos), acrescidas a Lei Complementar nº 116/2003, constata-se que a norma legal teve por objetivo acabar com a denominada “guerra fiscal” entre os municípios, estabelecendo normas gerais para o ISSQN e limites para a exigência do tributo, dirigida às Prefeituras que integram a Federação.

Não alcança, porém, a tributação fixa, para os advogados e suas sociedades prestadoras de serviços, por serem prestação de serviços de natureza intelectual, que se distinguem da profissão de empresário em razão da sua natureza social, necessária à administração da justiça.

Acresce-se, ainda, que, o acesso à profissão não é livre, como ocorre com a atividade empresarial, dependendo de formação intelectual e da inscrição do profissional na respectiva corporação, após rigoroso exame perante a Ordem dos Advogados do Brasil – são aprovados em torno de 20% dos inscritos em cada exame de caráter nacional – sujeita a fiscalização desse órgão quanto à ética e disciplina, além do registro da sociedade, cumprindo as exigências estabelecidas pelo Estatuto do Advogado.

Com efeito, o inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal, entre as garantias fundamentais e deveres individuais arrolados no dispositivo, estabelece:

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

A Constituição Federal consagrou o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei. Trata-se de norma constitucional de eficácia contida, por ter previsto a possibilidade da edição de lei que estabeleça as qualificações necessárias a seu exercício.

A norma constitucional, embora tenha regulado a matéria, quanto “a livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”, deixou ao legislador ordinário regular a matéria quanto as qualificações profissionais para tais exercícios, o que não ocorre com as sociedades empresárias.



“Os profissionais da advocacia estejam eles integrantes de sociedade de advogados ou não, sempre tiveram tributação especial, em relação ao ISSQN, mediante tributação fixa para cada profissional e para a sociedade, em valores estabelecidos pela lei municipal, exatamente pela relevância da natureza jurídica do trabalho exercido, necessário à justiça e à sociedade, não podendo ter tratamento jurídico como se fosse sociedade empresarial, de natureza mercantil.”

Além disso, como antes mencionado, a natureza jurídica dos serviços prestados pelo advogado, por serem intelectuais e de natureza técnica, essenciais à sociedade e à administração da justiça, sempre tiveram tratamento especial quanto à tributação do ISSQN, exatamente por não serem considerados empresários para efeitos de prestação de serviços.

Considerando todo o exposto, passamos a responder os quesitos formulados pelas Consulentes:

(i) Quais as razões histórico-normativas que justificam o regime de tributação fixa para o profissional de advocacia, esteja ele ou não incorporado aos quadros de uma sociedade, nos termos do que estabelece a Lei Ordinária Federal nº 8.906, de 1994 (EOAB)?

Resposta: O profissional de advocacia, por exercer atividade intelectual não empresarial e em razão da sua natureza jurídica de múnus público, reconhecido como serviço público, semelhante aos demais serviços prestados pelo Estado, não sendo mero defensor de interesses privados, tanto que foi o advogado reconhecido

pela Constituição Federal de 1988 (art. 133), “necessário à administração da justiça” e, portanto, indispensável ao “jus postulandi”, uma vez que sem a atuação profissional do advogado, não há justiça e, portanto, é necessário à sociedade.

Por esta razão sempre tiveram esses profissionais da advocacia, regime especial de tributação pelo ISSQN, mediante tributação fixa, desde a primeira normalização prevista nos parágrafos 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406, de 1968, recebido pela Constituição de 1988, como lei complementar, que estabelece as normas gerais do imposto municipal, a partir das quais cada município exerce a sua competência para legislar, a partir das normas gerais estabelecidas, em cumprimento ao art. 146, III da CF/88.

Assim, os profissionais da advocacia estejam eles integrantes de sociedade de advogados ou não, sempre tiveram tributação especial, em relação ao ISSQN, mediante tributação fixa para cada profissional e para a sociedade, em valores estabelecidos pela lei municipal, exatamente pela relevância da natureza jurídica do trabalho exercido, necessário à justiça e à sociedade, não podendo ter tratamento jurídico como se fosse sociedade empresarial, de natureza mercantil.

(ii) Em que se diferencia o regime de tributação fixa dos demais regimes de tributação previstos na legislação em vigor do ISSQN?

Resposta: O regime de tributação fixa se diferencia dos demais regimes de tributação previstos na legislação em vigor do ISSQN, por ser aplicável aos profissionais liberais e às sociedades por eles constituídas reconhecida pelo legislador e pela jurisprudência dos Tribunais, ao manter expressamente os §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/1968, com aplicação do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/2010).

Por esta razão os municípios têm exigido o ISSQN por meio de importâncias fixas, atualizáveis anualmente. No caso do Município de São Paulo, a questão está disciplinada pelo art. 15 da Lei nº 13.701, de 24/12/2003, que adotou o regime especial para tributação do ISSQN, mediante importâncias fixas quando os serviços forem prestados por profissionais autônomos ou aqueles que exerçam, pessoalmente, em caráter privado, atividade profissional, mediante sociedade constituída por profissionais da mesma atividade, mas prestam serviços de forma pessoal em nome da sociedade, assumindo a responsabilidade pessoal, nos termos da lei.

Esse dispositivo do art. 15 da Lei nº 13.701/2003, decorre do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/1968, que prevê a tributação fixa de autônomos e de sociedade de profissionais liberais, único dispositivo referente ao ISSQN, que restou mantido pela LC nº 116/2003.

Enquanto que os demais regimes de tributação previstos pela legislação em vigor do ISSQN, a tributação desse imposto municipal é feita considerando a base de cálculo que é o preço do serviço, com aplicação de alíquotas mínima de 2% e máxima de 5%, nos termos da lei de regência do imposto.

Esse tipo de tributação é feita para sociedades empresárias com objetivos mercantis e profissionais autônomos que prestam serviços descritos no rol de serviços da lista anexa à LC nº 116/2003, com objetivos de mercancia, pela venda dos serviços prestados, com objetivos econômicos.

Resta nítida, portanto, a diferença entre as sociedades simples e as sociedades empresárias, que não está no fato de um possuir finalidade lucrativa e a outra não.

O que realmente distingue uma sociedade empresária de uma sociedade simples é o objeto social. A sociedade empresária tem por objeto o exercício de empresa (atividade econômica organizada de prestação e circulação de bens ou serviços); enquanto a sociedade simples tem por objeto o exercício de atividade econômica não empresarial, por serem suas atividades de natureza intelectual, como ocorre com a sociedade de advogados. Além disto, voltamos a realçar que a sociedade de advogados não se assemelha a qualquer sociedade de prestação de serviços de natureza não comercial, pois sem advogados, não há possibilidade nem do “parquet”, nem do Poder Judiciário atuarem. O seu serviço é essencial – o vocábulo diz tudo – à Justiça, com o que não se assemelha a qualquer outra sociedade e decorre, o tratamento diferenciado, da imposição do princípio constitucional referente à separação e funcionamento dos Poderes.

(iii) O regime de tributação fixa enquadra-se no perfil normativo de algum ou alguns dos institutos aludidos no parágrafo 1º do art. 8º-A da Lei Complementar Federal nº 116, de 2003?

Resposta: O regime de tributação fixa à luz da Constituição Federal de 1988 e da Jurisprudência dos Tribunais antes mencionada não se enquadra no perfil normativo dos institutos mencionados no § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 2003.

A Lei Complementar nº 157/2016, alterou dispositivos da Lei Complementar nº 116/2003, quanto ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, introduziu o art. 8º-A, estabelecendo alíquota mínima do imposto de 2% (dois por cento).

E no § 1º desse dispositivo, estabelece que:

O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.

Constata-se que o § 1º da LC nº 157/2016 é dirigido às prefeituras, estabelecendo normas gerais de Direito Tributário, fixando limites para tributação do ISSQN, com objetivo de acabar com a “guerra fiscal”, entre eles, evitando que determinado município ofereça vantagens cobrando imposto com alíquotas menores, dando ensejo que empresas que embora prestem serviços em determinado município, desloquem sua sede para pequenos municípios, com objetivo de recebimento de vantagens em prejuízo dos municípios das grandes capitais, como durante muito tempo ocorreu, por falta de lei estabelecendo alíquota mínima, como ocorreu com a LC nº 157/2016.

Não, porém, para os advogados e as sociedades de advogados, que estão subordinados ao Estatuto da Advocacia estabelecido pela Lei nº 8.906/1964, em razão da sua natureza jurídica de “múnus público”, por exercer função social, a Advocacia foi reconhecida pela Constituição de 1988, como indispensável à administração da justiça (art. 133).

No seu ministério privado, o advogado presta serviço público no mesmo nível do Ministério Público e exerce função social.

Em outras palavras, o trabalho do advogado é necessário à realização da justiça. O seu trabalho profissional é indispensável para que a justiça seja feita, de forma justa pelo julgador, respeitando o devido processo legal e as garantias constitucionais.

Por esta razão, desde o Decreto-Lei nº 406/1968, art. 9º, §§ 1º e 3º, sempre tiveram tratamento especial quanto ao recolhimento do ISSQN, por seu caráter não empresarial reconhecido por nossos Tribunais Superiores, sem que represente isenção ou ofensa ao princípio da isonomia, conforme RE nº 236.604-7-PR e RE nº 220.323-3-MG.

O regime jurídico de tributação fixa, portanto, não se enquadra no perfil normativo de algum ou alguns dos institutos, a que faz menção o § 1º do art. 8º-A da LC nº 116/2003, na redação que foi conferida pela LC nº 157/2016, exatamente pela natureza jurídica do trabalho profissional do advogado de “múnus público”.

(iv) A alíquota mínima de 2% prevista no caput do art. 8º-A da Lei Complementar Federal nº 116, de 2003, deve ser aplicada também ao regime de tributação fixa? Em sendo aplicável, teria havido então a revogação deste regime?

Resposta: Pelas razões expostas ao longo do presente parecer, entendemos que não, uma vez que não foi revogado esse regime especial de tributação do imposto municipal ISSQN, pela Lei Complementar nº 157/2016.

À luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ), o regime especial continua em vigor, com aplicação do Decreto-Lei nº 406/1968, art. 9º, §§ 1º e 3º, em plena vigência.

(v) Comete ato de improbidade administrativa o gestor que mantiver o regime de tributação fixa para os advogados?

Por decorrer, como demonstrado no presente parecer, de imposição constitucional o tratamento diferenciado para o exercício profissional do advogado, essencial à separação dos poderes e à atividade do Poder Judiciário, não comete improbidade administrativa o gestor público que respeitar a tributação vigente com alíquota fixa, visto que estaria respeitando os princípios constitucionais mais relevantes, como o é o da separação dos poderes e o exercício autônomo e independente do Poder Judiciário. A nosso ver, o inverso, sim, poderia constituir improbidade administrativa, se tais princípios fossem relegados pelo gestor público, objetivando, via tributação, interferir na atuação de uma das três instituições da administração da justiça, que é a advocacia.

Este é o nosso entendimento, S.M.J.

São Paulo, 04 de setembro de 2017.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

OAB/SP 11.178

MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES

OAB/SP 42.904

NOTAS

- 1 Parágrafo único do art. 15.
- 2 Inciso II do art. 24.
- 3 Inciso II do art. 24.
- 4 Inciso III do art. 156.

- 5 Neste sentido o entendimento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.227.240/SP (DJe 18/06/2015), cuja ementa é a seguinte: “Recurso especial. Sociedades empresárias e simples. Sociedades de Advogados. Atividade econômica não empresarial. Prestação de Serviços intelectuais. Impossibilidade de assumirem caráter Empresarial. Lei nº 8.906/1994. Estatuto da OAB. Alegação de Omissão do acórdão recorrido afastada. Impossibilidade de análise de Cláusulas contratuais. Súmulas 5 e 7 do STJ.”
- 6 Parágrafo 1º do art. 9º.
- 7 Parágrafo 3º do art. 9º.
- 8 “Artigo 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.
 § 1º Entrarão em vigor com a promulgação da Constituição os arts. 148, 149, 150, 154, I, 156, III, e 159, I, “c”, revogadas as disposições em contrário da Constituição de 1967 e das Emendas que a modificaram, especialmente de seu art. 25, III.
 [...]
 § 3º Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.
 § 4º As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição.
 § 5º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º.
 § 6º Até 31 de dezembro de 1989, o disposto no art. 150, III, “b”, não se aplica aos impostos de que tratam os arts. 155, I, “a” e “b”, e 156, II e III, que podem ser cobrados trinta dias após a publicação da lei que os tenha instituído ou aumentado.
 § 7º Até que sejam fixadas em lei complementar, as alíquotas máximas do imposto municipal sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos não excederão a três por cento.
 § 8º Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, “b”, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.
 § 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação [...]”.
- 9 Data do julgamento de ambos os recursos extraordinários: 26/05/1999.
- 10 “Artigo 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.”
- 11 No “Decálogo do Advogado”, escrito para seus alunos na Universidade Mackenzie, na década de 1980, disse o primeiro subscritor: “3. Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito do legendário El Cid, capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos. 4. Sem o Poder Judiciário não há Justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre e altaneiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do Direito. 5. Considera sempre teu colega adversário imbuído dos mesmos ideais de que te revestes. E trata-o com a dignidade que a profissão que exerces merece ser tratada”.

12 O primeiro subscritor escreveu: Entre os romanos, todavia, é que a profissão do advogado ganhou sua relevância atual, com remuneração diferenciada. A “honorária” constituía verdadeira honraria, reputando-se homenageados os defensores com tal pagamento. E, até hoje, não recebem os advogados salários ou remuneração, mas honorários por seu trabalho.

O advogado, todavia, não é jurista. É um defensor que faz da lei o instrumento de defesa de seu constituínte. Seu compromisso é menos com a doutrina e mais com a obtenção de resultado que melhor satisfaça o interesse de seu cliente. Nem por isto lhe é dado transigir, adulterando o sentido da lei ou a prova, na busca de resultados que o ordenamento jurídico não permita. Sua habilidade está em potencializar a lei e o processo a favor de seu cliente.

O advogado não é, entretanto, o elaborador da Ciência. É um aplicador do Direito, mas não é o seu criador. É o conhecedor da lei, mas não seu inspirador. É o profissional que dá estabilidade à aplicação da ordem legal, mas não seu administrador.

Já o jurista é um produtor de Ciência, pois deve orientar a melhor interpretação do Direito, conformar os alicerces de sua produção e colaborar com os legisladores positivos e negativos, que são as Casas Legislativas e os magistrados.

O jurista é, portanto, um autêntico inspirador do Direito.

Não pode ficar adstrito a um conhecimento limitado à própria técnica produtora da norma, mas deve ter uma visão mais abrangente. É o instrumentalizador de todas as ciências sociais, no plano jurídico. Deve ostentar cultura humanística que lhe permita descortinar, no Direito positivo, o Direito universal e intertemporal. Deve ser, pois, historiador, filósofo, economista, sociólogo, mestre em ciências antecipatórias, psicólogo, sobre não desconhecer rudimentos das Ciências Exatas.

O Direito, em verdade, é a Ciência universal, por excelência. Abrange todas elas. Dá-lhes a dimensão desejada por um povo, em um determinado território, na conformação do ordenamento positivo.

Está, pois, o jurista na essência e na base do processo produtivo e aplicacional do Direito, em profunda colaboração com aqueles que têm a missão – sem serem, muitas vezes, especialistas na matéria – de produzir o Direito.

A grande maioria dos juristas tem sua origem na classe dos advogados” (O advogado e o direito de defesa no livro “A importância do direito de defesa para a democracia e a cidadania”, Ed. Lex/Magister, no prelo).

13 O STF assim decidiu no RE 76.723, conforme julgamento de 31/10/74, DJU de 29/11/74, pg. 8.995.

14 PINTO MARTINS, Sérgio. *Manual do ISS*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40.

15 MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e Prática do ISS*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: RT, 1984, p. 84.

16 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário*, atual. Misabel Derzi – 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 500, escreve: “A LISTA É TAXATIVA. O CTN, no art. 71, já revogado, depois de referir-se especialmente a algumas categorias de serviços, abrangia, de modo genérico, todos os demais numa cláusula bastante compreensiva: “demais formas de fornecimento de trabalho com ou sem utilização de máquinas, ferramentas e veículos (art. 71, § 1º, VI)”.

Assim, a regra geral e clara era a de que todo serviço, menos o de transportes e comunicações da União, ou os reservados por lei complementar aos Estados, poderia ser tributado pelos municípios, desde que prestado por empresa ou trabalhador autônomo.

São inconstitucionais os dispositivos municipais que tributam todo e qualquer serviço não previsto na lista do Decreto-Lei nº 834 (atualmente LC nº 116/2003).

17 DERZI, Misabel. In: Notas de atualização à obra “Direito Tributário Brasileiro”, BALEEIRO, Aliomar. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 502-203.

18 REsp nº 1.227.240-SP (STJ), Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.



IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é professor emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional.



MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES é advogada em São Paulo e Professora do Centro de Extensão Universitária.



ARQUIVO PESSOAL

Outra forma de escravidão

POR CRISTOVAM BUARQUE

Em uma entrevista publicada em outubro de 2012, o jogador brasileiro de futebol Raí falou com satisfação que, durante o tempo em que jogou no Paris Saint Germain, na França, a filha dele frequentava a mesma escola de altíssima qualidade que a filha da empregada. Naquela ocasião, Raí se

perguntou se não seria possível, aqui também, o filho do trabalhador estudar na mesma escola que o filho do patrão. E mais: o que devemos fazer para que essa se torne a realidade no nosso país, como ocorre na França e em outros lugares do mundo em que a economia cresce com plena estabilidade social? Por que ainda não fomos capazes de fazer isso?


O futuro de cada país decorre da formação de seus cidadãos, da capacidade de usar o potencial de seus cérebros. No Brasil, não haverá futuro se continuarmos a desprezar a formação intelectual de nossas crianças até a idade adulta. Não é difícil supor o que pode acontecer: mais uma vez ficaremos para trás entre os maiores países, como ocorreu há alguns séculos, quando insistimos no absurdo da escravidão, mantendo a desigualdade e impedindo o país de usar o potencial do trabalho livre de cada brasileiro por mais de trezentos e cinquenta anos.

Dos mais de 3 milhões de brasileiros que nasceram em 1995, todos agora com 22 anos, no máximo mil estão caminhando para se tornarem bons cientistas, filósofos ou escritores no âmbito internacional. E destes, uma boa parte está emigrando para desenvolver a ciência e a tecnologia em outros países.

Sem educação de qualidade para todos não teremos o futuro de produtividade na economia que permita a necessária riqueza para sair da pobreza nem o potencial de inovação capaz de dar ao Brasil a competitividade necessária para enfrentar a globalização. Sem educação com a mesma qualidade para todos desperdiçaremos cérebros, e manteremos a vergonha da desigualdade social que nos caracteriza, desde os tempos da escravidão, pela cor da pele, mas agora a escravidão pela ausência de educação.

Para fazer a educação ser de alta qualidade e igual para todos, basta uma carreira nacional do magistério suficientemente bem remunerada, de modo a atrair os melhores jovens para este trabalho, exigindo deles dedicação exclusiva e avaliação de desempenho. Os professores e seus alunos devem dispor de escolas com belos e confortáveis prédios, os mais novos equipamentos culturais, esportivos e tecnológicos, com horário integral em todas elas. É possível que isso ocorra aqui tanto quanto foi possível na França, tal como Raí foi testemunha.

O Brasil está amarrado na falta de educação para todos e isso decorre da falta de indignação com nosso atraso educacional em relação a outros países e com a desigualdade na oferta de vagas às nossas crianças, conforme a renda de suas famílias. Ainda não nos desamarramos porque não valorizamos o conhecimento. Preferimos a produção e a renda, sem percebermos que a verdadeira riqueza depende do conhecimento. Não olhamos para a frente, em sintonia com o “espírito do tempo” – demoramos a fazer a abolição da escravatura e agora demoramos a entender que negar a educação é a forma de escravizar quem não a recebe e de atrasar toda a nação, que sofre as consequências por não aplicar o conhecimento.

Por isso, mantivemos a escravidão por quase 70 anos, depois da independência, e estamos há mais de 100, desde a República, sem fazermos o que precisamos para ter uma educação boa para todos, como Raí viu na França. 

Desafios perigosos na internet: precisamos agir agora!

POR LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO

Atualmente, uma preocupação aflige os pais de jovens, reclamando reflexão e atenção da sociedade. Trata-se dos chamados desafios na internet. Verifica-se um aumento significativo da popularidade de canais no Youtube, os



quais apresentam vídeos de indivíduos realizando desafios, enviados pelos seus próprios seguidores, que criam um risco verdadeiro à vida, como colocar álcool e atear fogo no próprio corpo, se jogar de um carro em movimento, inalar desodorante, arrancar o próprio dente com alicate, beber gasolina, dentre diversos outros absurdos propagados na web.

O grande problema é que tais comportamentos têm sido reproduzidos por crianças e adolescentes que assistem às gravações. Já se tem registros de diversos brasileiros que, por pouco, não perderam suas vidas e ficaram severamente feridos por repetirem os comportamentos e desafios retratados nos vídeos.

Aliás, os riscos presentes nos desafios não são só para os jovens que utilizam os vídeos como exemplo, mas também para o próprio indivíduo que realiza tais desafios para postar na internet, como o caso do chinês que gravou sua própria morte no último dia 8 de dezembro de 2017, ao se pendurar em um prédio de 62 andares, quando acabou despencando durante o desafio. O jovem de 26 anos era conhecido na internet por filmar acrobacias perigosas em grandes prédios e publicar na internet.

“Não se pode dispensar a atuação do Estado, para que implemente a educação digital para crianças e jovens a fim de ensiná-los, desde cedo, sobre os perigos da internet e o que se deve ou não acessar. Sustentamos, também, a necessidade de o Legislativo criminalizar a conduta de induzimento à autolesão corporal, isto é, tornar crime o ato de alguém induzir o outro a cometer a autolesão corporal.”

Inclusive, no maior canal brasileiro do Youtube com estes vídeos, verifica-se mais de 7 milhões de inscritos, sendo que seu conteúdo é composto, por exemplo, por vídeos de seu criador “bebendo um copo de gasolina”, “testando arma de choque no corpo” e “colocando a mão no formigueiro” (título dos vídeos). A soma de visualizações, apenas destes três vídeos, já passa de 20 milhões, podendo ser acessados por qualquer um, seja criança ou adolescente, sem qualquer classificação etária ou restrição.

Devido à enorme popularidade de canais na internet contendo vídeos de desafios perigosos surge a necessária atenção quanto à responsabilização de seus criadores e divulgadores, pois tal conteúdo está influenciando e servindo de exemplo, sem qualquer restrição. Afinal, se crianças realizarem desafios absurdos, repetindo os comportamentos perigosos que veem, precisamos agir imediatamente!

O Youtube, por ser uma plataforma de hospedagem de vídeo, não interfere no conteúdo de cada canal. Todavia, nestes casos, poderia classificar alguns vídeos, estabelecendo faixas etárias para seu acesso. Uma sugestão é aplicar o que se estabelece no Guia de Classificação Indicativa, elaborado pelo Ministério da Justiça, fixando uma idade mínima para assistir a determinados vídeos no Youtube, especialmente aqueles contendo cenas de mutilação e violência gratuita.

O próprio Youtube, por sua política de uso, apresenta a seguinte advertência: “Se o seu vídeo contiver passagens, ainda que breves, de qualquer participação em atividades nocivas ou perigosas, não o publique. Tendo em vista a proteção dos utilizadores menores, poderemos aplicar restrições de idade a vídeos que mostrem adultos a participar em atividades com alto risco de ferimentos ou morte”¹. Já que existe esta advertência, portanto, que se apliquem as restrições etárias.


Infelizmente, ao que parece, o Youtube não realiza tal análise de forma eficiente, afinal, verifica-se canais com conteúdo exclusivamente formado por desafios, com milhões de inscritos e visualizações, sem qualquer restrição etária.

De outro lado, em relação ao indivíduo que filma e posta no Youtube tais vídeos (youtuber), após estabelecida a classificação etária nos vídeos que contenham desafios perigosos poderia ser inserida a apresentação de uma advertência, em destaque, informando que não se deve repetir o que ali será exibido.

Convém salientar que a classificação etária e a advertência em nada se confundem com censura. Afinal, o conteúdo estará sempre disponível. Todavia, será classificado como inapropriado para uma determinada faixa de idade, como na TV ou no cinema.

Quanto aos pais, sabemos a importância que tem o acompanhamento dos conteúdos acessados pelos filhos na internet, já que os inapropriados ou perigosos estão sempre à disposição, de modo que o diálogo e o acompanhamento são indispensáveis.

Por fim, não se pode dispensar a atuação do Estado, para que implemente a educação digital para crianças e jovens a fim de ensiná-los, desde cedo, sobre os perigos da internet e o que se deve ou não acessar. Sustentamos, também, a necessidade de o Legislativo criminalizar a conduta de induzimento à autolesão corporal, isto é, tornar crime o ato de alguém induzir o outro a cometer a autolesão corporal.

Com estas medidas, talvez se coloque um freio na megaexibição virtual indevida de vídeos às crianças e jovens inocentes, que estão sendo vítimas, expondo suas vidas ao perigo quando repetirem comportamentos ou realizarem estes desafios absurdos. Precisamos agir agora! 

NOTA

1 Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2801964>. Acesso em: 4 jan. 2018.



LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO é advogado criminalista, presidente da Comissão Nacional de Estudos dos Cibercrimes da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), Pós-Graduado pela Universidade Castilla-La Mancha (Espanha), membro do Grupo de Estudos de Direito Digital e Compliance da FIESP, membro efetivo da Comissão Especial de Direito Digital e Compliance da OAB/SP e integra o escritório D'Urso e Borges Advogados Associados.

O espelho

por MÔNICA SIFUENTES

“Se o momento atual da política brasileira pudesse ser captado pela lente de um fotógrafo, em um clique, a foto mostraria pessoas à frente de seus espelhos. Cada um olhando para si mesmo e admirando a própria imagem, como no mito de Narciso. Penso nos muitos homens e mulheres, em posição de poder, cujas personalidades são uma ficção, uma imagem construída para fora, uma fantasia, enquanto no seu interior impera uma imensa solidão e vazio. É a alma exterior que lhes dá vida e, sem ela, se tornam verdadeiros mortos-vivos.”



Diz-se que as imagens são mais fortes do que as palavras. Dessa constatação, provavelmente, nasceu o jornalismo fotográfico, que consegue captar a importância de um momento histórico com um único clique. Na maior parte das vezes, sem necessidade de legenda. Há exemplos clássicos, como o da menina correndo nua quando foi lançada a bomba em Hiroshima, ou do beijo do soldado americano na namorada, ao retornar da guerra. No Brasil, a foto de um sorridente Jânio Quadros empunhando uma vassoura, com a qual limparia a corrupção no país e, depois, com olhos esbugalhados atrás de óculos de aros grossos, anunciando a renúncia. De Fernando Collor, de punho em riste na campanha contra os marajás, na disputa da Presidência da República, em 1989 e, depois, saindo do Palácio do Planalto pela porta dos fundos, após o impeachment. De Dilma, sorridente ao lado de Michel Temer, ou abraçada a Lula, na eleição presidencial de 2014, e a expressão de angústia e falta de rumo ao deixar o cargo pelo mesmo motivo. Da foto de Temer com os lábios fortemente cerrados após a delação de Joesley Batista.

Todos eles, que exerceram ou estão exercendo o cargo público de maior importância do país, tiveram o seu dia de glória e satisfação pessoal absoluta, imagino, quando se sentaram naquela cadeira em frente ao fotógrafo oficial, com a faixa presidencial atravessada ao peito, em busca da pose que supostamente os eternizaria para a História. Qual das imagens eles guardarão de si mesmos?

Machado de Assis tem um conto que vem muito a calhar para divagações como essas. Chama-se “O espelho - esboço de uma nova teoria da alma humana” (ASSIS, Machado de. *Os melhores contos de Machado de Assis*. São Paulo: Global, 1993). É um dos seus textos mais curtos, mas sem dúvida um dos mais densos, quase um ensaio. Em *O Espelho*, Machado desenvolve a ideia de que o ser humano tem duas almas, uma interior e outra exterior, “uma que olha de dentro para fora e outra que olha de fora para dentro”. A nossa alma exterior revela a forma como nos mostramos ao mundo, o *status* e prestígio social, a imagem que projetamos nos outros. É a nossa máscara. A alma interior é o que trazemos escondido em nosso coração, a nossa real personalidade.

No conto, ele narra a história de Jacobina, nomeado para o cargo de alferes da Guarda Nacional. O cargo em si não era lá essas coisas, mas, para um moço pobre como ele, significou uma completa mudança de vida. A partir desse dia, passou a ser bajulado pelos parentes, amigos e vizinhos. Com tanta gente lhe admirando e dizendo o quanto ele era importante e sensacional, Jacobina perdeu a noção de si mesmo. Começou a se identificar com o cargo e com a imagem que projetava. Já não era mais Jacobina. Era “o alferes”. Essa superinflação do ego durou até o dia em que, por causa de um fato imprevisto, ele foi abandonado por todos os bajuladores e passou a ser tomado de angustiada solidão. É quando tem a ideia de se vestir com a farda de alferes em determinadas horas do dia e se sentar à frente de um e grande e antigo espelho.

No começo, a imagem não lhe parecia muito nítida, mas, aos poucos, ele foi se reconhecendo completamente no reflexo. Foi ganhando confiança, se sentindo melhor. Na frente do espelho, ele lia em voz alta, comia, andava de um lado para outro. A sua alma exterior o identificava com o mundo. A outra dispersou-se no ar e no passado. Compensada momentaneamente a solidão, ele se despia e voltava a ser o que era: um ser perdido no imenso casario, vendo as horas correrem lentamente pelo tic-tac do velho relógio de parede.



“Em *O Espelho*, Machado desenvolve a ideia de que o ser humano tem duas almas, uma interior e outra exterior, “uma que olha de dentro para fora e outra que olha de fora para dentro”.

Muito já se escreveu sobre homens e espelhos. A literatura e a filosofia estão repletas de interpretações míticas, místicas e até psicanalíticas sobre a relação entre o espelho, a alma humana e a identidade. O espelho é um dos poucos objetos que nos permitem ver o nosso próprio rosto. Sem ele, não nos reconheceríamos.

Se o momento atual da política brasileira pudesse ser captado pela lente de um fotógrafo, em um clique, a foto mostraria pessoas à frente de seus espelhos. Cada um olhando para si mesmo e admirando a própria imagem, como no mito de Narciso. Penso nos muitos homens e mulheres, em posição de poder, cujas personalidades são uma ficção, uma imagem construída para fora, uma fantasia, enquanto no seu interior impera uma imensa solidão e vazio. É a alma exterior que lhes dá vida e, sem ela, se tornam verdadeiros mortos-vivos.

Guimarães Rosa também tem um conto com o nome de *Espelho* (Primeiras Estórias, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988), em que relata a experiência de se olhar para um e, inicialmente, não se reconhecer. Em certo momento, ele diz para a imagem: “Sou do interior, o senhor também. Na nossa terra diz-se que nunca se deve olhar em espelho às horas mortas da noite, estando-se sozinho”. Nas cidades do interior do Brasil, até hoje há famílias que velam os mortos em casa e, enquanto o corpo está insepulto, cobrem os espelhos, receando que a alma fuja para dentro deles e dali não consiga sair. Pelo sim, pelo não, vale o conselho.





A tutela do meio ambiente por meio da ação civil pública

por ANA LETÍCIA CORDEIRO MARQUES VIEIRA E ANA REBECA DOS SANTOS DA SILVA

“A importância e conquista da ação civil pública é sobretudo significativa, uma vez que torna possível tanto um direito – meio ambiente equilibrado – quanto um dever – do cidadão, da sociedade ou do próprio Estado. Tendo em vista que muitos danos possuem nexos com os poderes econômico e político, muitas ações não chegam a obter êxito. Nada obstante, salienta-se o caráter transformador da referida ação, posto que proporciona a conscientização acerca da preservação tanto para a geração atual quanto para as futuras.”

O meio ambiente compreende todas as coisas vivas e não vivas do planeta, constituindo um enorme complexo em que os seres humanos estão inseridos. Portanto, surgem casos jurídicos, litígios, preocupações, controvérsias e ações judiciais envolvendo este bem de uso comum do povo.

Os primeiros casos jurídicos envolvendo a temática ambiental surgiram entre os anos 1940 e 1960, quando, após os períodos da Revolução Industrial e das duas grandes Guerras Mundiais, a humanidade passou, enfim, a preocupar-se com a proteção do meio ambiente e, conseqüentemente, com a qualidade de vida das futuras gerações.

No Brasil, após várias legislações, foi criada a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, instrumento de tutela eficaz do meio ambiente e também do consumidor e de bens de valores artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O presente artigo tem por finalidade demonstrar a importância da ação civil pública como meio de proteção ao meio ambiente, bem como abordar o conceito e os princípios do meio ambiente, analisar sua previsão constitucional, tratar do dano ambiental e sua reparação por meio desta ação judicial, conceituando-a, falando de algumas implicações da ação civil pública ambiental, em especial, e explanando um pouco da sua eficácia na atualidade por meio de julgados e o entendimento de tribunais.

CONCEITO E ESPÉCIES DE MEIO AMBIENTE

De acordo com a Resolução nº 306/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), o “conjunto de condições, leis, influências, e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” corresponde ao chamado meio ambiente, comumente associado à natureza, englobando a fauna e a flora, porém essa conotação naturalística é apenas uma das espécies do gênero meio ambiente. Soma-se, assim, ao meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho.

Há ainda quem considere o patrimônio genético como mais uma espécie de meio ambiente, com base no art. 225, § 1º, II, da Constituição Federal, pelo qual incumbe ao poder público “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

O meio ambiente natural, ou físico, é aquele composto por recursos naturais, quais sejam: a água, o solo, o ar atmosférico, a fauna e a flora. O meio ambiente artificial, por sua vez, é aquele composto pelos espaços urbanos construídos pelo homem, como praças, avenidas, casas, entre outros. Já o meio ambiente cultural é tudo aquilo tombado ou registrado como patrimônio cultural, a exemplo de uma receita de um prato culinário típico de determinada região que tenha sido posto em registro, ou mesmo um prédio histórico, uma dança, ou um bairro. Por fim, o meio ambiente do trabalho é aquele onde são desenvolvidas as atividades humanas laborais, ou seja, o ambiente de trabalho.

PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

A Constituição brasileira de 1988 traz em seu bojo dois artigos que tratam da dimensão ambiental: o artigo 170 e o artigo 225, este último expressando de modo mais esclarecedor a questão, ao estabelecer que “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”.

Entende-se, assim, que está constitucionalmente assegurado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, um direito fundamental, logo, imprescritível, inalienável, irrenunciável, universal, relativo e marcado por historicidade. Também é um direito de terceira dimensão, visto que é “coletivo, transindividual, com aplicabilidade imediata em razão de sua incidência não depender de regulamentação” (AMADO, 2012, p. 50).

O artigo 225 também determina que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, o que significa dizer que nenhuma pessoa pode ser privada completamente do acesso a ele. Entretanto, podem ocorrer restrições do uso, a exemplo da cobrança pelo uso da água, que já é feita em diversas localidades, mesmo sendo ela bem de uso comum.

Cabe salientar que o bem de uso comum do povo é gerido pelo Poder público. Neste sentido, Paulo Machado (2011, p. 137) entende que o Poder público:

Passa a figurar não como proprietário de bens ambientais – das águas e da fauna – mas como um gestor ou gerente que administra os bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão.

A partir das expressões “essencial à sadia qualidade de vida” e “dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, contidas no *caput* do artigo 225 da CF/1988, remete-se ao conceito de desenvolvimento sustentável adotado pelo Relatório Brundtland, de 1987, também conhecido pela publicação intitulada “Nosso Futuro Comum” (1991), segundo a qual o desenvolvimento sustentável é “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem as suas próprias necessidades”.

Conforme preleciona Paulo Machado (2011, p. 127), adota-se no *caput* do art. 225 uma visão antropocêntrica, o que é ratificado pelo Princípio I, da Declaração do Rio, de 1992, segundo a qual: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável”. Este autor também afirma que nos parágrafos do artigo 225 equilibra-se esta visão na qual o homem está no centro – antropocentrismo – com a visão biocêntrica, harmonizando, portanto, os seres humanos e a biota, compreendida pelo conjunto de todos seres vivos de um determinado ambiente ou de um determinado período.

Ademais, ao longo dos incisos e parágrafos do art. 225 da Constituição Federal pode-se depreender que eles visam à tutela, tanto pelo Poder público quanto pela coletividade, do meio ambiente, exigindo que haja a preservação da biodiversidade, a identificação das áreas protegidas, a exigência de estudos e impacto ambiental, a educação ambiental, a responsabilização pelos danos ambientais, entre outras implicações pertinentes.

O artigo 170, inciso VI, da Carta Magna, por sua vez, dispõe que:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI – defesa do meio ambiente [...].

Conforme o disposto no inciso VI, a defesa do meio ambiente é princípio da ordem econômica, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços dos processos de elaboração e prestação, visto

que alia os desenvolvimentos social e econômico à proteção ambiental. Isso, mais uma vez, remete à ideia de desenvolvimento sustentável, o qual busca, justamente, assegurar o desenvolvimento socioeconômico sem deixar de preservar o meio ambiente. Além disso, o artigo em questão também trata da necessidade da indenização ou penalização que deve ocorrer de acordo com o impacto ou degradação causado.

PRINCÍPIOS DO MEIO AMBIENTE

Primeiramente, cumpre ressaltar a importância dos princípios para compreensão da autonomia do Direito Ambiental, bem como para a interpretação do sistema legislativo ambiental de modos coerente, harmônico e proporcional. Nesse sentido, Celso Bandeira de Mello (2004, p. 451) sintetiza de modo esclarecedor a dinâmica de um princípio ao lecionar que:

[...] é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Conforme exposto, a tarefa de nortear conferida a um princípio se dá pelo seu caráter de proteção ao interesse e aos direitos considerados de suma relevância para uma sociedade. Dentro do foco em estudo, o princípio da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente em relação aos interesses privados reflete com primazia a necessidade da prevalência do interesse público frente aos direitos individuais, tendo em vista ser de conhecimento geral a essencialidade de um meio ambiente equilibrado para a existência da vida terrestre e o exercício pleno de direitos.

Quando se trata de interesse público é imprescindível ressaltar que este é indisponível no que tange à proteção ambiental. A ideia de indisponibilidade está atrelada à preocupação com o bem-estar das gerações futuras. Neste diapasão, chama-se atenção ao termo “fideicomisso ecológico”, que tem por conceito a existência de um patrimônio universal comum (meio ambiente), o qual precisa ser repassado incessantemente às gerações vindouras. Ademais, é importante notar que, por pertencer a todos, o meio ambiente é igualmente insuscetível de apropriação tanto pelo Estado quanto por particulares.

Outro princípio de profunda relevância é o da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente, conforme o disposto no item 17 da Declaração de Estocolmo, de 1972, e no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, consequência da natureza indisponível do meio ambiente. Como dever do Estado, a defesa do meio ambiente, bem como a ação dos órgãos e agentes estatais, passa a ser obrigatória. Assim, exigir do Poder público o exercício efetivo das competências ambientais que lhe foram outorgadas é um direito constitucionalmente assegurado.

Acerca do papel do Poder público, Édis Milaré (2005, p. 188), ao comentar o artigo 225 da CF/1988, assim leciona:

Não mais tem o Poder Público uma mera faculdade, mas está atado por verdadeiro dever. Quanto à possibilidade de ação positiva de defesa e preservação, sua atuação transforma-

se de discricionária em vinculada. Sai da esfera da conveniência e oportunidade para se ingressar num campo estritamente delimitado, o da imposição, onde só cabe um único e nada mais que único comportamento: defender e proteger o meio ambiente.

Apesar da obrigatoriedade intervenção do Estado, nada obsta à administração do meio ambiente com a participação efetiva e direta da sociedade, tão primordial que constitui um dos princípios do meio ambiente, qual seja, o da participação popular na proteção do meio ambiente, previsto expressamente no Princípio nº 10 da Declaração do Rio, de 1992.

Dentre os mecanismos de participação popular na proteção da qualidade ambiental destacam-se a iniciativa popular nos procedimentos legislativos; a participação na formulação e na execução de políticas ambientais; e a utilização de instrumentos processuais que permitem a obtenção da prestação jurisdicional na área ambiental, em especial, a ação civil pública ambiental, a qual será analisada em momento oportuno.

Dentro da ideia central de que a proteção ambiental não é um movimento isolado, mas sim que deve estar inserida em todas as esferas de desenvolvimento global, surge o princípio da garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentado. Tal princípio equipara a defesa ambiental a outros aspectos de desenvolvimentos econômico e social. Cumpre destacar o conceito tríade de desenvolvimento sustentável, o qual interliga os desenvolvimentos econômico e o social (ou inclusão social) com a preservação ambiental.

É de conhecimento público que, recorridas vezes, atos lesivos ao meio ambiente não têm recebido a devida punição em decorrência de uma tolerância por parte da Administração. Todavia, a responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente é um princípio que rege o Direito Ambiental e deve ser amplamente reconhecido nas esferas civil, penal e administrativa, a depender do caso.

Além dos princípios supramencionados, existem outros que merecem ser citados, quais sejam: o princípio das funções social e ambiental da propriedade – o proprietário deve observar a coletividade no exercício de seu direito de propriedade; o princípio da avaliação prévia dos impactos ambientais das atividades de qualquer natureza – o meio ambiente deve ser levado em consideração antes da realização de atividades que possam ter impacto ambiental; o princípio da prevenção de danos e degradações ambientais – agressões ao meio ambiente são, no geral, de difícil ou impossível reparação.

DANO AMBIENTAL

Álvaro Luiz Valery Mirra (2004, p. 89), em sua obra “Ação Civil Pública e reparação do dano ao meio ambiente”, traz o conceito de dano ambiental como ofensa ao bem maior indisponível. Nas palavras deste autor, dano ambiental é:

[...] toda degradação do meio ambiente, incluindo os aspectos naturais, culturais e artificiais que permitem e condicionam a vida, visto como bem unitário imaterial coletivo e indivisível, e dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos que o compõem, caracterizadora da violação do direito difuso fundamental de todos à sadia qualidade de vida em um ambiente são e ecologicamente equilibrado.

Isto posto, é possível ressaltar a amplitude da expressão “dano ambiental”, já que afeta todo um conjunto de interdependências que possibilitam a vida. Para o renomado autor Édis Milaré (2005, p. 427-428), dano ambiental é:

A lesão aos recursos ambientais, com a conseqüente degradação-alteração adversa ou – *in pejus* – do equilíbrio ecológico e da qualidade ambiental.

Apesar do caráter coletivo das conseqüências da degradação ambiental, pode-se falar, eventualmente, em dano ricochete e compreensão de interesses pessoais. Dessa forma, os responsáveis possuirão um dever de reparação frente ao prejuízo sofrido – patrimonial, bem como ao meio ambiente e a terceiros – extrapatrimonial.

Tratando especificamente de cada uma das possibilidades, constata-se que dano ambiental individual é aquele experimentado pelo particular em decorrência de um dano reflexo, fruto da atividade danosa do poluidor – não se excluirá o claro dano ao meio ambiente –, que tem por conseqüência um cunho coletivo. Mas, nesse caso em especial, a conduta causa lesão a terceiros.

De acordo com Milaré (2005, p. 814):

A pessoa vitimada pelo dano ambiental reflexo pode buscar a reparação do dano por intermédio de uma ação indenizatória de cunho individual, com fundamento nas disposições do direito de vizinhança.

Assim, tendo em vista que a reparação de danos causados ao meio ambiente é abarcada pela responsabilidade objetiva, se estenderá ao dano ambiental ricochete.

No que tange às modalidades de reparação ao dano ecológico, há duas modalidades que merecem especial destaque: a imposição ao poluidor e ao predador e a obrigação de recuperar e ou indenizar os danos causados. Segundo Milaré (2005, p. 817), existe uma modalidade ideal de reparação, sendo esta efetivada de forma preferencial, ainda que mais onerosa, que é restauração natural do bem agredido, ou seja, ocorre a cessação da atividade lesiva e repõe-se a situação ao estado anterior, ou adota-se uma medida compensatória equivalente ao dano.

Quanto à segunda modalidade, a reparação por intermédio de indenização se aplicará de modo subsidiário, quando se chegar à infeliz constatação de que a restauração *in natura* não é mais viável tanto por inviabilidade técnica quanto fática. Por tal motivo, a modalidade de reparação é considerada uma forma indireta de reparação do dano ao meio ambiente equilibrado.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Com o surgimento de novas realidades social e jurídica e ainda do afastamento do caráter eminentemente individualista das tutelas jurisdicionais nasceu a ação civil pública (ACP) como instrumento processual direcionado à defesa de interesses difusos e metaindividuais. A ACP é conferida ao Ministério Público para a realização do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, em suma, busca-se tanto a reparação do dano quanto a sanção correspondente.

A ação civil pública é adequada para impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e ainda por infrações de ordem econômica, por tal motivo é acertado afirmar que a ACP tutela direitos difusos. Nesse diapasão, afirma Édis Milaré (2005, p. 241) que: “Não é direito subjetivo, mas direito atribuído a órgãos públicos e privados para a tutela de interesses não individuais *stricto sensu*.”

Pode-se concluir que o amparo da ação civil pública não concerne exclusivamente a um indivíduo, mas sim a toda a coletividade na tutela de interesses meta ou transindividuais, os quais se desdobram em direitos difusos e coletivos.

A ação civil pública, assim como a ação popular e o mandado de segurança são instrumentos especiais modernos que visam romper o “engessamento” de técnicas clássicas pertinentes ao processo civil. A ação civil pública é um remédio especial que possui as peculiaridades de ser ágil e admitir legitimidade extraordinária e substituição processual, além da produção dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* (para todos).

É interessante apontar que, apesar dos efeitos da sentença de uma ação civil pública possuírem efeitos *erga omnes*, esta não pode ser utilizada para declarar uma lei inconstitucional, por mais que a lei seja a causa da mácula do direito requerido. A explicação é simples: estar-se-ia diante de uma espécie de controle de constitucionalidade.

O rol taxativo do campo de atuação da ACP garante maior segurança jurídica, fazendo-se necessário transcrever o 3º da Lei nº 7.347/1985. O qual dispõe que “A ação civil terá por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. O pedido imediato (indica a natureza da providência solicitada) terá natureza condenatória, já que pela natureza dos interesses protegidos extrai-se a necessidade de paralisação da atividade ou a recuperação do bem ou interesse. No caso da tutela ambiental, toma-se, como exemplo, evitar que determinada espécie animal seja extinta.

Quando o direito não tiver mais possibilidade de reparação somente restará a indenização. No que se refere a tal procedimento, Hely Lopes Meirelles (1995, p. 129,130) ensina que:

A imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque na maioria dos casos o interesse público é o de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e em espécie do dano do que de receber qualquer quantia em dinheiro para a sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável, como ocorre com o desmatamento de uma floresta natural, na destruição de um bem histórico, artístico ou paisagístico, assim como no envenenamento de um manancial com a mortandade da fauna aquática.

Para a propositura de uma ação, em geral, é imprescindível o interesse de agir. Quando se tratar de ações coletivas o interesse de agir necessita de demonstração social, provocação. Nesse diapasão, tem entendido o Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público, sendo representante da sociedade e com a finalidade de defender os interesses de pessoas (direitos individuais homogêneos), deverá, pelo menos, demonstrar o interesse destas na prestação jurisdicional.

LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A legitimidade ativa para ingressar com uma ação civil pública está prevista no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, e também no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, no qual há um rol mais amplo, visto que neste último há determinados entes despossuídos de personalidade jurídica.

Os legitimados para agir na ação civil pública são, portanto: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios; a autarquia, a empresa pública, a fundação ou a sociedade de economia mista e os órgãos da Administração pública, ainda que sem personalidade jurídica; a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e inclua entre suas finalidades institucionais a proteção aos patrimônios público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou aos patrimônios artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A legitimidade é, pois, concorrente, por ser atribuída a mais de uma pessoa; e disjuntiva, visto que os legitimados podem ingressar com a ação juntos ou separadamente, o que torna o litisconsórcio facultativo; exclusiva, pois somente o substituto pode fazer parte da lide; e coletiva, por agir em defesa da coletividade.

No que tange à legitimidade passiva, também chamada de parte ré, aquela a quem o autor atribui o dever de satisfazer sua pretensão, a Lei da Ação Civil Pública não traz um rol nomeando quem pode ser réu nesta ação, nem taxativamente nem de forma exemplificada. Isso ocorre em razão de não haver restrição, ou seja, podem figurar como sujeitos passivos quaisquer pessoas que venham a ofender àquilo que é tutelado por este instrumento processual, ou seja, o infrator.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

Ante a insuficiência dos meios tradicionais de ação para se tutelar um direito difuso, como o é o direito ao meio ambiente, criou-se o instituto da ação civil pública. A insuficiência permeava desde a legitimidade para agir das ações convencionais do processo civil, visto que o Ministério Público era o único legitimado quando se tratava de ações de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, até os efeitos da sentença e a autoridade de coisa julgada, visto que estes sempre permaneceram interpartes, nem prejudicando nem beneficiando terceiros, conforme o artigo 472 do Código de Processo Civil.

Daí constata-se a tamanha relevância do instituto processual mencionado na tutela dos interesses difusos, especificamente os relativos aos danos causados ao meio ambiente, visto que estes afetam um número indeterminado de pessoas, ou seja, são danos de grandes dimensões. Além disso, é de grande importância que se tenha um instrumento que garanta a reparação do dano causado, a indenização devida, a punição e também, quando possível, a recuperação do que foi degradado.

A resposta à necessidade de tutela do meio ambiente no Brasil, de acordo com Álvaro Luiz Valery Mirra (2004, p. 124):

[...] deu-se de forma progressiva e acompanhou, de certo modo, a própria evolução da concepção de proteção do meio ambiente no curso dos anos. Inicialmente surgiram normas

destinadas à tutela de elementos isolados da natureza, como o Código Florestal, a Lei de Proteção à Fauna, o Código de Águas, o Código de Pesca. Em seguida, dentro de uma visão mais ampla e moderna, foram editadas as legislações de controle e combate à poluição da água, do ar e do solo e as relativas a parques e a áreas naturais protegidas, mais preocupadas com a preservação de ecossistemas. E, finalmente, no último estágio dessa evolução, vieram os diplomas relacionados com o meio ambiente globalmente considerado, entendido [...] como conjunto de relações, interações e interdependências que se estabelecem entre todos os seres vivos [...] e entre eles e o meio físico em que vivem, abrangente, também, dos bens e valores culturais.

Assim, tendo sido consagrada como fundamental a preservação da qualidade ambiental, veio, então, a denominada ação civil pública a fim de garantir o acesso à Justiça com a finalidade de proteger o meio ambiente como bem ou patrimônio pertencente à coletividade, cuja agressão, segundo Mirra (2004, p. 124):

Engendra litígios de dimensão coletiva e difusa, de difícil composição pela utilização dos instrumentos processuais clássicos, tradicionalmente a serviço da resolução de conflitos interindividuais.

A ação civil pública ambiental é regulada pela Lei nº 7.347/1985, sendo os legitimados ativos para ingressar em Juízo: as associações civis, que tenham como finalidade registrada em estatuto a defesa do meio ambiente, através de ações coletivas; assim também os sindicatos; o Ministério Público, por ter como função institucional prevista no art. 129, inciso III, da Constituição (“promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”); e, finalmente, os órgãos oficiais que objetivam a preservação do meio ambiente.

A legitimidade passiva, por sua vez, é qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, desde que seja responsável pelo dano ambiental ensejador da ação. Cabe observar, contudo, que a responsabilidade por danos ambientais sempre é objetiva, ou seja, independe de aferição de culpa.

EFICÁCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA ATUALIDADE

Não se pode mencionar eficácia da ação civil pública sem aludir à modificação do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, que com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997, dispõe que:

A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator; exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Anteriormente, inexistia qualquer barreira que limitasse os efeitos da sentença, valendo para todos os que estivessem em situação jurídica igual. Reformado, o artigo supracitado está em consonância com o entendimento jurisprudencial que, de modo geral, reconheceu a validade da restrição territorial e, portanto, passou a limitar-se a aplicação do artigo nas balizas definidas na lei. A título de exemplo, há a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Agravo de instrumento – Liquidação de sentença proferida em ação civil pública – Sentença proferida pela 12ª Vara Cível do Distrito Federal/DF – Ação de liquidação ajuizada na Comarca de Itápolis – Competência do órgão prolator – Tema pacificado na Corte Especial do STJ no sentido de que a sentença prolatada em ação civil pública faz coisa julgada “erga omnes” apenas dentro dos limites de competência territorial do órgão prolator, com base no art. 16 da Lei 7.347/85, alterado pela Lei 9.494/97. Preliminar de incompetência acolhida. Sentença anulada. Recurso provido, com determinação de remessa dos autos à 12ª Vara Cível do Distrito Federal (TJ/SP – AI 0546440-51.2010.8.26.0000 – Rel. Des. Francisco Giaquinto – 20ª Câm. Dir. Privado – j. 14/02/11).

Nada obstante, na doutrina tal decisão não encontrou solo fértil. Insta transcrever as críticas de Francisco Antonio de Oliveira (1997. p. 895) acerca da alteração realizada no artigo 16 da Lei nº 7.347/1985:

[...] um retrocesso inominável, uma vez que se pretende dar à ação civil pública o mesmo tratamento que é dado à defesa dos direitos individuais. É evidente que os interesses transindividuais não poderão ter seus efeitos circunscritos à base territorial, sob pena de neutralizar os feitos da ação civil pública, visto que, *v.g.*, num derramamento de petróleo em Santos, com o espraçamento dos danos por todo o litoral, a ação deveria ser proposta em cada comarca, o que é um absurdo, com a possibilidade de sentenças diversas sobre o mesmo tema.

Cumprido elucidar que o critério territorial da competência delimita o exercício da jurisdição, definindo o Juízo competente para certa ação, mas não se estende os efeitos ou limites da coisa julgada. Ademais, o termo “eficácia” também perpassa um critério social. José Afonso da Silva (1998, p.65), ao posicionar-se acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, afirma que: “A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada.”

No que tange à efetiva conduta aplicada ao caso concreto, mais especificamente em favor do meio ambiente, ainda há um longo caminho a ser percorrido, já que recorrentes têm sido os casos em que juízes optam pela declaração de improcedência da ação, deixando reputar insuficientes as provas produzidas pelas partes e, conseqüentemente, o meio ambiente sem a devida tutela jurisdicional.


CONCLUSÃO

Em decorrência dos diversos debates envolvendo meio ambiente e sua imprescindibilidade para a sobrevivência terrestre surgiu a necessidade do desenvolvimento ecologicamente equilibrado e sustentável. Tal fenômeno demandou a criação de mecanismos para exercer a tutela dos direitos ambientais (de caráter difuso). Nesse contexto, a ação civil pública surgiu como forma de adaptação às novas pretensões do Direito material.

Constata-se ainda que entender cada elemento de uma ação pública ambiental é de suma importância para a compreensão geral e específica de tal instituto. Percorreu-se desde os conceitos primordiais de meio ambiente, dano ecológico e ações coletivas até desembocar em análises jurisprudenciais e doutrinárias da ação civil pública proposta em face de danos ambientais.

A importância e conquista da ação civil pública é sobretudo significativa, uma vez que torna possível tanto um direito – meio ambiente equilibrado – quanto um dever – do cidadão, da sociedade ou do próprio Estado. Tendo em vista que muitos danos possuem nexos com os poderes econômico e político, muitas ações não chegam a obter êxito. Nada obstante, salienta-se o caráter transformador da referida ação, posto que proporciona a conscientização acerca da preservação tanto para a geração atual quanto para as futuras.

Há menções no decorrer do presente artigo aos dispositivos legais que tutelam direitos ambientais, os quais representam a luta pela superação de um modelo individualista intrínseco na sociedade brasileira e abrem o leque de proteção aos direitos de cunho coletivo e difuso.

O poder Judiciário tem se tornado um refúgio para a responsabilização civil em matéria ambiental, quando o Poder público ou até mesmo o particular falham no seu dever de guarda do meio ambiente, o qual garante a sobrevivência da espécie humana, restando, sem sombra de dúvida, caracterizado o interesse comum. 

REFERÊNCIAS

- MOTA, Tércio de Sousa; BARBOSA, Eivaldo Moreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. *Ação Civil Pública como instrumento de proteção ao Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9105&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 6. jul. 2015
- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental Esquemático*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.
- TENÓRIO, Dóris. *Classificação do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.jfsc.jus.br/ambiental/opiniao/meio_ambiente.htm>. Acesso em: 6. jul. 2015.
- DA COSTA, Geovana Specht Vital. *Das espécies de legitimidade ativa na tutela dos interesses difusos*. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/1184-das-especies-de-legitimidade-ativa-na-tutela-dos-interesses-difusos>. Acesso em: 6. jul. 2015.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1991.
- NOSSO FUTURO COMUM. *Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Trad. Our common future, 2. ed. Rio De Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>>. Acesso em: 2 fev. 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2005.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. Doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data'*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1995,
- DE OLIVEIRA, Francisco Antonio. *Da ação civil pública: instrumento de cidadania – Inconstitucionalidade da Lei 9.494, de 10.09.1996*. Revista LTr, v. 61, n. 7. São Paulo: LTr, julho de 1997.

ANA LETÍCIA CORDEIRO MARQUES VIEIRA é graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão - UEMA.

ANA REBECA DOS SANTOS DA SILVA é graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão - UEMA.



Por que a homofobia ainda não configura um crime?

POR LEONARDO SARMENTO

“Não é mais tolerável que a inefetividade da Constituição por obra da omissão do legislador transborde em minorias que necessitam de tutela do Estado. As diferentes dignidades devem ser respeitadas.”

Homofobia significa aversão a homossexuais, em seu sentido mais amplo. Hoje em dia, com o surgimento de novas denominações, além de qualquer ato ou manifestação de ódio ou rejeição a homossexuais, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, abarca ainda a lésbofobia, a bifobia, a transfobia e outras significações mais que carreguem o mesmo sentido hermenêutico.

Sob o manto protetor da liberdade de credo, ortodoxias religiosas marcadas por ignorância e insensibilidades utilizam-se da fé religiosa

para pregar o ódio e a discriminação da diversidade. Faz tempo que já presidem parcela dos meios de comunicação e se ativam na política com o fulcro de barrar ideais de diversidade e legislar em direção à discriminação de gênero.

Não é de hoje que os asseclas da fé discriminatória promovem a pregação para a conversão de homossexuais como cura de uma doença ou expulsão de um demônio. Em pleno século XXI, parece que estamos entre alguns seres ainda do período Paleolítico.

A Constituição da República, já em seu preâmbulo, assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Ademais, é consagrado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para regulamentar o comando constitucional, a Lei nº 7.716/1989 criminaliza o preconceito de raça ou de cor. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso atentam contra o preconceito em razão da idade. O Estatuto da Igualdade Racial visa a evitar a discriminação em face da cor. Entrementes, a expressa proibição constitucional de preconceito em razão de sexo, que diz respeito diretamente a discriminação por orientação ou identidade sexual, continua sem uma legislação hábil que criminalize as diversas formas de homofobia.

Há, indubitavelmente, uma omissão legislativa que reduz a efetividade dos mandamentos constitucionais referidos passível da interposição de ADI por omissão, ação é destinada a obter efetiva disposição acerca de norma constitucional que dependa de lei ou atos administrativos normativos indispensáveis à sua eficácia e aplicabilidade. Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, além da omissão legislativa, também alcança a omissão de órgãos administrativos que devem editar atos administrativos em geral, necessários à concretização das disposições constitucionais.

O Poder Judiciário tem colmatado em parte o silêncio da lei ao garantir alguns importantes direitos no âmbito de Direitos das Famílias, Previdenciário e Sucessório. Mencione-se a paradigma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, conferiu o direito ao casamento. Inobstante, a Justiça não tem como punir ações de natureza discriminatórias em razão de ninguém poder ser condenado sem lei anterior que defina a sua conduta como crime, que tipifique a sua ação como infração criminal, consoante o art. 5º, XXXIX, da CF/1988, o qual dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”.

Resta imperiosa a necessidade de aprovação de uma legislação específica voltada a regulamentar a inserção da população LGBT no sistema jurídico nos termos da Constituição de 1988.

Há no Congresso o Estatuto da Diversidade Sexual, que elenca princípios, garante direitos constitucionais, criminaliza atos discriminatórios e impõe a adoção de políticas públicas voltadas à inserção na sociedade da parcela ainda excluída do direito constitucional à dignidade humana. Para conferir maior legitimidade ao estatuto o projeto será apresentado por iniciativa popular.

É preciso educar, e para educar com efetividade as parcelas mais reprimidas intelectualmente da sociedade, muitas vezes direcionadas como se jegues fossem por detentores do poder de influenciar massas, verdadeiramente tocadas como gado diante das mais complexas ausências de discernimentos, faz-se indelevelmente necessária a regulamentação mais hígida e detalhada possível para que se cumpra a vontade constitucional.

Um juiz federal que, de certa forma, deprecia a classe dos jurisconsultos concedeu liminar que permite aos psicólogos oferecer terapia de reversão sexual, em outras palavras, a já propalada e risível “cura gay”, ainda que indiretamente. A decisão atende ao pedido de uma psicóloga, em processo aberto contra o colega, que aplicou uma censura à profissional por oferecer a terapia aos seus pacientes. Segundo a própria psicóloga censurada e outros psicólogos que apoiam a prática, a Resolução do CFP restringia a liberdade científica.

Segundo a decisão do juiz da 14ª Vara Federal no Distrito Federal, Waldemar Cláudio de Carvalho:

Sendo assim, defiro, em parte, a liminar requerida para, sem suspender os efeitos da Resolução nº 001/1990, determinar ao Conselho Federal de psicologia que não a interprete de modo a impedir os psicólogos de promoverem estudos ou atendimento profissional, de forma reservada, pertinente à (re) orientação sexual, garantindo-lhes, assim, a plena liberdade científica acerca da matéria, sem qualquer censura ou necessidade de licença prévia por parte do CFP, em razão do disposto no art. 5º, inciso IX, da Constituição de 1988 (Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Decis%C3%A3o-Liminar-RES-011.99-CFP.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2018).

Não entraremos no mérito da decisão, pois tudo que ventilamos presta um desserviço ao processo de educação da sociedade e se revela contrária à gênese humana a ao espírito constitucional, portanto, além de discriminatória está contaminada pela pecha da inconstitucionalidade.

Uma decisão judicial deve atender às consequências sociais que a decisão pode promover, não pode revelar-se irresponsável. Por óbvio, o juiz federal não infere em sua decisão diretamente em favor da absurda “cura gay”, mas ao impedir o Conselho de Psicologia de interferir, vedando o tratamento para “reversão de sexo”, deixa assente a possibilidade de se entender que a homossexualidade poderia ser, sim, tratada como doença, o que representa um retrocesso.

Não é mais tolerável que a inefetividade da Constituição por obra da omissão do legislador transborde em minorias que necessitam de tutela do Estado. As diferentes dignidades devem ser respeitadas. Cidadania não compreende apenas direitos, mas deveres, e um deles é o e respeito às diferenças, termos em que entendemos que a referida liminar, a partir do competente recurso interposto, restará cassada. O Judiciário deve demonstrar não apenas estar aderente as máximas da Constituição, mas também atento para impedir odiosos retrocessos. 🚫



LEONARDO SARMENTO é professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista de diversas revistas e portais jurídicos. Pós-graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

Progressão textual

POR MURILO OLIVEIRA DE CASTRO COELHO

“Não é possível haver a progressão textual sem o conhecimento dos recursos coesivos, já que um parágrafo precisa expressar uma ideia completa, quase como se fosse uma redação. Parágrafo após parágrafo, sempre com a devida coerência, ou seja, sem uma ideia contradizer a outra, tornará o texto perfeitamente compreensível.”

Conforme exaustivamente discorremos nos artigos publicados em partes e intitulados “Tipos de coesão”, o texto não pode ser elaborado apenas com a repetição de ideias. Pode haver a repetição com o objetivo de fixar uma mensagem, caso em que a o redator pretende tornar uma ideia marcante. Contudo, a progressão de uma exposição de fatos, de um relato ou de uma argumentação, por exemplo, precisa ter a retomada das informações apresentadas e ainda novas informações a respeito das que tenham sido retomadas. É dessa maneira que o texto poderá progredir, ou seja, ser desenvolvido e, assim, o assunto ser tratado com maior profundidade, trazendo a continuação da ideia sobre a qual o redator pretende discorrer de forma coerente.

Assim como uma pessoa pode articular as ideias rapidamente quando conversa com um ou mais indivíduos, construindo um texto na linguagem falada, a formulação de uma mensagem escrita precisa de unidade temática, ou seja, manter “o fio da meada” sem deixar de prosseguir com o assunto sobre o qual o autor tenha pretendido expor as suas ideias, ao mesmo tempo que apresenta informações novas.

De acordo com os ensinamentos de Koh e Elias (2010), em sua obra “Ler e escrever: estratégias de produção textual”, o emissor da mensagem escrita precisa, primeiramente, ajustar o tipo ou gênero textual correto para a intenção comunicativa. Se o autor pretende redigir um relato dos fatos para que um magistrado compreenda a

situação do cliente que defende, então será mais adequado produzir um texto com as tipologias narrativa e expositiva. Já no caso, por exemplo, de o autor ter de apresentar um trabalho acadêmico, a utilização dos tipos dissertativo e argumentativo será adequada, valendo-se ainda de trechos redigidos com a tipologia expositiva, de modo a construir o sentido e transmitir uma ideia completa.

O que não pode ocorrer é mudar de tema aleatoriamente e passar a tratar de prisão domiciliar no mesmo texto em que a intenção comunicativa era tratar de paternidade socioafetiva. Aquela estratégia de dividir o texto em partes, com introdução, desenvolvimento e conclusão, conforme muita gente estudou para participar de vestibulares ou do Exame Nacional do Ensino Médio, continua sendo muito boa.

O texto pode progredir por meio da articulação entre as informações, fatos, comentários e fundamentos apresentados, mas sempre mantendo o foco no tema único. Uma boa dica é fazer com que os tópicos apresentados se desdobrem em subtópicos, avançando para a conclusão na qual o autor pretende chegar.

Tanto para uma peça jurídica na qual seja necessário convencer um magistrado de que o cliente tem razão, como também em um trabalho acadêmico em que se procura demonstrar um ponto de vista e ainda provar que está em conformidade com o estudo sobre o qual o texto tratará, o redator precisará fazer a redação progredir. Não é mesmo?

Não é possível apresentar somente uma introdução sobre um determinado tema e não avançar com exposições, argumentos e fatos que comprovem o assunto em análise.

Em sua obra “Texto e Leitor – Aspectos Cognitivos da Leitura”, Ângela Kleiman (2013) trata da compreensão de textos escritos, mas serve muito bem para os redatores verificarem que há variados processos cognitivos necessários para os leitores compreenderem perfeitamente a mensagem que estiver sendo transmitida na modalidade escrita da língua. A autora também explica que o texto pode ser um conjunto de elementos gramaticais utilizado pelos professores para o estudo da gramática, além de demonstrar que os alunos podem aprender a entender uma “mensagem” que determinado autor queira transmitir e se valerem dos ensinamentos para produzir textos coesos e coerentes, com uma regra de linearidade que propicie relações lógicas, a qual facilitará a leitura. Cabe destacar que o leitor fará a interpretação com a construção do conhecimento acumulado por ele durante anos, por meio de analogias e generalizações que o auxiliarão a fazer as ligações necessárias na construção de um contexto.

Ângela Kleiman ensina que os redatores precisam levar em consideração alguns princípios auxiliares no encadeamento das ideias, os quais exercem a função de facilitadores da coesão textual. Vamos observar quais são e como funcionam.

1. Princípio da parcimônia ou da economia – deve haver um esforço para reduzir os elementos excessivos no texto. Parcimônia é um princípio básico para qualquer ciência, que consiste em escolher a explicação mais simples que convenha com as evidências. Isso pode ser feito por meio do uso das repetições, substituições, entre outros. Esse princípio determina algumas regras, como:

- a) **recorrência:** o autor recorre aos elementos de coesão para retomar esclarecimentos ou argumentos por meio de dêiticos, substituições lexicais e outros, para que o leitor não se perca na construção do sentido do texto, pois, à medida que o texto avança, a introdução de novas informações pode fazer com que haja dificuldade de compreensão se não forem retomadas as anteriores, ou seja, pode haver problemas de estabelecimento da coesão.

- b) continuidade temática:** consiste nos esquemas ativados pelo autor de um determinado texto a fim de regular o sentido inconsciente do leitor na procura de ligações de lógica e sentido. Permite que o receptor da mensagem faça a correta relação entre os elementos sequenciais, aparentemente desconexos, em um processo de inferência, isto é, compreender as informações, mesmo que separadas, por interpretação.

2. Princípio de canonicidade – tem a ver com a ordem natural do conhecimento de mundo do leitor e como tal ordem se reflete na linguagem. Consiste na expectativa de que as informações apresentadas no texto sigam uma ordem considerada natural das coisas. Por exemplo, em uma peça jurídica que esteja pleiteando a investigação de paternidade o autor não pode falar sobre o nascimento da criança sem antes discorrer a respeito de como se deu a relação entre os adultos envolvidos. Do mesmo modo, em um trabalho acadêmico não se deve “passar o carro à frente dos bois” tentando provar uma teoria sem antes expô-la, de argumentar sobre pesquisas empreendidas que levem à conclusão de que determinado tema deve ser entendido da forma como o debatedor explica. Por esse princípio, as regras da linearidade e da distância mínima são ativadas:

- a) regra de linearidade:** devem ser usados elementos que propiciem uma ordem natural das coisas a fim de haver a leitura sequencial. Em uma narrativa, por exemplo, o encadeamento de causa e efeito dá sentido ao desenrolar dos acontecimentos informados.

- b) regra de distância mínima:** sintaticamente, diz respeito ao referente, que pode ser um pronome ou dêitico, entre outros elementos que devem estar posicionados linearmente e usados para orientar a escolha de um termo antecedente mais próximo. Por exemplo, se houver mencionado o nome de uma personagem e novamente tiver de citá-la será mais apropriado usar um pronome para fazer referência se o nome próprio estiver próximo. Caso contrário, será preciso nomear a personagem novamente para que a estruturação lógica do texto seja perfeita.

3. Princípio da coerência – é preciso se atentar para o fato de que o leitor fará escolhas se houver interpretações conflitantes no texto. Certamente, ele vai escolher aquela que torne o texto mais coerente. Se em um determinado trecho o leitor encontrar dificuldade para compreender o que o autor queria dizer ele pode escolher aquele que lhe parecer mais coerente, assim também como fará se encontrar informações conflitantes, ou seja, escolherá a mais relevante para a compreensão do tema. Neste princípio entra a regra de não contradição, a qual estabelece que o texto precisa ser redigido sem a menor informação contraditória. Isto é coerência.

4. Princípio da relevância – é o princípio segundo o qual o leitor escolherá a informação de maior relevância no caso de encontrar elementos conflitantes.

Assim, a progressão textual tem a ver com a redação com uma introdução de informação, a qual vai estabelecendo relações de sentido que se mesclam ao conhecimento de mundo do leitor e com as novas informações apresentadas durante o desenvolvimento do texto, interligando-as com os fatos, argumentos e exposições de motivos e comentários que propiciarão a coesão e a consequente continuação das ideias, sem que o leitor perca o fio condutor da correta sequenciação até chegar à conclusão.

MÉTODOS CARTESIANO

Os quatro pontos essenciais relacionados em “O Discurso do Método”, de René Descartes (1596-1650), cuja tradução literal do original em francês seria “Discurso sobre o método para bem conduzir a razão na busca da verdade dentro da ciência”, uma obra concebida para valorizar a experimentação, podem ser utilizados para o nosso propósito de redigir com coerência e manter a progressão textual. Afinal, a partir deste filósofo surgiu o racionalismo, corrente segundo a qual a lógica é usada para se chegar a conclusões, ou seja, de uma proposição há o raciocínio para verificar se é verdadeira, falsa ou provável

Por ser também conhecido por seu nome latino Renatus Cartesius, dizemos que a filosofia ou metodologia é cartesiana. Assim, o método cartesiano é baseado em quatro regras absolutamente essenciais.

A primeira é jamais tomar algo por verdadeiro sem ter uma evidência. Dessa maneira, deve-se evitar a precipitação e não fazer juízo de valor sem antes colocar o assunto em dúvida para, depois, esclarecer. Para Descartes, toda a afirmação deve ser rejeitada ou classificada como falsa até que sua veracidade seja evidenciada.

A segunda regra consiste em dividir cada dificuldade examinada em parcelas para melhor facilitar a sua resolução. Se houver um problema, fica bem mais simples resolvê-lo por partes.

A terceira é conduzir as ideias em ordem lógica. Trata-se do método da síntese, aquele em se analisa primeiro as coisas mais simples e mais fáceis para gradualmente se chegar ao conhecimento das mais complexas. Mais à frente da época de Descartes, o método dialético foi desenvolvido pelo filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), o qual demonstrou ser possível investigar a veracidade de um assunto, por exemplo, pela apresentação de uma tese, seguida por uma antítese e culminando na síntese, ou seja, um método de diálogo baseado na apresentação de um ponto de vista, o qual enfrenta a contraposição de ideias com o objetivo de se chegar a uma conclusão.

A quarta regra é fazer enumerações completas e revisões gerais, de modo a ter certeza absoluta de que nada ficou sem ser analisado.

A famosa frase “penso, logo existo” ficou conhecida por todos em razão da metodologia cartesiana, a qual adaptaremos para o nosso caso de redigir peças jurídicas e trabalhos acadêmicos. Vejamos as quatro regras cartesianas adaptadas para a redação forense.

1. Fundamentação: tanto para quem escreve como também para quem lê a metodologia de evitar a precipitação e colocar o assunto em dúvida para, depois, esclarecer é de fundamental importância. Se um assunto exposto em uma redação deverá ter fundamentos para provar a sua veracidade, o leitor pode simplesmente duvidar das informações do autor. Assim, o emissor de uma mensagem precisa averiguar as fontes de consulta, checar se determinada explicação é mesmo a correta e, somente depois, apresentá-la em seu texto.

É importante observarmos que na atualidade algumas mensagens falsas são disseminadas pelas redes sociais e outros meios virtuais, uma forma de difusão de boatos ou farsas pela internet, uma prática que não apenas pode ser uma “brincadeira” de mau gosto, mas também pode servir para espalhar uma campanha que prejudique a imagem de uma pessoa física ou jurídica.

O redator forense tem de escolher o ângulo de abordagem que prefere ou do qual esteja convicto, sem necessidade de se preocupar com a imparcialidade. Na verdade, ele será obrigado a ser parcial, já que estará emitindo um parecer a respeito de um assunto que queira abordar ou em defesa de um cliente. Contudo, a consulta de fontes fidedignas é essencial.

A leitura de livros, artigos de opinião, notícias, revistas científicas e periódicos jurídicos precisa ser o hábito de quem pretende atuar em uma profissão na qual a comunicação é realizada na maior parte do tempo por meio da escrita.

O cuidado a ser tomado é o de consultar fontes diversas. Não há espaço para o senso comum ou a falta de certeza. As tendências de uma matéria jornalística ou artigo não são sempre evidentes, por isso vale a pena fazer a chamada referência cruzada. A partir de múltiplas leituras será possível reunir as informações necessárias para formar o juízo de valor para produzir um texto fundamentado. É uma obrigação balancear os pontos positivos e negativos nas teorias analisadas, interrelacionando-as umas com as outras. O redator forense jamais pode se esquecer de que a crítica tem sempre em vista o problema investigado.

A fundamentação teórica consiste no embasamento das informações apresentadas em trabalhos acadêmicos por meio das pesquisas de autores consagrados. Já nas peças jurídicas o redator terá de apresentar a fundamentação legislativa, além de jurisprudência e doutrina extraídas de obras fidedignas.

2. Dividir e explicar: para que o texto tenha a devida progressão precisamos observar a regra número dois do método cartesiano, ou seja, dividir em parágrafos a fundamentação da argumentação a fim de desenvolver a redação de modo mais bem definido. É sempre bom lembrar que um problema fica bem mais fácil de ser explicado por partes.

A criação de tópicos que se subdividem em subtópicos, ou seja, a articulação tópica de um trabalho científico ou de peça jurídica é de fundamental importância para que os leitores acompanhem a linearidade, sem desprezar a norma culta da língua, a clareza na exposição das ideias e a consistência da argumentação.

É importante que a redação seja elaborada em uma certa ordem de apresentação dos elementos para que as ideias sejam concatenadas logicamente. A metodologia mais indicada é criar subtemas para os temas abordados, respondendo a perguntas específicas com um objetivo específico. Dessa maneira, o redator não terá dificuldade de criar para cada objetivo específico um capítulo, o qual pode ter subcapítulos, assim como já demonstramos na aula de como construir parágrafos. De frase em frase, de oração em oração, constrói-se um parágrafo, que ligado a outro forma um capítulo.

3. Sintetizar: não podemos deixar de considerar a terceira regra de Descartes, a qual foi reformulada por Hegel, baseada na apresentação de um ponto de vista, o qual enfrenta a contraposição de ideias a fim de levar a uma conclusão. É com essa lógica que um redator deve planejar o seu texto para que os leitores o compreendam sem sombra de dúvida.

Um argumento é um conjunto de proposições com o qual se pretende que uma delas (a conclusão) seja apoiada pelas outras (as premissas). Por premissa entende-se a ideia da qual uma pessoa parte para elaborar um raciocínio. Se nos limitarmos a apresentar ideias sem as razões que as apoiem significará que não apresentaremos argumentos a favor delas. Portanto, se não apresentarmos argumentos as outras pessoas não terão qualquer razão para aceitar as nossas razões.

A apresentação de um argumento é realizada por meio de uma proposta. Mas é necessário que a proposta expresse a ideia que o autor pretende defender, a partir do tema em estudo. A proposta apresentada como razão a favor da ideia é a premissa, que sempre deverá estar embasada e ter o objetivo de chegar à conclusão.

Embasar a sua razão com exemplos, análises de estatísticas, fatos abrangentes de repercussão nacional e, especialmente, fundamentados extraídos de obras de autores notadamente reconhecidos é uma ótima forma de passar a credibilidade necessária para convencer o leitor de que o ponto de vista defendido é realmente correto.

Quando falamos de lógica estamos nos referindo à coerência, à harmonia entre fatos e ideias. Uma pessoa não pode apresentar um ideia inicial e, depois, usar argumentos em total desconexão com o ponto de vista que queria provar.


4. Revisar: a quarta regra pode ser aplicada na produção textual com a revisão final do que tenha sido escrito. Dessa maneira, quem estiver emitindo uma mensagem com o uso da modalidade escrita da língua portuguesa não deixará pontos incompletos ou confusos para que o receptor tenha que solicitar mais informações.

A revisão do que tenha sido escrito é essencial para que o trabalho científico ou a peça jurídica não saia da mesa do redator com imperfeições que poderão ocasionar problemas de ordem profissional ou acadêmica. Assim, no caso de produção textual para fins de estudos é preciso verificar a bibliografia para não deixar de fazer referência a todas as citações e, nos trabalhos do operador do Direito, além das referências é preciso revisar as fontes legislativas e jurisprudenciais.

A norma culta precisa ser revisada e cada parágrafo lido novamente a fim de verificar a possibilidade de tornar frases e orações mais objetivas. Muitas vezes o redator pode reduzir trechos sem modificar o sentido da mensagem.

Como já dissemos, essa metodologia cartesiana aplicada à produção textual serve tanto para trabalhos profissionais como para acadêmicos.

Vale destacar que as dissertações e outros textos científicos precisam ser organizados em parágrafos de maneira lógica. Só assim haverá a progressão textual que estabeleça relação entre cada parte do texto, as anteriores e as que serão lidas.

Por isso, precisamos rever tanto os assuntos de coesão e coerência. Não é possível haver a progressão textual sem o conhecimento dos recursos coesivos, já que um parágrafo precisa expressar uma ideia completa, quase como se fosse uma redação. Parágrafo após parágrafo, sempre com a devida coerência, ou seja, sem uma ideia contradizer a outra, tornará o texto perfeitamente compreensível. 

REFERÊNCIAS

- DESCARTES, René. *Discurso do Método*, Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira e revisão de Mônica Stahel, São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- GARCIA, Othon M. *Comunicação em prosa moderna: aprenda a escrever, aprendendo a pensar*, 27. ed., Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- KLEIMAN, Ângela. *Texto e Leitor – Aspectos Cognitivos da Leitura*, 15. ed. Campinas, São Paulo: Pontes, 2013.
- KOCH, Ingedore Villaça; ELIAS, Vanda Maria. *Ler e escrever: estratégias de produção textual*, São Paulo: Contexto, 2010.



MURILO OLIVEIRA DE CASTRO COELHO é formado em Letras pela Universidade Metodista de São Paulo e atua profissionalmente como editor e revisor de textos em diversas casas publicadoras, em especial para os periódicos da ZK Editora. Autor de várias obras didáticas, entre as quais destacam-se “Redação para o Enem” (Edipro, 2015); “Guia de Superdicas para a Redação do Enem” (IBC, 2015, 2. ed. 2016); “Novas Pegadinhas e Dicas de Estudo para Vestibular e Enem” (Rideel, 2014), “Língua Portuguesa para Concursos Públicos” (Universo dos Livros, 2014).



Reforma do Código de Processo Penal: a implementação do sistema acusatório no Brasil e o papel do Ministério Público

por RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“É preciso colher elementos sobre todos os aspectos do fato criminoso, inclusive os que possam favorecer o pedido de arquivamento por parte do Ministério Público. Mas, para isso acontecer é preciso que se mude a cultura do acusador público, ainda muito enraizada no Brasil, como se vê, por exemplo, na atuação do Ministério Público na chamada Operação Lava-Jato.”

Agradeço o convite que me foi formulado pela organização do evento na pessoa do meu irmão, o professor Antônio Vieira, também pela professora Marina Cerqueira e o professor Elmir Duclerc, além de saudar a todos.

Eu dividi a minha participação em três partes, a primeira fazendo a análise, ainda que aligeirada, das atribuições do Ministério Público no Brasil. Depois, analiso o sistema chileno sobre o aspecto exclusivamente do papel do Ministério Público e, ao final, farei uma conclusão propositiva do papel do Ministério Público no sistema acusatório.

No Brasil, as atribuições do Ministério Público estão elencadas no art. 129 da Constituição Federal, sendo a principal delas o exercício da ação penal pública de forma privativa. É óbvio que temos a ação penal de iniciativa privada, que, aliás, no projeto de reforma do novo Código de Processo Penal extingue-se, só restando a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, mesmo porque é cláusula pétrea e não poderia ser suprimida.

O Ministério Público, além de ser parte na ação penal, tem uma destinação que é a fiscalização da lei. Portanto, é uma atribuição, é uma função, digamos, que tem dois aspectos em razão de a parte autora dever, ao longo do processo ou até mesmo antes dele, zelar pela fiel execução da lei.

O projeto de reforma do código repete esta destinação, mas com outras palavras bem mais significativas. No art. 57 do Projeto de Lei nº 8.045/2010, lê-se que o Ministério Público, além de ser parte, zelar pela correta aplicação da lei e pela defesa da ordem jurídica.

Portanto, a comissão responsável pela reforma achou por bem colocar expressamente caber ao Ministério Público, na ação penal pública, além de ser parte, defender a ordem jurídica.

Em relação a outra atribuição na área criminal temos a investigação criminal, a qual, durante muitos anos, foi alvo de uma polêmica muito mais corporativista do que jurídico-constitucional. Corporativista porque havia, e continua havendo, uma estranha disputa de poder entre a Polícia e o Ministério Público. A Polícia querendo a exclusividade da investigação e o Ministério Público querendo o mesmo poder investigatório-criminal. Isto é uma distorção do sistema que só traz prejuízos para a investigação criminal. Evidentemente, nessa disputa não há interesse público algum envolvido, pois cada instituição está querendo mais poder. Para poder barganhar, obviamente.

A questão da investigação foi superada, porque o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 593927, julgado em maio de 2015, decidiu, por maioria, que o Ministério Público tem poder investigatório criminal, permitido pela Constituição. Eu concordo. O que eu acho é que falta uma lei infraconstitucional disciplinando a investigação criminal pelo Ministério Público. Vejam que o inquérito policial esta mal disciplinado no Código de Processo Penal, mas está lá. Nos arts. 4º ao 23ª estão estabelecidas as regras atinentes ao inquérito policial. Mas esse procedimento investigatório criminal (o chamado PIC) que é feito pelo Ministério Público, onde está regulado, onde estão os prazos, os deveres, os direitos, as prerrogativas, etc.? Não tem nada.

O Conselho Nacional do Ministério Público, antes mesmo de o Supremo Tribunal Federal decidir pela constitucionalidade da investigação criminal, baixou a Resolução nº 13, de outubro de 2006. Essa resolução quer fazer as vezes de lei, mas lei formal não é. Essa resolução é inconstitucional, porque contém normas de caráter processual. É uma verdadeira lei de processo. O Conselho Nacional do Ministério Público não é o Poder Legislativo, não pode editar resoluções com esse caráter de norma processual.

Aliás, também o Conselho Nacional de Justiça faz muito isso, usurpando a competência legislativa que é da União, conforme o art. 22, I.

Então, apesar de eu entender completamente a posição do Supremo Tribunal Federal em legitimar constitucionalmente a intervenção do Ministério Público diretamente na investigação criminal, carecemos de um projeto de lei que seja encaminhado ao Congresso Nacional para disciplinar essa investigação, inclusive prevendo responsabilidades do membro do Ministério Público, em caso de algum abuso de poder, ou de autoridade, mas não há.

No Projeto de Lei nº 8.045 não se dispõe sobre isso. Apenas trata do inquérito policial e do termo circunstanciado, de maneira que vai continuar essa lacuna. Como todo mundo está cumprindo a Resolução nº 13, dificilmente o Supremo Tribunal Federal dirá que ela é inconstitucional, porque foi editada pela cúpula do próprio Ministério Público. Então, isso vai ficar assim mesmo.

Uma outra questão que eu vou abordar agora, ainda nesta primeira parte, diz respeito ao arquivamento do inquérito. O projeto de lei não avançou nada; permaneceu como é hoje.

A ideia de dar ao juiz a possibilidade de discordar do parecer do Ministério Público pelo arquivamento não tem nada a ver com o sistema acusatório. E vai continuar, porque o projeto, nos arts. 38 a 40, repete o art. 28 do Código de Processo Penal, ou seja, o promotor pede o arquivamento, o juiz concorda ou não concorda. Se concorda, arquiva, se não concorda, envia para o procurador-geral.

Em termos de arquivamento, a melhor proposta que já vi no Brasil foi feita pela chamada Comissão Ada, que apresentou um anteprojeto, convertido no Projeto de Lei nº 4.209/2001. O art. 28 passaria a ter outra redação, mas ele já sofreu uma alteração lá no Congresso, então, esse projeto que está lá, que só trata da investigação criminal, só trata de inquérito policial.

Então, como se daria o arquivamento se o Ministério Público não requer o arquivamento, ele promove o arquivamento? Agora, evidentemente, tem que ter controle. Então, promovido o arquivamento, ele notifica a vítima e o indiciado ou algum sucessor da vítima, se a vítima morreu, para que ofereçam razões. A vítima, evidentemente, contrária ao arquivamento e o indiciado a favor. Com estas razões, o membro do Ministério Público envia os autos para um órgão colegiado. Não para o procurador-geral. Seria um órgão colegiado que teria possibilidade de reavaliar a promoção de arquivamento. Se ele entendesse ser caso de arquivamento mandaria para o promotor substituto, se entendesse ser caso de arquivamento, então, só assim, o juiz estaria obrigado a arquivar.

Com relação à titularidade da ação penal não há mudança no projeto de reforma, porque a ação penal pública continua sendo de titularidade do Ministério Público, conforme o art. 129, I, da Constituição Federal.

Já disse que a ação de iniciativa privada acaba. Uma novidade é que todos os crimes praticados contra o patrimônio, sem violência ou grave ameaça, como o furto e a receptação passam a ser crimes de ação penal pública condicionada à representação da vítima, quando, evidentemente, só atingir o bem do particular.

Com relação à regra da obrigatoriedade da ação penal, que muitos encontram fundamento no art. 24 do Código de Processo Penal, quando diz que o Ministério Público deverá oferecer a denúncia. Eu sou contra a regra da obrigatoriedade por ela não satisfazer os princípios do sistema acusatório, tampouco questões de política criminal. Ambos desaconselham a adoção da regra da obrigatoriedade. No Chile não é assim.

O projeto de reforma, quando trata do arquivamento, tem uma redação que me parece indicar a adoção da regra da oportunidade. Isso vai gerar uma grande controvérsia, se e quando a reforma passar.

O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer peça de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção, a chamada justa causa, seja por outras razões de direito. Ora, que razões de direito seriam estas que autorizariam o Ministério Público a requerer o arquivamento ao juiz? Seriam razões de política criminal, por exemplo. Parece-me que este art. 38 do Código de Processo Penal projetado consagra a regra da oportunidade.

Quanto à indesistibilidade da ação penal ela continua prevista no art. 49 do Código de Processo Penal projetado.

Agora, farei uma análise, dentro do tempo que me foi dado, a respeito do Ministério Público chileno. Bem, o Ministério Público no Chile praticamente não tem atribuição alguma de natureza civil. Nesse aspecto, ele é completamente diferente do Ministério Público do Brasil, que tem ação civil pública, inquérito civil, defende interesses difusos e coletivos. No Chile não. Ele tem o poder de investigação criminal, a titularidade da ação penal pública e cuida da proteção de vítimas e testemunhas. Neste sentido, é expresso o art. 83 da Constituição Federal do Chile.

Com relação à investigação criminal, tanto na Constituição chilena como na Lei Orgânica do Ministério Público fica claro que a investigação é dirigida diretamente pelo Ministério Público e a Polícia age a partir de ordens e diretrizes dadas pelo Ministério Público.

A Constituição chilena dispõe que o Ministério Público pode determinar ordens diretas às Forças de Ordem de Segurança, que é a Polícia. Há um trabalho conjunto entre a Polícia e o Ministério Público. Isso fica claro quando acontece um crime. Sempre há um promotor de sobreaviso, que recebe informações diretas da Polícia.

No Chile, há um mecanismo chamado “arquivamento provisório”, que acontece da seguinte forma: se o fiscal entender que determinada investigação não tem sentido ele faz um arquivamento provisório. Está previsto em lei e nada impede que seja, posteriormente, desarquivado. Se a Polícia tiver notícias de novas possibilidades de investigação haverá o prosseguimento das investigações. O Ministério Público tem que ficar ciente da prática de qualquer delito para que possa proceder às investigações ou determinar o arquivamento provisório.

Uma questão que não me parece adequada do ponto de vista do sistema acusatório é a interferência do Poder Judiciário chileno na escolha dos membros do Ministério Público. Pela Constituição chilena, o fiscal nacional, que no Brasil seria equivalente ao procurador-geral da República, é escolhido pelo presidente da República, a partir de uma lista tríplice indicada pela Suprema Corte, constituindo uma intolerável ingerência do Judiciário no Ministério Público.

O fiscal nacional tem um mandato de oito anos, não podendo ser reconduzido. Há também os fiscais regionais, que atuam nas respectivas Fiscalías. Estes são escolhidos pelo fiscal nacional, a partir de uma lista tríplice elaborada pela Corte de Apelação, o que mais uma ingerência indevida do Judiciário na escolha dos fiscais chilenos.

O fiscal nacional e os fiscais regionais não são membros da carreira do Ministério Público. Para ser fiscal nacional é necessário ter dez anos de advocacia e para ser fiscal regional e preciso ter cinco anos de advocacia, além de outros

requisitos de natureza técnica. Eles não precisam ser necessariamente membros da carreira, portanto.

Membros da carreira só são os fiscais adjuntos, aqueles que realmente exercem as atribuições do Ministério Público. São os fiscais locais, escolhidos pelo fiscal nacional, a partir de uma lista tríplice elaborada pelos fiscais regionais. Primeiro, se exige um concurso público, depois o fiscal regional escolhe três nomes e dentre estes o fiscal nacional escolhe os fiscais adjuntos, que são aqueles que têm a função mesmo de investigar, sendo os únicos integrantes da carreira do Ministério Público.

O fiscal nacional e os fiscais regionais têm o poder de avocar qualquer investigação criminal que esteja em mãos do fiscal adjunto. Tanto avocar a investigação quanto a própria ação penal. Nesse aspecto o Ministério Público é completamente diferente do Brasil, porque aqui há uma autonomia funcional, nada obstante tratar-se, sob um certo aspecto, de uma instituição hierarquizada.

Feitas estas observações, poderíamos, então, perguntar qual seria o modelo ideal. Cremos que o modelo chileno do Ministério Público é satisfatório, ressalvada a questão da escolha de seus membros. Entendemos que o Ministério Público tem que ter um foco: investigar crimes com o auxílio da Polícia, sem subordinação hierárquica ou funcional. Isso não há. A Polícia tem sua autonomia administrativa. Não faz sentido este afastamento do Ministério Público das investigações criminais, se elas têm como destinatário o Ministério Público.

O que acontece no Brasil hoje? A Polícia faz o inquérito, realiza as diligências que entender necessárias, não comunica nada ao Ministério Público e, terminado, envia aquela documentação toda ao Ministério Público. Então, o promotor de Justiça ou o procurador da República diz: não dá para oferecer a denúncia, não há justa causa, precisa ser refeito. Se houvesse uma cooperação entre as duas instituições isso certamente não aconteceria.

Entendo que a atribuição para investigar deve ficar a cargo do Ministério Público. Não há demérito para a Polícia. Ao contrário, divide-se a responsabilidade. Isso, por exemplo, está expresso no Código de Processo Penal alemão, quando dispõe que “a Promotoria de Justiça deverá averiguar não só as circunstâncias que sirvam de encriminamento como as que sirvam também de inocentamento e cuidar de colher as provas cuja perda seja temida”. Ou seja, o Ministério Público pratica atos investigatórios para trazer elementos de culpa ou de inocência do investigado. Dispõe o Código de Processo Penal alemão que a Promotoria poderá exigir informações de todas as autoridades públicas, realizar diligências diretamente ou por meio das autoridades e funcionários da Polícia.

Também o Código de Processo Penal italiano, no art. 326 diz que “o Ministério Público e a Polícia Judiciária realizarão, no âmbito de suas respectivas atribuições, a investigação necessária para o exercício da ação penal”. O art. 327 estabelece que o Ministério Público dirige a investigação e dispõe diretamente da Polícia Judiciária.

Em Portugal, a Lei Orgânica do Ministério Público estabelece, no art. 3º, caber “ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, ainda quando realizada por outras entidades e fiscalizar a atividade processual dos órgãos de polícia criminal”.

Na França, o art. 41 do Código de Processo Penal, dispõe que “para o fim de investigação, o Procurador da República dirigirá a atividade dos oficiais e agentes da polícia judiciária”.

Então, creio que o modelo ideal é a investigação criminal feita pelo Ministério Público. A maior contestação é aquela segundo a qual haveria uma incompatibilidade

entre as funções de investigar e acusar. Até que ponto seria conveniente o Ministério Público, que é parte no processo, dirigir a investigação? Esse é um problema mais para ser resolvido pelos membros do próprio Ministério Público, cientes de suas responsabilidades constitucionais, do que pela lei. Como vimos, na Alemanha a investigação feita pelo Ministério Público é realizada de forma isenta. Não se pode partir do pressuposto que o investigado é, necessariamente, o autor do crime. É preciso colher elementos sobre todos os aspectos do fato criminoso, inclusive os que possam favorecer o pedido de arquivamento por parte do Ministério Público. Mas, para isso acontecer é preciso que se mude a cultura do acusador público, ainda muito enraizada no Brasil, como se vê, por exemplo, na atuação do Ministério Público na chamada Operação Lava-Jato.

Defendo também que deve haver paridade de armas entre a acusação e a defesa, inclusive na fase preliminar. Participação efetiva da defesa, não meramente formal e decorativa, inclusive requisitando diligências e participando de audiências.

Neste aspecto, houve um avanço no ordenamento jurídico brasileiro, porque foi alterado o art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, acrescentando-se o inciso XXI, que diz ser “prerrogativa do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivado direta ou indiretamente, podendo, no curso da respectiva apuração, apresentar o advogado razões e quesitos”.

Isso já satisfaz, de uma certa maneira, porém, por causa das realidades social e econômica dos indivíduos, acabava virando letra morta, pois só aproveita àqueles que tenham condições financeiras para contratar um advogado.

Com relação à ação penal pública, creio que deve ser privativa do Ministério Público. Não há sentido em colocar a vítima como autora de uma ação penal. Não há sentido nisso, mesmo a ação penal de iniciativa privativa subsidiária da pública, que é uma cláusula pétreia. Acho que em caso de omissão do Ministério Público deve haver mecanismos internos de controle sobre isso.

Por fim, concluo com uma crítica veemente à banalização de pedidos de prisão preventiva, especialmente para coagir o réu a delatar. Sou, inclusive, favorável à modificação da lei para só permitir delação premiada de réu solto, e não preso.

Muito obrigado pela atenção de todos. ✍

* Transcrição da palestra proferida no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em evento realizado em conjunto com o Instituto Baiano de Direito Processual Penal, a Defensoria Pública da Bahia, o Ministério Público da Bahia e o Tribunal de Justiça da Bahia, tratando do tema: “O Papel do Ministério Público no Processo Penal e o Sistema Acusatório.” A transcrição foi feita pelo aluno David Magno de Moraes, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, sob a orientação do professor Luis Gustavo Castanho Grandinetti, a quem agradeço muitíssimo.



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

Terrorismo, atos criminosos em geral e fatos de convicção e consciência: ponderação de valores

por EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE



DMULGAÇÃO

“Seria uma contradição abominar o totalitarismo coletivista ou estatal e permitir ações individuais tendentes ao desrespeito aos limites mínimos estabelecidos pelo sistema penal, em nome de uma “convicção” ou “consciência” individual que, por meio da força, da violência e do terror se pretenda impor a todos de forma arbitrária.”

Conforme já desenvolvido em obra anterior, há salutar previsão no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 13.260/2013, de uma norma de contenção do tipo penal de terrorismo a fim de evitar que a legislação respectiva se converta em instrumento de perseguição, intimidação, domínio e, enfim, cerceamento e efetiva destruição de direitos e garantias fundamentais imprescindíveis à caracterização de um Estado Democrático de Direito, substituindo o terror de grupos ou indivíduos isolados por um terror coletivista ou de Estado (CABETTE, 2017, p. 115). Por isso, assim estabelece a normativa em destaque:

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

Um aspecto relevante a ser observado é que a cláusula de contenção da Lei Antiterror não significa que toda e qualquer conduta se justificará tão somente por uma suposta alegação de “objeção de consciência” ou motivação por “convicção”.

É bem verdade que “muita anarquia é desordem, mas um pouco de anarquia é progresso”, segundo a lição de Jean Cruet (2008, p. 67). Isto retrata o pluralismo e possibilidade de inovação dos regimes democráticos. Mas, é preciso ter em mente que também “muita anarquia é desordem”, no sentido de que a violência e o terror não se podem justificar por alegação de que se atua de acordo com a própria inexpugnável consciência individual. O ingresso em condutas criminosas, sejam aquelas previstas na Lei Antiterror, sejam as previstas no restante do ordenamento jurídico, é uma excelente baliza para saber o limite da liberdade de consciência e de sua manifestação legítima ou ilegítima.

Com sustento no escólio de Eduardo Correia, o jurista lusitano Figueiredo Dias (2007, p. 652) trata exatamente do que denomina “fato de convicção” ou “fato de consciência”:

Como agente por convicção se considerava, na expressiva definição de Eduardo Correia, aquele que ‘tem consciência do caráter proibido do fato mas, em nome de uma certa convicção política, religiosa ou social, nega a natureza criminosa do comportamento que leva a cabo, substituindo a sua à valoração legal. Quer dizer: as convicções políticas, religiosas ou sociais do agente aparecem então como legitimação pessoal da prática de certos atos realizados como meio de atuação daquelas convicções’. E logo acrescentava Correia: ‘A influência deste elemento sobre a punição tem sido muito discutida e depende, fundamentalmente, da concepção do mundo e da vida que a ordem jurídica respire, dos limites do direito material que a ela possam ser opostos, ou que possam ser opostos às concepções pessoais dos que, em seu nome violarem a ordem jurídica estabelecida’.

Não é incomum que aqueles que se envolvem em ativismos de todas as espécies considerem seus atos ilícitos superiores à ordem jurídica e mesmo a toda e qualquer ordem. Aliás, é exatamente essa ordem que pretendem derrubar e/ou destruir, para erigir uma nova ordem de acordo com suas convicções. Sua postura e consciência é sobranceira superior e, em seu entendimento pessoal, visa um bem

maior, ainda que seja cometendo os atos mais bárbaros no presente. Esse bem maior se encontra num futuro utópico ou paradisíaco que justifica de antemão tudo o que se faça no momento atual. A verdade é que nessa mentalidade os atos mais absurdos não são somente justificados com base em uma previsão de futuro paradisíaco e crítica do “status quo”, mas chegam a ser considerados atos heroicos, senão santos.

Seja de forma reacionária (para o passado – idade de ouro), seja de forma revolucionária (para o futuro paradisíaco) é dado histórico que “o pensamento utópico sempre projetou no passado ou no futuro a ‘solução final’ para as iniquidades que afligem o presente” (COUTINHO, 2014, p. 25).

Obviamente, as “convicções pessoais” não podem servir de escudo ou se contraporem à “tutela da norma incriminadora”. Isso porque não se pode erigir a “convicção pessoal individual” a uma valoração superior ao bem jurídico lesionado pela conduta. Dessa maneira, o chamado “fato de convicção” é típico e ilícito e nem sequer pode excluir a culpabilidade do agente (DIAS, 2007, p. 653).

Ainda segundo Figueiredo Dias (2007, p. 653), mister se faz questionar os limites:

[...] das relações entre a lei jurídica e a consciência ética individual: da questão de saber, concretamente, se a lei jurídica continua válida perante uma decisão de consciência que a contraria, ou se, pelo contrário, uma tal validade está submetida a uma ‘reserva de consciência’.

É imprescindível perscrutar “o verdadeiro sentido e a exata amplitude do privilégio jurídico – constitucional da liberdade de consciência”. Não se pode retroceder à vetusta compreensão da liberdade de consciência como abrangente tão somente do “fórum internum”. Essa liberdade, hoje, só faz sentido se acompanhada da possibilidade de sua exteriorização em conjunto com as liberdades de manifestação e de expressão por atos e palavras. Não obstante, há que se ter em conta a necessidade de dirimir, com muito cuidado, as colisões ou conflitos de “direitos fundamentais”, estabelecendo, com extrema cautela, os “limites imanentes” destes direitos em colisão (DIAS, 2007, p. 655-656).

Há que se primar por uma “ponderação” entre os direitos em conflito. E a limitação de um direito se dará sempre que alguma finalidade básica do Estado estiver posta em perigo pelo exercício, então abusivo, de um dado direito, ainda que constitutivo da consciência ou convicção individual de alguém. O “fato de consciência” somente se legitima quando não interferir na liberdade ou nos direitos fundamentais de outras pessoas ou da coletividade, ou somente os prejudicar de forma “periférica” e “passageira”, estritamente necessária ao exercício do direito de manifestação da consciência do indivíduo (DIAS, 2007, p. 657-658).

Claus Roxin (*apud* DIAS, 2007, p. 659) rechaça a coerção da consciência do indivíduo pela “ameaça” da lei penal. Efetivamente, isso é característico de regimes totalitários. Mas o reconhecimento da intangibilidade da consciência individual não significa para Roxin, acertadamente, “que o Estado faz sua a decisão de consciência do indivíduo, se esta diverge das leis”. Por isso, é perfeitamente sustentável que “a manifestação da liberdade de consciência encontra um seu limite imanente sempre que preenche um tipo de ilícito” (DIAS, 2007, p. 660). É justo, portanto, que o terrorista ou aquele que incide em atos penalmente ilícitos de outra espécie

não possa opor, como causa justificativa, sua convicção pessoal em um ou outro sentido político, religioso, ou social. Liberdades de consciência e de expressão não significam carta branca para a prática de crimes. A liberdade não se pode confundir com permissividade e laxismo.


De acordo com Figueiredo Dias (2007, p. 662), o que uma sociedade democrática deve prover é:

[...] uma larga panóplia de formas através das quais esses ‘protestos de consciência’ se possam exprimir e articular livremente (liberdade de imprensa, de associação, de reunião, de manifestação etc.) sem passar pelo cometimento de fatos penais ilícitos – típicos.

É impensável que a alegação da convicção ou da consciência individual ou pessoal possa se sobrepor aos limites rígidos das infrações penais, especialmente aquelas de maior gravidade, como quando se trata de um tema como o terrorismo. Ser permissivo nesse aspecto resulta em dar vasão ao que Lobaczewski (2014, p. 125) chama de “egotismo”, ou seja:

A atitude, subconscientemente condicionada como uma regra, pela qual atribuímos valor excessivo aos nossos reflexos instintivos, às nossas imaginações e hábitos adquiridos desde muito cedo, e à nossa visão de mundo individual. [...]. Um egotista mede as demais pessoas pelos seus próprios parâmetros, tratando *seus* conceitos e modos de experiência como *critério objetivo*. Ele gostaria de forçar as outras pessoas a sentir e pensar exatamente do mesmo jeito que ele.

Seria uma contradição abominar o totalitarismo coletivista ou estatal e permitir ações individuais tendentes ao desrespeito aos limites mínimos estabelecidos pelo sistema penal, em nome de uma “convicção” ou “consciência” individual que, por meio da força, da violência e do terror se pretenda impor a todos de forma arbitrária.

Por isso, a cláusula de contenção prevista na Lei nº 13.260/2016 (artigo 2º, § 2º) não é e nem pode ser interpretada e aplicada à margem dos limites impostos pela legalidade penal, inserindo-se, na realidade, numa necessária ponderação de colisões que remete ao princípio dirimente de conflitos, qual seja, o da proporcionalidade. 

REFERÊNCIAS

- CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Terrorismo Lei 13.260/16 Comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.
- COUTINHO, João Pereira. *As ideias conservadoras*. São Paulo: Três Estrelas, 2014.
- CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. Trad. Francisco Carlos Desideri. 3. ed. Leme: Edijur, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.
- LOBACZEWSKI, Andrew. *Ponerologia: Psicopatas no Poder*. Trad. Adeline Godoy. Campinas: Vide Editorial, 2014.



EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na Pós-graduação do Unisal e membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

Análise de impacto no ambiente básico

POR ISNAR AMARAL

A partir da descoberta da eletricidade os inventos correlatos que se seguiram ocasionaram ao ambiente radiações eletromagnéticas, as quais, atualmente, podem ser consideradas poluentes ambientais em pleno crescimento. Cientistas estimam que, nos últimos 30 anos, tais radiações tenham aumentado em 250 mil vezes. Para agravar a situação, as formas arquitetônicas assimétricas em algumas novas edificações causam uma desorientação magnética nos ambientes tornando-os nocivos.

Considerando todas as nocividades ocasionadas pelas atuais formas de incidência de radiações e energias sutis nos ambientes, as técnicas antigas e tradicionais de equilíbrio dos ambientes não se mostram eficazes para algumas delas. Soluções atuais são necessárias para resolver as nocividades cada vez mais agressivas geradas pelas novas tecnologias, que impregnam os nossos ambientes.

O contato com algumas fontes nocivas acontece a partir da mais tenra idade. Recém-nascidos já são presenteados com dispositivos eletrônicos que monitoram o seu sono lá no berço que, curiosamente, operam na frequência de 2.4 a 2.48 GHz, a mesma frequência de operação do forno de microondas e, logicamente, a mesma de ressonância da molécula de água.



São muitos os fatores a serem analisados no ambiente para que se possa considerá-lo salubre. Não basta analisar as causas perceptíveis aos nossos sentidos, mesmo sendo de fácil observação, nem tão somente empregar materiais de construção neutros e naturais. Fatores aparentemente inexistentes, como as radiações e as energias sutis, são extremamente perigosos para a saúde das pessoas em razão de agirem silenciosamente e de forma constante. Somente a partir de uma análise criteriosa do local por um profissional qualificado é possível localizar os pontos de nocividade a fim de que seja possível executar as devidas ações corretivas.

Pior do que os malefícios de um ambiente desequilibrado energeticamente é uma análise feita por um profissional com pouco conhecimento. Técnicas e conhecimentos obsoletos não se aplicam a problemas modernos. É a mesma situação que levar uma aeronave atual para consertar na oficina mecânica da esquina.

A análise de impacto no ambiente básico (AIAB) é a prática profissional que executa com a máxima excelência a averiguação de nocividade nos ambientes, justamente porque considera todas as possibilidades de incidências energética e vibracional nos ambientes, empregando técnicas clássicas, instrumentais e quânticas nas suas soluções. ✍



ARQUIVO PESSOAL

ISNAR AMARAL é consultor Ambiental. Especialista em qualidade do ambiente

Crime de injúria racial no exterior: aplica-se a lei brasileira?

por EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR E ANTONELLI ANTONIO MOREIRA SECANHO

Há alguns dias, a imprensa nacional divulgou, à exaustão, o fato de uma blogueira brasileira, residente no exterior, a qual por meio da internet teria, em tese, ofendido a honra subjetiva da filha de um famoso ator global, chamando-a de “macaca” (sic) e a ela atribuindo outras qualidades negativas e pejorativas, sempre fazendo referência à etnia negra¹.

Prima facie, tendo em vista o elemento central do presente estudo, destaca-se que muitos estudiosos do tema ensinam que não há que se falar mais em raça negra, branca, amarela ou outra, pois a raça é humana. Sendo assim, o que diferencia cada ser humano, sob este aspecto, é a etnia da qual ele provém, se negra, branca ou outra.

Mas, de qualquer modo, é certo que o termo “racismo”, justamente pela gravidade da conduta a que ele nos remete é empregado de maneira ampla e indistinta, fator que pode fazer com que haja certa confusão quanto à tipificação da conduta do agente que chama a vítima de “macaca”, por exemplo.

Com efeito, tendo em vista o ignóbil elemento preconceituoso existente no caso em estudo, o crime de racismo parece surgir de modo indisfarçável, fato que não condiz com a correta adequação típica *sub studio*. Isso porque, como é sabido, para a sua configuração o crime de racismo exige que a conduta do agente seja segregativa, isto é, valendo-se de elementos preconceituosos o agente atinja uma coletividade indeterminada de pessoas, discriminando toda uma integralidade de indivíduos de uma mesma etnia, religião ou até mesmo da mesma procedência nacional (artigo 1º da Lei nº 7.716/1989).



“Procura-se instigar o debate sobre esta ignóbil conduta que se repete, tristemente, no dia a dia de nossa sociedade e do mundo todo. Por isso, é digna de aplausos a conduta do casal – pais da vítima – que buscou amparo na polícia e no Poder Judiciário para combater um delito que, mesmo sendo punido com certo rigorismo, vem se arrastando ao longo do tempo.”

Apenas a título ilustrativo, poder-se-ia cogitar o crime de racismo se o agente afirmasse que não seguiria negros na rede social, ou que, possuindo um estabelecimento comercial, não aceitaria o ingresso de judeus, evangélicos, japoneses, enfim, que segregasse toda uma coletividade, mediante o emprego de elementos preconceituosos e discriminatórios.

Já a injúria racial é mais restrita, ou seja, a conduta do agente atinge, diretamente, a vítima e, de modo reflexo, a coletividade de pessoas com as mesmas características. Por isso, trata-se de espécie de crime contra a honra, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal. Então, é forçoso concluir que, em tese, a autora das ofensas ora tratadas teria praticado o crime de injúria racial, pois, valendo-se de elementos preconceituosos referentes à etnia da vítima ofendeu sua honra subjetiva, não para atingir e segregar toda a coletividade de pessoas negras, mas sim para ofendê-la, diretamente.

Em suma, para diferenciar os dois mencionados crimes, exemplifica-se:

- a) se um treinador de um time de futebol afirmar que não contrataria um jogador por este ser negro, cometerá o crime de racismo.
- b) por outro lado, se o treinador se dirigir a um jogador e o chamar de “macaco”, cometerá o crime de injúria racial.

E não se pode olvidar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, firmou o entendimento de que o crime de injúria racial também é imprescritível (AREsp 686.965/DF), conforme o mandado implícito de criminalização disposto no art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, *in verbis*: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Uma vez tipificada a conduta, indaga-se: o crime foi praticado, em tese, no Canadá e a vítima reside no Brasil, qual lei é aplicada ao caso? Seria uma hipótese de extraterritorialidade da lei penal?

Em um primeiro momento, parece ser o caso da lei penal brasileira buscar a agente residente no exterior e, assim, fazer incidir seus efeitos, mediante o cumprimento de algumas condições (artigo 7º, § 2º, do Código Penal – extraterritorialidade condicionada).


Todavia, não se pode perder de vista que nosso Código Penal dispõe, no art. 5º, *caput*, que ao crime cometido no Brasil aplica-se a lei nacional.

E o crime de injúria (em todas as suas modalidades) possui uma característica bastante peculiar: consuma-se no momento em que a vítima (e não terceiros) toma conhecimento do insulto.

Conseqüentemente, o crime de injúria racial teria, em tese, se consumado no Brasil, pois a ofendida aqui reside, o que faz com que a lei penal brasileira seja aplicada ao caso de modo integral, sem qualquer condição.

Logo, a Polícia Civil do Rio de Janeiro tem total competência para instaurar o devido inquérito policial e, se o caso, o Ministério Público do mesmo estado é quem promoverá a competente ação penal (que é condicionada à representação do ofendido², conforme o art. 145, parágrafo único, do Código Penal).

É claro que os princípios do contraditório e da ampla defesa precisam ser respeitados, razão pela qual a pessoa suspeita pode constituir advogado desde logo e, caso seja promovida a ação penal, será citada no exterior para poder se defender dos fatos a ela imputados.

Em apertada síntese, procura-se instigar o debate sobre esta ignóbil conduta que se repete, tristemente, no dia a dia de nossa sociedade e do mundo todo. Por isso, é digna de aplausos a conduta do casal – pais da vítima – que buscou amparo na polícia e no Poder Judiciário para combater um delito que, mesmo sendo punido com certo rigorismo, vem se arrastando ao longo do tempo. 

NOTAS

- 1 Bruno Gagliasso denuncia ofensas raciais publicadas contra a filha Titi. 27 de novembro de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/bruno-gagliasso-denuncia-ofensas-raciais-publicadas-contra-filha-titi.html>. Acesso em: 4 jan. 2018.
- 2 Artigo 24, *caput*, do Código de Processo Penal.



ARQUIVO PESSOAL

EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de Justiça aposentado, mestre em Direito Público, Pós-doutorado em Ciências da Saúde. Advogado e reitor da Unorp;



ARQUIVO PESSOAL

ANTONELLI ANTONIO MOREIRA SECANHO é bacharel em Direito pela PUC/Campinas e Pós-graduado “lato sensu” em Direito Penal e Processual Penal pela PUC/SP.



É preciso repensar atitudes na era da praça pública digital

POR PATRICIA PECK PINHEIRO

“Todo tipo de liberdade exige educação e um ambiente seguro para se manifestar. Neste sentido, qualquer excesso é prejudicial, seja pela falta da liberdade ou pelo abuso dela.”

Passados 29 anos da invenção que revolucionou o mundo, a World Wide Web (WWW), seu criador, o físico britânico Tim Berners-Lee, em carta aberta marcando o 28º aniversário de sua invenção, em 12 de março de 2017, disse estar preocupado com a maneira como a ferramenta vem sendo usada, pois acredita que o uso indevido de dados pessoais e as notícias falsas “têm um efeito assustador sobre a liberdade de expressão”.

Estamos vivenciando e aprendendo com os desdobramentos sociais, econômicos e políticos decorrentes da internet. Além dos itens citados pelo seu criador, temos também outro aspecto poderoso, que é a possibilidade de gerar mobilização por meio das redes sociais. Desde o início da década de 2010, presenciamos movimentos como *Occupy Wall Street*, Primavera Árabe, os protestos no Brasil de junho de 2013, e tantos outros que utilizaram o ambiente *online* como meio de articulação.

Também há 29 anos entrou em vigor a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito racial. Ainda assim, vários estudos apontam para o crescimento de injúria e racismo no país. Dados do Observatório da Discriminação Racial do Futebol Brasileiro indicam alta de 64% em ocorrências de injúria racial, tanto nos estádios como na internet, somente em 2017. Já uma ONG especializada em crimes digitais registrou mais de 35 mil denúncias relacionadas a crimes raciais na internet em 2016.

Não são poucas as ocorrências de racismo que ganharam intensa repercussão na internet, com espaço para mobilização e criatividade em favor das vítimas. Após casos emblemáticos como as ofensas contra o jogador Aranha, a atriz Taís Araújo e a jornalista Maju, a hashtag #ÉCoisaDePreto teve tanta visibilidade quanto as declarações de William Waack.

O incidente envolvendo o vídeo com declarações do jornalista, que iniciou compartilhado por WhatsApp e viralizou na internet, demonstra o quanto devemos ter cuidado dobrado com opiniões que possam desabonar a imagem e a reputação de profissionais e empresas. Foi menos de 10 horas entre a popularização do conteúdo e o informe da Rede Globo anunciando o afastamento do profissional.

Que “atire o primeiro mouse” quem nunca falou algo que se arrependeu depois, mas a sociedade digital não permite mais as confidências e os pecados entre quatro paredes. É o crescente poder da influência digital. Está tudo muito mais exposto e documentado, e o conteúdo registrado e compartilhado, mesmo tempos depois, é capaz de causar muita repercussão, pois o passado ressurge para assombrar os envolvidos a qualquer momento. Ainda mais se forem formadores de opinião, pessoas públicas, celebridades, líderes empresariais ou políticos.

A internet não perdoa! Há um dano permanente, distribuído em larga escala, com alcance global. Mais uma reputação enterrada por uma mistura de comportamento sem noção, que envolve praticar gafe relacionada às más escolhas da liberdade de expressão, temperada com o ingrediente azedo e perverso da vingança digital. #vazoudançou

Todo tipo de liberdade exige educação e um ambiente seguro para se manifestar. Neste sentido, qualquer excesso é prejudicial, seja pela falta da liberdade ou pelo abuso dela. Ainda vamos todos sofrer as consequências da nossa delinquência digital. Para garantirmos a sustentabilidade na tecnologia é preciso ser ético, ser transparente, ter governança e estar *compliance*. 🔥



ARQUIVO PESSOAL

PATRICIA PECK PINHEIRO é advogada especialista em Direito Digital, graduada pela Universidade de São Paulo, doutoranda em Direito Internacional pela mesma instituição. Pesquisadora convidada com foco em Direito Comparado e Propriedade Intelectual pelo Instituto Max Planck (Hamburgo e Munique) e pela Universidade de Columbia NYC. Professora convidada pela Universidade de Coimbra. Professora convidada especialista em cibersegurança pela Escola de Inteligência do Exército Brasileiro. Professora da pós-graduação da Fundação Instituto de Administração – FIA. É autora de 17 livros sobre Direito Digital. Premiada sete anos consecutivos como uma das advogadas brasileiras mais admiradas em propriedade intelectual pela *Andlise Editorial*, recebeu duas vezes o prêmio *Security Leaders* e foi condecorada com três medalhas militares pelas Forças Armadas. É sócia-fundadora do escritório *Patricia Peck Pinheiro Advogados*, da empresa de cursos *Peck Sleiman Edu* e do *Instituto iStart de Ética Digital*, que conduz o *Movimento Família mais Segura na Internet*. É conselheira de Ética da Associação Brasileira de Educação à Distância - ABED, árbitra do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – CAESP, vice-presidente jurídica da Associação Brasileira dos Profissionais e Empresas de Segurança da Informação – ASEGI, membro homenageada pelo Instituto Brasileiro de Direito Digital – IBDDIG.

O planejamento estratégico na empresa

POR EDUARDO SEHNEM FERRO

O planejamento estratégico é um processo gerencial que se refere à formulação de objetivos e à seleção de programas de ação e execução, levando em conta as condições internas e externas da empresa e sua evolução esperada. Pode-se dizer que através dele prevemos e planejamos o futuro da empresa em relação ao longo prazo, que de uma forma genérica consiste em saber o que deve ser executado e de que maneira deve ser executado.

Resumidamente, pode-se dizer que o planejamento se constitui em responder a três questões principais: onde estamos; para aonde queremos ir; e como chegar lá.

Citamos algumas etapas do planejamento estratégico:

1. definição de valores da empresa, como a visão e a missão;
2. análise do ambiente externo, as oportunidades e as ameaças para a empresa;
3. análise do ambiente interno, mais concretamente as forças e as fraquezas da empresa;
4. análise do contexto atual da empresa por meio da análise SWOT - strengths (forças), weaknesses (fraquezas), opportunities (oportunidades) e threats (ameaças);
5. definição de objetivos e metas, ou seja, o que a empresa pretende alcançar. Aonde pretende chegar e quando.
6. formulação e implementação da estratégia em que se escolhe o plano para alcançar as metas e objetivos definidos previamente. Na formulação das estratégias é importante verificar os recursos disponíveis para a sua implementação, além de definir quais recursos se aplicam mais adequadamente à estratégia escolhida.
7. obtenção do *feedback* e do controle, nos quais os responsáveis verificam os resultados do planejamento estratégico.

Enfim, o objetivo do planejamento estratégico é definir uma direção para a empresa. Portanto, o processo de definição é tão importante quanto o plano. É um momento de reflexão, discussão, interação, de avaliação interna de forças e fraquezas, das oportunidades do mercado e do perfil da concorrência. 📌



EDUARDO SEHNEM FERRO é controller do escritório *Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados*. Contador, Pós-graduado em Docência do Ensino Superior.

Cautio de rato versus apud acta

por VICENTE DE PAULO SARAIVA



Como há certa afinidade entre as expressões “cautio de rato” e “apud acta”, comentá-las-emos em conjunto, cada uma de per si, naturalmente. Traduz-se a primeira simplesmente por *caução de ratificação* (futura). *De rato* é uma locução adverbial que indica um

procedimento (relativamente a um tempo por vir), estabelecendo, portanto, um adjunto adverbial de relação, que se formulou mediante o particípio passado (*ratus, a, um*) do verbo depoente *reri* (= julgar), utilizado no gênero neutro, ante seu uso genérico, substantivadamente. A locução, por sua vez, pode-se considerar constituída igualmente do substantivo subentendido (*mandato*), ficando, assim, a expressão, para ser completa: *cautio de rato [mandato]* (= caução de [mandato a ser] ratificado)). Atente-se que o novo conjunto – *de rato [mandato]* – reproduziria a mesma locução e adjunto adverbial de relação acima referidos, mantido *rato* em sua função participial.

“A expressão passou, destarte, a ter análogo sentido em nossas regras de processo, significando quaisquer registros nos autos, de um modo geral.”

No Direito romano, se o autor de uma ação real se fizesse representar por um procurador (= *procurator*), este tinha de prestar um compromisso verbal – garantido por *caução* – de que seus atos em Juízo haveriam de ser ratificados pelo representado, o senhor (= *dominus*) da ação (Sent. 1, 3, 3/5; D. 3, 4, 6, 3; Insts. 4, 98; Instas. 4, 11, par.).

Essa caução poderia ser fruto de prévio acordo entre as partes; mas também poderia ser uma estipulação pretoriana (= *stipulatio praetoria*) ou uma imposição do juiz. Caso não obtida a dita ratificação, a caução serviria de indenização. Entretanto, dispensava-se tal caução se o mandato fosse *apud acta* (comentário a seguir), ou se o autor da ação designasse o procurador perante o juiz.

Nosso anterior Código de Processo Civil/1939 só admitia que o advogado patrocinasse a causa de outrem, sem o instrumento do mandato, em caso de urgência e, assim mesmo, prestando semelhante caução *de rato*, isto é, comprometendo-se a “exibir procuração regular dentro em prazo fixado pelo juiz” (art. 110), sob pena de os atos serem considerados inexistentes. Essa caução, em dinheiro ou fiança, era tomada por termo.

O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei nº 4.215, de 27.04.63, art. 70, § 1º) amenizou tal rigor, dispensando a caução desde que o mandato fosse apresentado no prazo de quinze dias, prorrogável por outros quinze, por despacho do juiz ou da autoridade competente (nos processos de caráter administrativo, naturalmente, nessa segunda hipótese).

O Código de Processo Civil/1973 endossou tal proceder, mas advertia que “Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos” (art. 37 e par. único).

Já a segunda expressão – *apud acta* – significa simplesmente *junto dos autos*, ou mesmo, *nos autos*. Paralelamente ao que se explicou a respeito da locução primeira, *apud acta* é um adjunto adverbial de lugar (virtual), em que *acta* é o substantivo plural neutro derivado do particípio (*actus, a, um* = feito,

executado) do verbo *agere*, ou seja – os “registros” de tudo que aconteceu ao longo do processo.

Assim é que, no Direito romano, passou o sentido originário do termo – de atuação (em si) – a significar os documentos (escritos) que registravam as atividades do magistrado no exercício de suas funções. Aquelas eram inicialmente orais. Mas, com o vulto de sua produção e a necessidade de deixá-las consignadas, inclusive para o novo magistrado, mister se fazia reduzi-las a escrito (“protocolos”) – adquirindo estes, com o tempo, caráter oficial (como já explicado anteriormente, no comentário ao verbete *ab actis*).

Desta sorte, durante a República, somente as sentenças do processo penal e as fórmulas pretorianas eram escritas. Mas na fase imperial, todos os procedimentos diante do tribunal passaram a ser registrados e conservados nos arquivos daquele – deles se podendo obter cópia de fé pública. Por volta de 323 d.C., uma constituição de Constantino formalizou exigências ao doador, entre as quais a de efetuar a transcrição do documento privado, até 300 sólidos, no registro público (= *insinuatio apud acta*), que era mantido pela autoridade judiciária – adquirindo aquele, então, força probatória oficial. Justiniano manteve a prática, considerando-a necessária apenas quando a doação superasse o valor de 500 sólidos (C. 8, 54, 34, par. e 36, 3; Instas. 2, 7, 2). Naquela época, em que já vigia o sistema da *extraordinaria cognitio* (= cognição fora da ordem [privada]), aliás, o juiz designava um funcionário para acompanhar o autor que requerera a *litis denuntiatio* (= a denúncia da lide/a citação do réu): devia aquele, então, atestar que a comunicação se perfizera, assentando-o em seus registros – *apud acta* –, portanto. Semelhantemente, durante o mesmo sistema, o procurador (= *procurator*) do autor somente se tornava isento de prestar a *cautio de rato* (v. acima), se seu mandato estivesse registrado *apud acta* (isto é, nos arquivos judiciais), ou se o próprio autor ratificasse o dito procurador na presença do juiz.

A expressão passou, destarte, a ter análogo sentido em nossas regras de processo, significando quaisquer registros nos autos, de um modo geral. Assim, consignam-se *apud acta* os despachos, decisões, sentenças e acórdãos proferidos verbalmente, que deverão ser registrados pelos taquígrafos ou datilógrafos (CPC, art. 164); as autuações da escrivania judiciária (*id.*, art. 166); os depoimentos das partes e das testemunhas, que deverão ser reduzidos a termo (*id.*, art. 141, III); os mandatos que, na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, forem verbalmente conferidos pela parte ao advogado que a assistir (Lei nº 9.099, de 26.09.95, art. 9º, § 3º); as nomeações, pelo juiz, do advogado que patrocinará a causa do necessitado (Lei nº 1.060, de 05.02.50, art. 5º, §§ 1º/3º), bem como do advogado dativo (no processo criminal) ao réu que não o tiver (CPP, arts. 449 e 757, § 1º).

E, por sinédoque, *acta* (= registros) passou a significar, também, os próprios “autos” – como o conjunto de peças que constituem o processo: e é nesse sentido específico que a presente expressão *apud acta* é sobretudo empregada e entendida. 📌



VICENTE DE PAULO SARAIVA é subprocurador-geral da República (aposentado) e autor da obra “*Expressões Latinas Jurídicas e Forenses*” (Saraiva, 1999, p. 856).

Direito de reflexão: aplicável a toda venda fora do estabelecimento comercial?

POR EZEQUIEL FRANDOLOSO

O direito de reflexão ou arrependimento – disposto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – é uma faculdade do consumidor. Este pode solicitar o cancelamento da compra feita fora do estabelecimento comercial.

Analisando friamente a letra da lei, portanto, qualquer compra feita fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou em domicílio, pode ser cancelada pelo consumidor dentro do prazo de sete dias, a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço.

Mas tal direito é flexível? O direito de reflexão seria aplicável indistintamente a todos os contratos firmados fora do estabelecimento comercial?

Parece-nos que não é tão fácil responder tal questionamento. A lei é de 1990, tempos em que o consumidor era muito mais vulnerável a práticas abusivas frente ao poderio econômico das empresas. O CDC brotou como uma resposta legal protetiva e surgiram diversos órgãos de defesa do consumidor em todo o país.

O destacado art. 49 do CDC, vale lembrar, não mencionou as vendas por e-mails, sites, redes sociais, pois, como dissemos, o CDC é de 1990, são quase 30 anos da data de entrada em vigor, época em que essas ferramentas nem eram usadas.

Com o avanço dos meios tecnológicos de compra e venda e a necessidade de ter um regramento especial para as relações eletrônicas, foi editado, em 2013, o Decreto nº 7.962, que veio para regulamentar o comércio eletrônico, também contemplando o direito de arrependimento em seu artigo 5º.

Porém, nenhum dos dispositivos menciona casos de vendas longe do estabelecimento comercial em que o consumidor tem a



“O direito de reflexão não é aplicável aos casos em que o consumidor solicita a presença de um representante para lhe mostrar o produto ou fazer uma demonstração do serviço a ser contratado, mesmo que a contratação se dê fora do estabelecimento comercial.”

oportunidade de ver, testar, analisar o produto etc. Ademais, atualmente há casos em que a empresa, após receber o contato do consumidor, comparece em seu domicílio e apresenta o produto ou serviço (faz demonstração), como é o caso de atividade mercantil de sapatos, cosméticos – inclusive com teste destes bens –, tirar medida para costurar uma camisa, um terno e mostrar tantos outros produtos. Teria o consumidor direito de reflexão nessas hipóteses de venda presencial em domicílio?

Pois bem. O direito de reflexão tem como objetivo proteger o consumidor vulnerável de “compra de impulso, efetuada sob forte influência da publicidade sem que o produto esteja sendo visto de perto, concretamente, ou sem que o serviço

possa ser mais bem examinado”, segundo a lição de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 134), em sua obra “Programa de Direito do Consumidor”.

Nas palavras do professor e defensor público, titular da Defensoria do Consumidor do Distrito Federal, Antonio Carlos Fontes Cintra (2011. p. 165):


A intenção do legislador inicialmente era a proteção das vendas feitas por catálogos, as chamadas vendas de ‘porta em porta’ (*door to door*), quando o consumidor é abordado em sua residência. A doutrina se divide sobre a *ratio legis*. Uns dizem que a razão do tratamento diferenciado é a não possibilidade de ver o produto, de tocá-lo, de testá-lo, de saber exatamente seu formato, tamanho, aparência, funcionalidade etc. Afinal, fotos comumente traduzem uma ideia distorcida da realidade [...] diverso é o caso do consumidor que procura o estabelecimento comercial e se mostra decidido pela aquisição da mercadoria ao ter demonstrado no próprio comparecimento suas intenções.

Ao que parece, a melhor doutrina compartilha da ideia de que o direito de reflexão ou de arrependimento somente é aplicável aos casos de venda fora do estabelecimento comercial quando o consumidor não veja o produto, não toque, não teste o equipamento ou não tenha uma demonstração do serviço.

Em recentíssima decisão, a Justiça paulista, em um caso prático de venda em domicílio, compartilhou do referido entendimento e julgou improcedente um pleito de rescisão contratual e devolução de valor pago pela aquisição de produto pelo consumidor. O magistrado entendeu que, pelo fato de o consumidor experimentar a eficácia do produto, deve ser afastada a aplicação do artigo 49 do CDC, mesmo que a venda tenha sido feita fora do estabelecimento comercial. A decisão foi proferida pelo JEC da Comarca de Peruíbe/SP, Processo nº 0002015-84.2017.8.26.0441, em 31.7.2017.

Fica evidente, portanto, que o direito de reflexão não é aplicável aos casos em que o consumidor solicita a presença de um representante para lhe mostrar o produto ou fazer uma demonstração do serviço a ser contratado, mesmo que a contratação se dê fora do estabelecimento comercial.

No entanto, destacamos que a maioria dos órgãos de defesa do consumidor prosseguem recebendo reclamações, inclusive com imputação de multa às empresas que não desfazem compras com tal peculiaridade.

Talvez, caiba maior “reflexão” da real intenção do legislador e até um acréscimo no artigo 49 do CDC, pois não é aceitável a aplicação de penalidades pela não aplicação do repetido dispositivo legal em casos de venda fora do estabelecimento comercial quando ela for “presencial” com demonstração e uso do produto ou serviço pelo consumidor antes de adquiri-lo. 

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2014.
CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Direito do Consumidor. Niterói: Impetus, 2011.



EZEQUIEL FRANDOLOSO é advogado em São Paulo, especialista em Direito do Consumidor, Civil, Empresarial e Constitucional de *Frandoloso Sociedade de Advogados*.



DIVULGAÇÃO

Prisão no Brasil – o fim do mito da impunidade

por LUIZ FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO

“As prisões cautelares são prisões de interesse do inquérito ou do processo, enquanto a prisão para execução de pena diz respeito à efetiva punição do criminoso em razão do cometimento do delito, e não se pode, jamais, confundi-las, sob pena de se pré-julgar alguém que, posteriormente, pode ser inocentado.”

A cada novo crime cometido no Brasil, especialmente quando o suposto autor não permanece preso durante o inquérito ou processo, surge uma reclamação da sociedade e uma sensação (errônea) de impunidade, pois, para muitos, o criminoso jamais deveria voltar, em tão pouco tempo, ao convívio social. A perplexidade aumenta quando o acusado sequer é preso imediatamente, respondendo à acusação em liberdade.

Existem duas modalidades de prisão no Brasil: a prisão para execução da pena, que existe para punir o culpado, e só deve ocorrer após o julgamento de todos os recursos, quando houver uma condenação; e a prisão cautelar, que nada tem a ver com a culpa do acusado, mas pode ocorrer em razão da conveniência e necessidade do processo, independentemente de o acusado ser condenado ou inocentado.

É importante esclarecer que a prisão antes de uma sentença condenatória definitiva (quando não se pode mais recorrer ou alterar a condenação) é admitida apenas como exceção, pois a liberdade é a regra no Brasil, tendo por base o princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal.


Esta exceção à regra, ou seja, a autorização para a prisão antes de uma condenação final, que se dá em caráter excepcional, deve ocorrer no interesse da investigação ou do processo, nada tendo a ver com a análise de eventual culpa, conforme disposto nas modalidades de prisão provisória, a saber, em flagrante, preventiva e temporária.

Já o cumprimento efetivo de pena só deve ocorrer depois do trânsito em julgado da condenação, neste caso, ligada à culpa do condenado, representando uma punição aplicada pelo Estado o fato de haver a restrição da liberdade do indivíduo.

Há que se ter cautela na decretação da prisão de alguém, pois a Justiça é dos homens, portanto falível, como falível é o homem, e é exatamente por este motivo que existem os recursos e as várias instâncias.

Também é sempre importante lembrar que boa parte das decisões dos juízes de primeiro grau e dos Tribunais de Segunda Instância são alteradas nos Tribunais Superiores.

Desta forma, a cautela deve-se ao fato de não ser possível compensar o indivíduo preso injustamente, caso, após o devido processo legal, este seja absolvido, tanto pelo tempo que ele terá perdido enquanto esteve injustamente preso, mas especialmente pelas mazelas sofridas em razão das péssimas condições dos presídios brasileiros.

Assim sendo, reitera-se, as prisões cautelares são prisões de interesse do inquérito ou do processo, enquanto a prisão para execução de pena diz respeito à efetiva punição do criminoso em razão do cometimento do delito, e não se pode, jamais, confundi-las, sob pena de se pré-julgar alguém que, posteriormente, pode ser inocentado, acarretando, assim, enormes e irreparáveis prejuízos ao indivíduo, que pode ser qualquer um de nós! 



LUIZ FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO é advogado criminalista, conselheiro estadual da OAB/SP, Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu, e em Processo Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), com especialização em Garantias Constitucionais e Direitos Fundamentais pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha), membro da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa (CJLP), integrou o Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo e integra o escritório de advocacia *D'Urso e Borges Advogados Associados*.

Nova Lei Anticorrupção

POR VANDELINO CARDOSO



DIVULGAÇÃO

“O legislador andou bem, entretanto, é preciso avançar outros ordenamentos jurídicos com o propósito de combater a corrupção nas esferas do poder público e seus ocupantes para que haja punição mais severa e com maior celeridade.”

A Lei nº 12.846/2013, apesar do ano em referência, vigorou somente em 28 de abril de 2016, não sendo novidade, já que tudo neste país é demorado. O referido instrumento impõe responsabilidades civil e administrativa, entretanto, com eventual desdobramento criminal, dependendo das circunstâncias. Este ordenamento jurídico incide em face da Administração pública nacional ou estrangeira.

Nesse sentido determina o parágrafo único do art. 1º.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Nesse viés, cumpre salientar que as pessoas jurídicas deverão responsabilizar-se objetivamente pelos atos considerados lesivos praticados sob seu interesse ou benefício, de caráter exclusivo ou não. Não fica excluída a responsabilização individual de seus dirigentes, sendo pessoa natural, autora e coautora, ou na forma partícipe. Conforme o art. 29 do Código Penal Brasileiro, com a redação dada pela Lei nº 7.209/1984:

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.)

§ 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Pelo texto expresso da lei verifica-se que, no caso de fusão ou incorporação, a responsabilidade da sucessora se dará de modo restrito ao pagamento de multa e a reparação integral do dano. Ademais, é oportuno enfatizar que na visão do legislador a reparação dos danos se estenderá até o limite do patrimônio transferido.

Observa-se que o escopo do legislador, dentre outros, também foi de disciplinar a não retroatividade das sanções previstas na lei decorrentes de atos e fatos antes da data da fusão ou incorporação, se ficar comprovada a simulação ou evidente intuito de fraude.

No art. 5º, o legislador foi bastante enfático ao definir o ato lesivo à Administração pública, quer seja os praticados pelas pessoas jurídicas demonstrados no art. 1º, especialmente àqueles que vão insurgir contra o patrimônio público, em face dos compromissos públicos internacionais que o Brasil tenha celebrado.

É oportuno definir que a Administração pública envolve as diversas modalidades, estrangeira, entidades estatais diplomáticas de qualquer ordem de caráter governamental.

Por conseguinte, saliente-se que as sanções serão aplicadas isolada ou cumulativamente na medida da gravidade das infrações.

Entretanto, antes da aplicação das sanções é necessária e obrigatória a instauração de processo administrativo e ou judicial, conforme o caso. Sob esta ótica disciplina o art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

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:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O rigor da lei prevê, conforme o grau de repercussão, multa de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões. Levando em consideração a gravidade da infração, vantagem obtida, o grau de lesão, a situação econômica etc.

Vale gizar que a comissão processante deverá apurar os fatos no prazo de 180 dias. Encerrado o processo, e em não havendo o pagamento, o débito será inscrito na dívida ativa da Fazenda pública.


Por outro lado, ainda retornando à esfera penal, a comissão designada, após apuração das responsabilidades da pessoa jurídica levará ao conhecimento do Ministério Público para apurar eventuais violações de natureza criminal.

O legislador abrandou em parte o rigor da aplicabilidade das sanções administrativas com o famigerado acordo de leniência, quer seja tanto a União, estados, Distrito Federal e municípios, no limite de suas atribuições, de modo isolado, e ou em conjunto com a Advocacia Pública e o Ministério Público a celebração do acordo de leniência, frente aos atos investigados que de fato tenham colaborado com as investigações e produzido resultados práticos para o deslinde da questão.

Nessa esteira de raciocínio, necessário se faz a identificação dos demais envolvidos na infração, obtenção de informações e documentos, o grau de comprometimento da pessoa jurídica, etc., entretanto, devendo comparecer a todos os atos processuais até a finalização.

A disposição expressa de lei esclarece que o acordo de leniência não isenta a pessoa jurídica de reparação dos danos, contudo, fica evidente a sapiência do legislador, pois, se fosse o contrário, incentivaria os agentes praticantes dos atos infracionais e se arvorasse no instituto da leniência. O instrumento estabelecerá condições para a efetividade da colaboração, podendo conter cláusula sobre a forma de amortização. Em havendo o descumprimento da leniência, a pessoa jurídica estará impedida de celebrar novo acordo pelo período de três anos.

A lei prevê também que a Administração pública pode celebrar a leniência com pessoas jurídicas por fatos investigados em normas de licitação.

Pelo exposto, vê-se que o legislador andou bem, entretanto, é preciso avançar outros ordenamentos jurídicos com o propósito de combater a corrupção nas esferas do poder público e seus ocupantes para que haja punição mais severa e com maior celeridade. 





ARQUIVO PESSOAL

Dever de coerência: dois pesos e duas medidas

POR REIS FRIEDE

Inúmeras críticas, das mais variadas origens e motivações, se abateram sobre a recente decisão, da relatoria do ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal que, em última instância, entendeu pela inexistência de crime de aborto, quando a interrupção voluntária da gravidez ocorrer até o terceiro mês de gestação (STF - HC 124.306 - 1ª T, 29/11/2016).

Muito embora o acórdão em análise não opere efeitos *erga omnes*, restringindo-se a um caso concreto, idênticas críticas têm sido dirigidas ao STF, não somente por ocasião da anterior descriminalização do aborto de feto anencéfalo (STF - ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, 12/04/2012) – esta, ao reverso, dotada de alcance geral –, mas também em relação a um suposto, persistente e exagerado ativismo judicial por parte do Poder Judiciário (Carlos Andreazza, *Supremo Legislador*, O Globo, 13/12/2016, p. 15).

Algumas vozes mais eloquentes chegaram mesmo a argumentar, em tom professoral, que ocorreu, na hipótese, uma indevida invasão de competência legislativa, pelo órgão Judiciário, ao se retirar (indevidamente) a tipicidade penal do aborto, em uma situação não admitida dentre as excludentes penais previstas na legislação de regência (Eros Roberto Grau, *Juízes que Fazem as suas Próprias Leis*, O Globo, 11/12/2016, p. 15), silenciando-se, entretanto, quando o Superior Tribunal de Justiça, em idêntica hipótese, decidiu, alguns dias depois, de forma inclusive mais contundente, pela descriminalização do delito de desacato (STJ - REsp. 1.640.084/SP, 5ª T, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 15/12/2016), ocasião em que ocorreu uma verdadeira celebração entre os mais fervorosos adversários do denominado protagonismo judiciário.


Resta, a toda evidência, que todas as críticas ofertadas ao mundo jurídico são sempre bem-vindas por estabelecer um salutar e sempre proveitoso debate. Porém, há de se cobrar, nas eventuais divergências, o imprescindível dever de coerência, sem o qual a própria riqueza da argumentação se esvai, retirando a necessária validade de sua contribuição.

É sempre oportuno registrar que, quando as motivações por detrás das críticas possuem um (inconfessável) conteúdo ideológico ou religioso, em afrontoso desrespeito à isenção científica, se estabelece a imposição de uma verdadeira ditadura do saber, conferindo-se às questões postas em discussão dois diferentes pesos e duas diferentes medidas.

Sobre o tema, e em necessária adição, é importante afirmar, em tom conclusivo, que não há qualquer dúvida de que a substituição dos preceitos declarados inconstitucionais por outros incumbe exclusivamente ao Legislativo. Todavia, não é este o caso em nenhuma das decisões em análise, na exata medida em que ambos tribunais apenas declararam (com efeito *erga omnes*) ou reconheceram (com efeito *inter partes*) a inconstitucionalidade das leis concebidas pelo Poder Legislativo, retirando, por consequência (e rigorosamente no contexto próprio de suas atribuições constitucionais) a eficácia jurídica delas.

Resta consignar que o STF também possui o papel de prover a indispensável coerência lógico-interpretativa entre a legislação ordinária, de responsabilidade do Legislativo, e a constitucional concebida pelo Poder Constituinte e, nesta seara, incumbe ao órgão judiciário o dever (inafastável) de expungir do ordenamento jurídico todas as normas que não estejam em plena conformidade harmoniosa com os preceitos constitucionais.

No caso do aborto, de forma diversa das críticas levantadas, vale ressaltar que nenhuma nova excludente penal foi criada (indevidamente) pelo Judiciário; apenas o efeito prático colateral (equivalente) foi obtido, através da retirada parcial da eficácia jurídica da criminalização da prática de interrupção da gravidez voluntária (em determinadas situações), da mesma forma em que foi estabelecido o efeito prático de remoção (total) da previsão criminal (do Código Penal), com o reconhecimento da ineficácia jurídica, no caso do delito de desacato.

Esperemos, portanto, que novas críticas e divergências sejam oferecidas ao debate para seu necessário enriquecimento, mas que, ao mesmo tempo, o dever de coerência argumentativa sempre esteja presente, permitindo, em última análise, a sua indispensável validação efetiva, conforme já preceituava Descartes a seu tempo. 

ANIMAIS BIOÉTICA E DIREITO

Tereza Rodrigues Vieira
Camilo Henrique Silva
Coordenadores



R\$ **45,00**
FRETE GRÁTIS

Os artigos compilados nesta obra retratam algumas das infindáveis discussões acerca da relação entre os seres humanos e os animais, enfrentando os principais desafios bioéticos e jurídicos oriundos dessa delicada convivência. Instiga o leitor a realizar reflexões acerca de temas polêmicos e que necessitam de uma análise mais acurada para que o Poder Judiciário tenha subsídios no julgamento de litígios que versem sobre os temas abordados.

Telefone (61) **3225-6419**

