

2021 | ANO I | 1ª EDIÇÃO

OPINIÃO LEGAL

 MoselloLima
Advocacia

Revanchismo Ambiental

Os riscos da interpretação enviesada do Direito Ambiental para a segurança jurídica e desenvolvimento do país.

Empregadores podem exigir vacina?

Os limites e regulações da exigência de empregadores para com seus empregados sob a ótica do Direito do Trabalho.

TURNING POINT COM IVAN MAURO CALVO

IMOBILIÁRIO

Em entrevista, o líder da área Imobiliária, Agrária e Fundiária da MoselloLima, trata da importância da *Due Diligence Legal* na aquisição de imóveis rurais ou urbanos para conferir segurança jurídica ao adquirente.



EDITORIAL

O dinamismo da informação nunca foi tão intenso. Por isso, o operador do Direito precisa se manter atualizado.

A velocidade e a facilidade com as quais as notícias se propagam impõem àqueles inseridos no mundo jurídico, sobretudo o corporativo, a necessidade de buscar sempre mais: mais segurança, agilidade e assertividade para dominar as mudanças que não cessam.

Pensando nisso, a MoselloLima tem se empenhado em levar sua Opinião Legal aos advogados, gestores e empreendedores, através do seu podcast, do informativo Atualizando, das redes sociais e do canal no YouTube.

Mas, a busca pela excelência também precisa ser uma constante. E, por isso, a percepção da relevância característica de alguns temas nos levou à consolidação de um periódico, com a Revista Opinião Legal, que tem o propósito de ultrapassar o limite jurídico-corporativo e contribuir com a sociedade como um todo.

Apresentamos a vocês a nossa primeira edição. Tenham todos uma excelente leitura.

O futuro é agora. Afinal, o jurídico não para; a MoselloLima também não.

Leandro Henrique Mosello Lima, sócio-fundador da MoselloLima Advocacia

ATENÇÃO LEITOR

Esta revista possui recursos interativos para a visualização em IOS e computador. Os rodapés, bem como o sumário, possuem botões de navegação que redirecionam para links externos ou páginas internas da própria revista. Assim, sua experiência fica ainda mais rica e dinâmica

Boa leitura!

EDIÇÃO 01
MARÇO/2021

EDITORIA
Leciane Mattos e Gustavo Bitencourt

IDEALIZAÇÃO
Gustavo Bitencourt e Lis Reis

PROJETO GRÁFICO
Indira Garcez de Medeiros

DESIGN
Indira Garcez de Medeiros

IMAGENS:
Leciane Mattos, Freepik e Unsplash

PESQUISA E CONTEÚDO
Lis Reis

*Veiculação exclusiva online.
Proibida a reprodução de trechos ou páginas sem a devida atribuição ou autorização*

Um projeto da:

 **MoselloLima**
Advocacia



CLIQUE NA MATÉRIA PARA
ACESSAR A PÁGINA DESEJADA

SUMÁRIO

◆ TURNING POINT

Due Diligence Legal Imobiliária

Entrevista com Ivan Mauro Calvo

◆ INSIGHTS MOSELLO

COJUD

Gustavo Bitencourt

◆ ARTIGOS

Revanchismo Ambiental

Leandro Henrique Mosello Lima e Mariama Penna Bordin

Competência legislativa e a definição de produtos essenciais nas relações de consumo

Marcus Renato Caribé e Lorena Faria Batista

A importância do risk assessment na adequação à Lei Geral de Proteção de Dados e mitigação de riscos da empresa

Ana Paula Ribeiro Serra

O empregador poderá exigir que o trabalhador seja vacinado contra a COVID- 19?

Carla Beatriz Assumpção

Condicionantes para a constitucionalidade da Taxa de Fiscalização Ambiental: exercício do Poder de Polícia e competência para licenciamento da atividade ou empreendimento.

Gabriel Alves Elias e Igor Bastos de Almeida Dias



Turning Point » Com Ivan Mauro Calvo

DUE DILIGENCE LEGAL IMOBILIÁRIA

A AQUISIÇÃO DE IMÓVEL
RURAL OU URBANO
REQUER CAUTELA POR
PARTE DO ADQUIRENTE
OBJETIVANDO CONFERIR
SEGURANÇA JURÍDICA.

Traduzido livremente como “diligência prévia”, a Due Diligence Legal (DDL) tem por objeto uma investigação imobiliária para auxiliar na tomada de decisão nos mais diversos contratos imobiliários, seja compra e venda, permuta, doação, arrendamento rural etc., no qual o profissional ao final emitirá parecer com a análise dos possíveis riscos que envolvem a negociação.

A DDL tem sido uma ferramenta cada vez mais utilizada na gestão de riscos empresariais e abrange uma série de medidas que visam assegurar a segurança jurídica na aquisição ou conclusão de um negócio.

No âmbito imobiliário, essa análise se inicia com o exame do instrumento jurídico a ser celebrado e, posteriormente, o registro do título no Cartório de Registro de Imóveis competente. Esse acompanhamento é realizado por advogados especializados em Direito Imobiliário e aptos para proceder com a análise de todos os documentos e circunstâncias possíveis com a finalidade de reduzir os riscos que envolvem a negociação e assim realizar uma análise prévia

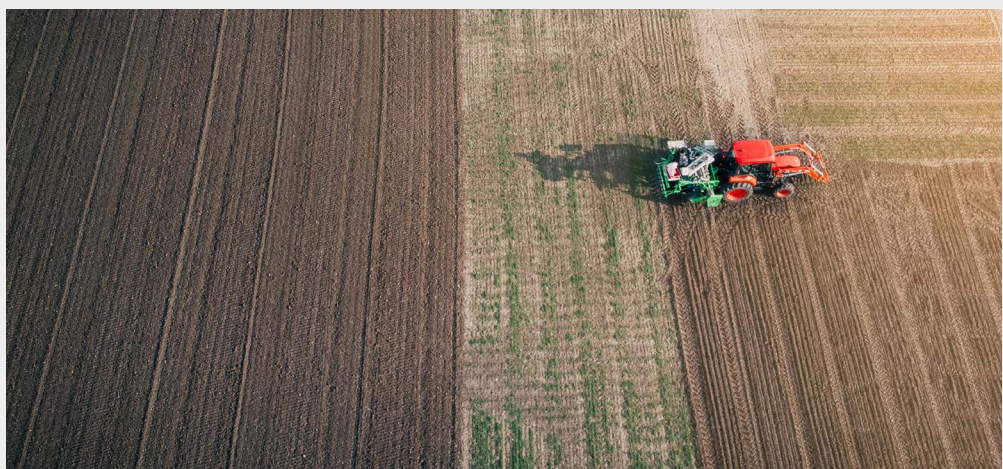


que consiste basicamente em entender melhor o negócio, o contexto, seus pontos fortes e fracos, garantindo maior sucesso na tomada de decisões.

Imagine, por exemplo que uma determinada empresa agropecuária deseja expandir os seus negócios e realiza um planejamento estratégico para aquisição de determinada propriedade rural.

Nessa situação específica, a consultoria imobiliária através da Due Diligence Legal apontará os riscos jurídicos da negociação, indicando se existem ônus reais, impedimentos jurídicos e tabulares, erros na matrícula, se a escritura atende as exigências legais da cadeia sucessória entre outros aspectos que possam obstar a negociação, indicando os possíveis caminhos para resolução e aquisição segura do bem.

Essa análise prévia é realizada tanto na cadeia dominial do imóvel e das certidões dos antecessores do imóvel e dos atuais vendedores. O objeto da análise é minimizar riscos que recaiam sobre o direito de propriedade e a cadeia dominial, capacidade e legitimidade das partes que participaram do negócio jurídico pretérito, a idoneidade dos documentos, além de afastar a possibilidade do imóvel ser penhorado, a sua perda por evicção ou decretada fraude à



execução, por exemplo.

Vale ressaltar, que em uma transação negocial, sempre haverá riscos, entretanto, há formas de diminuir consideravelmente os contratempos que eventualmente poderiam surgir nos trâmites negociais. Nesse sentido, a DDL parte da análise dos riscos existentes, de modo que a consultoria direcionará as soluções jurídicas com o objetivo de viabilizar o negócio a ser celebrado e com a segurança necessária.

Visando maiores esclarecimentos sobre o tema, fizemos uma entrevista com o Sócio Fundador da Mosello Lima Advocacia Ivan Mauro Calvo, que atualmente chefia o time imobiliário do escritório.

Nessa entrevista veremos um pouco sobre alguns aspectos fundamentais da Due Diligence Legal e a sua importância na gestão de riscos imobiliários.

P. Qual a importância da Due Diligence Legal para a atividade comercial? Em quais situações ela é recomendada?

R. A Due Diligence é uma auditoria prévia que se iniciou nas operações de reorganização empresarial, como a fusão, a cisão e a incorporação, quando o pretendente investidor busca diligenciar informações sobre a situação financeira, contábil, fiscal, trabalhista, previdenciária, patrimonial, ambiental, tecnológica e jurídica em geral da sociedade empresária.

A Due Diligence Legal (DDL) é a auditoria prévia sobre a situação jurídica relacionada à realização de qualquer negócio. Está relacionada a vários ramos do direito, principalmente, aos direitos imobiliário, agrário e ambiental. Busca orientar o consultante na tomada de decisão de fechamento de negócio, com estudo de viabilidade e segurança jurídica para quem pretende adquirir, empreender, investir, arrendar, construir, plantar, contratar parceria rural, etc., apresentando parecer conclusivo de grau de risco jurídico e as recomendações de providências.

P. Quais são as etapas seguidas para a confecção de uma DDL?

R. Recepção dos documentos e informações indispensáveis à auditoria prévia de DDL; Complementação de certidões, documentos e processos necessários para a análise; e, enfim, a elaboração do parecer conclusivo de DDL, apontando o grau de risco jurídico, bem como as recomendações de providências.

P. Quais contratemplos podem ser evitados com a Due Diligence Legal?

R. Os contratemplos a serem evitados são inúmeros e bem variáveis.

Os mais comuns são: contratar com quem tem passivo patrimonial maior que seu ativo, ocorrendo a fraude contra credores, ou a fraude à execução, impondo os riscos de anulabilidade,

nulidade, ou ineficácia do negócio jurídico contratado; adquirir imóvel constricto pelo poder judiciário com penhora e arresto muitas vezes já determinados pelo juiz, mas não registrados na matrícula; negociar e pagar sinal de preço, sendo que, o imóvel está com indisponibilidade gravada na matrícula, que impede a venda definitiva do imóvel; contratar aquisição, arrendamento, parceria rural e etc., com quem não é dono do imóvel segundo

o registro público imobiliário; contratar com único dono, sem obter a assinatura dos demais condôminos que deveriam ser signatários no contrato; contratar com pessoa jurídica não devidamente representada conforme seus atos constitutivos, podendo haver a anulabilidade do negócio contratado; contratar imóvel com conflitos agrários, possessórios, petitórios, discriminatórios e demarcatórios, com sobreposição de terras indígenas ou de comunidades tradicionais quilombolas e fundo de pasto; contratar imóvel com passivos ambientais e risco de discussões sobre responsabilidades civil e penal do adquirente; contratar a aquisição do imóvel com mero possuidor, sem poder de disposição do bem; contratar imóvel com matrícula nula em razão de infringência dos princípios do direito imobiliário e registral; contratar imóvel rural em desacordo com o Sistema Nacional

A Due Diligence Legal (DDL) é a **auditoria prévia** sobre a situação jurídica relacionada à realização de qualquer negócio.

do Cadastro Rural (SNCR), e sem a certificação do georreferenciamento pelo INCRA; contratar imóvel urbano para determinado empreendimento incompatível com o plano diretor do município e a legislação pertinente; contratar unidade autônoma sem licença de construção e/ou registro da incorporação imobiliária, habite-se e especificação de condomínio averbada na matrícula; contratar de forma equivocada e viciada, como nos casos de imóveis pertencentes a incapaz, espólio, empresa falida, em recuperação judicial, etc.; contratar imóveis ou benfeitorias alienados fiduciariamente, com garantias hipotecárias e penhores rurais; enfim, são inúmeros os riscos jurídicos quando se contrata sem uma DDL.

P. Qual o significado do risco de uma DDL?

R. Em qualquer negócio jurídico, sempre haverá risco jurídico. Inexiste negociação sem risco. A DDL visa mapear o grau de risco que o negócio jurídico pode ocasionar, bem como reco-

mendar soluções ou cautelas para eliminação ou mitigação de riscos, além de recomendações de cláusulas contratuais específicas.

O Parecer DDL pode concluir pelo: Grau de risco baixo, ou pequeno – condição mínima de risco, com provável viabilidade e segurança jurídica para o fechamento do negócio, conforme o cumprimento das recomendações; Grau de risco médio – condição mais elevada de risco, com possível viabilidade e segurança jurídica para o fechamento do negócio, conforme o cumprimento das recomendações; Grau de risco alto, ou grande - condição elevadíssima de risco, com remota viabilidade e segurança jurídica para o fechamento do negócio; Entrave jurídico – situação de impossibilidade jurídica para fechamento do negócio.

Em suma, a graduação de risco na DDL sempre deve ser elaborada de acordo com a legislação e o projeto do cliente consultante, levando em conta certas premissas, circunstâncias e situações combinadas entre o consultante e a consultoria jurídica.



Ivan Mauro Calvo é sócio da Mosellolima e diretor da área de Direito Imobiliário, Agrário e Fundiário



INSIGHTS MOSELLO

COJUD

A controladoria jurídica surgiu da necessidade dos grandes escritórios de advocacia e departamentos jurídicos de empresas de aprofundar o desenvolvimento, a organização e padronizar o fluxo de procedimentos internos, de sorte a auxiliar no andamento dos trabalhos do corpo técnico-jurídico e facilitar o controle das atividades de todo o escritório/departamento, inclusive da própria controladoria.

A esse “novo” núcleo foi confiada a complexa e importante missão de ser o centro do sistema nervoso de gestão e comando da informação. A controladoria atua, necessariamente, desde o momento em que o cliente contrata o escritório até o encerramento do processo – e, não raro, abrange momentos posteriores.

Muitas e diversas são as tarefas desenvolvidas. Dentre as mais comuns, tem-se o cadastro e alimentação de dados, tanto nos softwares jurídicos internos quanto externos; a captura e distribuição das intimações processuais; o

controle da agenda de prazos e da pauta de audiências/sessões de julgamento; a realização de diligências; a seleção e contratação de correspondentes; o protocolo de peças; além do tratamento de todos estes – e mais alguns – dados e informações, não apenas para que os mais variados tipos de relatórios e apresentações sejam elaborados, mas, sobretudo, para permitir que o feedback dos serviços executados seja eficiente e constante, garantindo o padrão de excelência.

Em uma comparação mundana, a controladoria é, a um só tempo, o engenheiro que desenvolve o veículo e trabalha a sua mecânica (fluxos e procedimentos), mas também o técnico responsável pelas revisões periódicas (auditoria/controle).

Ao deslocar todas essas atividades para um setor específico, o corpo técnico-jurídico obteve imediato ganho de produtividade, com consequente incremento de foco e especialização

naquilo que é sua atividade-fim: a advocacia, praticada no melhor interesse do cliente.

Mas controladoria precisa ir além. As atividades descritas acima são fundamentais, mas insuficientes. Vive-se na era da tecnologia e da automação: a realidade da sociedade é digital, e a advocacia não pode fugir disto.

Foi pensando nisto que a COJUD (Controladoria Jurídica da MoselloLima) concebeu o CIT (Comitê de Inovação e Tecnologia), com o escopo de não somente automatizar a execução de tarefas repetitivas, com ganho de segurança e assertividade da informação, mas também garantir a plena inserção da MoselloLima Advocacia na realidade digital.

Assim, além da nossa família de robôs de automação (DOMI, ATHENA; CHICO; GILLE), que continua crescendo (vem aí o The Guardian!),

construímos uma API (Application Programming Interface) que possibilita a emissão, just in time, de relatórios em dashboards (BI) através do nosso software, permitindo o acompanhamento e controle das nossas atividades em tempo real, além de aprofundar a transparência interna e com os nossos clientes.

Como bem sintetizou Clive Humby em momento de ímpar felicidade, “Dados são o novo petróleo”. Nessa perspectiva, o investimento em técnicas, ferramentas e tecnologia orientadas à análise e tratamento da base de dados trabalhadas viabilizará análises preditivas (Jurimetria) cada vez mais precisas e aptas a auxiliar os processos decisórios, com evidentes ganhos em agilidade e eficiência na gestão e planejamento estratégico.



Gustavo Bitencourt, head da Controladoria Jurídica da MoselloLima (COJUD) e especialista em Direito Processual Civil.

REVANCHISMO AMBIENTAL: UM RISCO PARA SEGURANÇA JURÍDICA

O ano de 2020 já está marcado na história pela pandemia da COVID-19. Porém, o levante da questão ambiental, impulsionado pelas discussões sobre o desmatamento e queimadas na Amazônia e Pantanal, somado às controvérsias políticas, internas e externas, se constitui como um dos selos do último ano.

Neste passo, surgiram importantes temas que podem incitar uma governança ambiental estruturada em políticas públicas e exigências de mercado que auxiliem na conservação ambiental e estimulem o Brasil para as boas práticas de produção sustentável. Assim, vimos o crescimento das práticas de ESG - Environmental, Social and Governance (Meio Ambiente, Social e Governança), dos fundos de investimento verdes, a instituição de políticas públicas e pri-

vadas de Pagamento por Serviços Ambientais e créditos de carbono, que tendem a tornar a conservação ambiental em um importante gerador de valores sustentáveis, pautados na tríade do ambientalmente correto, socialmente justo e economicamente viável.

Se por um lado existem reflexos positivos, por outro, temos um "revanchismo ambiental", com desarrazoadas interpretações jurisprudenciais, julgamentos antecipados da lide, aplicação da principiologia própria do direito ambiental em desarmonia com a Ordem Constitucional, além de uma verdadeira enxurrada de decisões liminares e sentenças de 1º grau com comandos que extrapolam a realidade da questão, denotando uma projeção indevida e muito perigosa do cenário político e ideológico no campo judicial.



Esta revanche, por vezes, em atenção à opinião pública, é estruturada principalmente na aplicação imprópria dos princípios mais fundamentais de Direito Ambiental, notadamente o da prevenção, da precaução e da vedação ao retrocesso ambiental, sendo sucessivamente alargados com nítido divórcio do caso concreto, dos demais princípios constitucionais, bem como dos objetivos fundamentais da República.

Um bom exemplo é o recente julgado do STF nas ADPFs 747, 748 e 749, onde é incontroverso que a revogação das Resoluções CONAMA nº 284/2001, 302 e 303/2002, não denota qualquer objetivo retrocesso ambiental, já se tratando, inclusive, de questões pacificadas por diversos tribunais e jurisprudência do próprio STF, expressa nas ADIs e ADC que reconheceram a constitucionalidade das questões tratadas pelas citadas resoluções no Código Florestal de 2012.

Se vê tal cenário também na aplicação seletiva de institutos dos mais basilares do Direito, como a presunção de legitimidade do ato administrativo, onde até a apresentação de prova robusta em sentido contrário, os atos da Administração Pública são legítimos, corretos e vigentes. Ocorre que, no atual contexto, este pressuposto tem sido aplicado de forma seletiva, se consagrando tal postulado quando o ato em questão for punitivo ou constritivo – embargo, multas, interdições – e o renega à posição de relativo ou coadjuvante, quando se trata de autorizações e licenças, fazendo com que naufrague a segurança jurídica.

O que aqui se provoca é uma necessária reflexão acerca do grande perigo que este revanchismo ambiental, ainda que na melhor das intenções, termina por gerar, na medida em que passamos ao ponto onde a segurança jurídica se fragiliza e autorizações ou licenças ambientais deixam de ser presumidas como corretas,

com uma grave rotulagem de que aquele que percorreu todo o trâmite administrativo será responsabilizado ou minimamente prejudicado pela paralisação de seu empreendimento, de forma cada vez mais recorrente pela projeção do contexto político-ideológico ao caso e não por qualquer transgressão às normas ambientais.

Compete, com fundamental protagonismo, ao Judiciário, impedir que este levante ambiental se configure em um revanchismo perverso, no qual quem paga esta conta, seja quem em nada contribui para ela. Urge a retomada da boa técnica e a fidelidade ao que de fato se enuncia por provas robustas, paridade de armas e a incessante busca pela verdade real, mesmo quando o clamor político-ideológico estampe o que lhe parece mais correto, que nem sempre é o mais justo.

Leandro Henrique Mosello Lima, é sócio fundador e diretor da área Ambiental e Corporativa da Mosellolima Advocacia



Mariama Penna Bordin, advogada e Legal Master da área Ambiental da Mosellolima Advocacia



COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E A DEFINIÇÃO DE PRODUTOS ESSENCIAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A partir da década de 90, a legislação brasileira sofreu alterações substanciais, tendo por escopo modernizar ou unificar temas que antes eram tratados de forma esparsa. Nesse contexto, considerando as evoluções e mudanças que ocorreram nas relações de consumo, iniciamos a década com o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, ainda que pudéssemos discorrer sobre a eficácia desse diploma legal, considerando que alguns aspectos não mais se aplicam ao perfil consumerista dos dias atuais, não será o nosso objetivo – não neste momento. Explicamos.

Recentemente, a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica – ABINEE, propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, em face da Lei nº 4.878 de 27 de outubro de 2020, do Estado de Rondônia, precisamente seus artigos 1º e 2º, que dispõe sobre os produtos essenciais tratados no Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Os artigos, tanto da Lei Estadual e Federal, tratam do Direito do Consumidor nos casos de vícios de produtos, duráveis ou não duráveis, de qualidade e/ou quantidade, que tornam o

produto impróprio ou inadequado ao consumo ou, ainda, haja diminuição no valor, prevendo o direito ao consumidor de exigir a substituição/reparo das partes viciadas do produto.

Especificamente, em caso de vício do produto, o Código de Consumidor aduz no art. 18, parágrafo primeiro, alíneas de um a três, que, caso o vício não seja sanado no prazo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha, as seguintes possibilidades:

- I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III – o abatimento proporcional do preço.

Mais adiante, no parágrafo terceiro, traz ainda a faculdade do consumidor utilizar das possibilidades acima descritas de forma imediata se, em virtude da extensão do vício, a substituição das partes viciadas do produto comprometerem a qualidade ou a característica no produto, ocorrer em diminuição do valor (desvalorização) ou nos casos de produtos essenciais.

O grande ponto crítico é que o Código de Defesa do Consumidor não define o que seja “produto essencial” e, diante da lacuna, o conceito foi sendo delimitado por meio da doutrina e jurisprudência, até chegarmos a ideia de que bem essencial é “aquele que possui importância para as atividades cotidianas do consumidor ou que foi comprado para um evento específico que irá ocorrer em breve. Em síntese, a análise da essencialidade do produto deve se pautar nas necessidades concretas do consumidor” (Ministro Herman Benjamim).

Todavia, embora a essencialidade seja analisada de acordo com caso concreto, alguns produtos e serviços já são visualizados pelo ordenamento jurídico como fundamentais para as atividades do cotidiano, tais como: alimentos, medicamentos, fornecimento de água, energia elétrica e serviços de telecomunicações.

Pois bem. E onde está inserida a Lei 4. 878/2020 do Estado de Rondônia, mencionada inicialmente? A norma, decretada pela Assembleia Legislativa do Estado e promulgada pelo Governador, tem como enfoque principal dar entendimento aos produtos considerados essenciais na ausência da distinção pelo Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, no art. 1º da Lei Estadual, restou estabelecido como produto essencial os seguintes itens:

- I - geladeira;
- II - fogão;
- III - máquina de lavar roupa;
- IV - cama e/ou colchão;
- V - celular;
- VI - computador pessoal; e
- VII - equipamento para tratamento médico.

Além de estabelecer que os itens são essenciais, podendo o consumidor escolher de forma imediata, sem a necessidade de aguardar o prazo de trinta dias para que seja sanado o vício, a Lei prevê a aplicação de multa em caso de descumprimento de até 41 (quarenta e um) UPF’S por autuação, a ser aplicada pelos Órgãos de defesa do consumidor e revertida ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor – FUNDEC.

Para materializar a multa acima, sinalizamos que uma Unidade Padrão Fiscal (UPF) para o Estado de Rondônia, por meio da Secretaria de Estado de Finanças – SEFIN, prevê o valor de R\$ 92,54 (noventa e dois reais e cinquenta e quatro centavos). Portanto, a multa atingiria o patamar de R\$ 3.794,14 (três mil, setecentos e noventa e quatro reais e quatorze centavos).

Nesta esteira, a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica – ABINEE propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, encaminhada ao Superior Tribunal Federal, requerendo a concessão de medida liminar para suspender os efeitos dos dispositivos da Lei estadual 4.878/2020 de Rondônia, que entrou em vigor em 26 de janeiro de 2021, e, ao final, torná-la nula integralmente.

A essência do debate versa sobre competência. A Assembleia Legislativa de Rondônia teria extrapolado sua competência legislativa concorrente para legislar sobre produção e consumo e sobre responsabilidade por dano, por ser uma matéria regulada por Lei Federal (CDC), ou seja, o exercício da competência legislativa concorrente dos Estados não pode derogar o direito federal.

A Constituição Federal distribui as competências em vertentes privativa, comum e concorrente entre os entes federados, sendo rol ta-



xativo listado da seguinte forma: no art. 22 a competência legislativa privativa da União, no art. 23 a competência comum e no art. 24 a competência concorrente da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios.

Cumpra informar que o Congresso Nacional, através do projeto de Lei nº 3256 de 2019, prevê alteração no art. 18 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), para dispor sobre a essencialidade de um produto, como sugestão acresce ao parágrafo terceiro o seguinte texto:

§ 3º - A. Entende-se por produto essencial aquele cuja demora para ser reparado prejudique significativamente as atividades diárias do consumidor e o atendimento de suas necessidades básicas.

§ 3º - B. Os produtos utilizados como instrumento de trabalho ou estudo, os equipamentos de auxílio à locomoção, à comunicação, à audição ou à visão, assim como aqueles destinados a atender as necessidades e a promover a plena inclusão social de pessoas com deficiência são considerados essenciais.

Cumpra salientar que o texto foi alterado pelo Senado Federal, em 06 de abril de 2020, e encaminhado à Câmara dos Deputados para revisão.

Ademais, a referida Ação ainda será passível de análise, e caberá ao STF realizar o controle de constitucionalidade, todavia, alguns pontos de indagação a referida Lei estadual são necessários. Inicialmente, os casos considerados essenciais pela Lei serão taxativos?

Cabe pontuar que há uma tendência, especialmente brasileira, de codificar todas as situações cotidianas. Assim, temos hoje um ordenamento jurídico imensurável, e que por muitas vezes, ao tentar conceder previsão a todas as situações, não consegue trazer eficácia real as leis que promulga, nem mesmo identificação entre a sociedade e seu texto. Questionamos: é imprescindível preencher todas as lacunas e conceitos, considerando a velocidade que a sociedade e suas relações têm se modificado?

Apenas para reflexão, citamos o constitucionalista Lassale, que em sua obra "A Essência da Constituição", traz a distinção entre a Constituição Real/efetiva e a Constituição jurídica. Nesse sentido, a segunda não passaria de mera folha de papel que deve necessariamente refletir a primeira. Caso elas se divorciem, as escritas se tornariam "ilegítimas", e seu pensamento aduz que "nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder".

Também, devemos considerar que a Lei Estadual de Rondônia poderia trazer prejuízos à uma parcela consumerista do estado, sendo que a tipificação acarretaria uma excludente de outras possibilidades de produtos essenciais, que já são analisadas no caso concreto em virtude de a Lei Federal (CDC) e entendimento jurisprudencial. Ainda nesta seara, cada Estado poderia delimitar os bens essenciais para atender sua regionalidade?

Por fim, cabe destaque a aplicação de penalidade pecuniária prevista na Lei, a ser aplicada pelos Órgãos de defesa do consumidor, posto que neste ponto a Superintendência Estadual, por meio do Procon, já realizam a fiscalização e

aplicação de multas pecuniárias em caso de infrações cometidas contra o direito ao consumidor, também revertidas para o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor, portanto, daria margem para ocorrer a repetição da punição sobre o mesmo fato - bis in idem.

Ressaltamos que o tema não está consolidado, considerando que ainda será passível de análise pelo Supremo Tribunal Federal e, mesmo que pendente de apreciação, nos traz a oportunidade de repensarmos as relações de consumo, quem são os consumidores e fornecedores da atualidade, bem como o nosso papel no aperfeiçoamento da legislação que servirá para reger nossas interações na sociedade.



Marcus Renato Caribé,
*advogado líder da MoselloLima,
especialista em Direito e
Processo do Trabalho e Direito e
Processo Civil.*



Lorena Faria Batista,
*advogada líder da MoselloLima,
especialista em Políticas
Públicas, Direitos Sociais e
Coletivos.*



A IMPORTÂNCIA DO *RISK ASSESSMENT* NA ADEQUAÇÃO À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E MITIGAÇÃO DE RISCOS DA EMPRESA

A Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados prevê que as empresas terão que realizar a avaliação de riscos no tocante ao tratamento dos dados utilizados nas suas operações.

Com a entrada em vigor da Lei 12.846/2013, conhecida como a Lei de Anticorrupção e as crescentes discussões acerca dos programas de integridade das empresas, o *Compliance* se tornou indispensável na rotina das entidades, sobretudo, no tocante a mitigação de riscos oriundos das atividades empresariais.

Dentre as diversas ferramentas que compõem os programas de integridade, salutar observar a Gestão de Riscos, também conhecida como *Assessment*, que tem o condão de identificar os riscos; avaliar seus impactos na organização; mitigar; potencializar as oportunidades e monitorar as incertezas para atuar no momento oportuno, protegendo a empresa e a sua reputação no mercado.

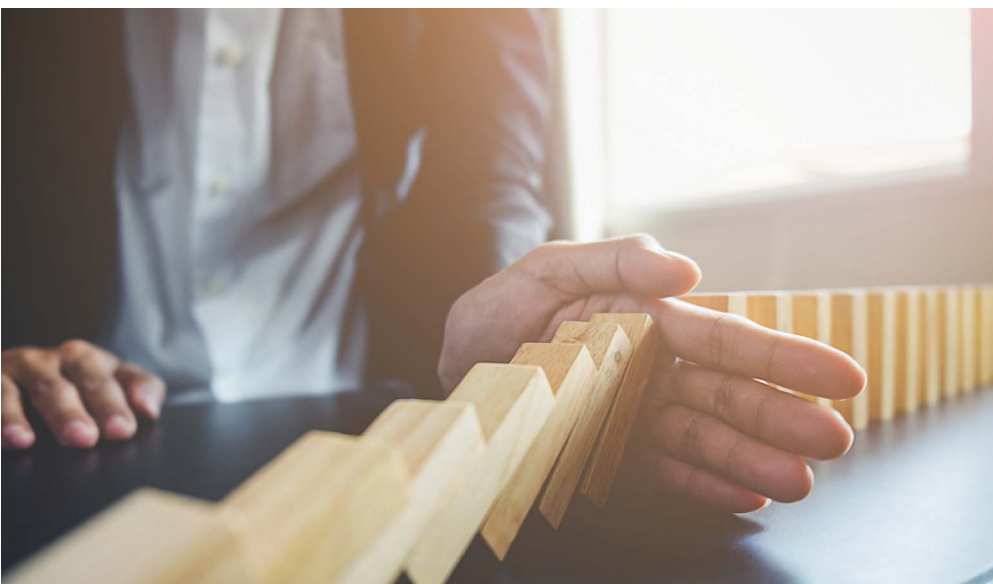
A gestão de riscos é uma ferramenta fundamental para lidar com as incertezas de um negócio, organizando, gerindo e controlando os recursos financeiros, materiais e humanos de uma organização, com a finalidade de preve-

nir e mitigar ao máximo os efeitos de riscos e aproveitar de forma mais assertiva as oportunidades que promovem o crescimento das entidades empresariais.

A Lei 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, foi sancionada e entrou em vigor no dia 18 de setembro deste ano, momento que as empresas viram a necessidade de se adequar às obrigações previstas na redação da legislação. Dentre as diversas obrigações e responsabilidades contidas na lei, as empresas terão que realizar avaliações de riscos no tocante ao tratamento dos dados utilizados nas suas operações.

Quando abordamos a análise e avaliação de riscos no tratamento dos dados pessoais realizado pelas organizações, devemos observar, inicialmente, quais são os dados necessários para o cumprimento da finalidade da empresa e verificar se as informações coletadas do titular serão armazenadas com segurança, conforme determina a legislação em vigor.

No entanto, estar em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados não se resume apenas a monitorar e avaliar o processo do tra-



tamento dos dados – conforme mencionado anteriormente -, mas significa também reconhecer que o atendimento a todos os preceitos contidos na lei decorre de uma adequação multidisciplinar, uma vez que engloba estratégias nas atividades da empresa, adequação jurídica, tecnologia, conduta dos colaboradores, sobretudo, a cultura da corporação.

Nesse contexto, com escopo de efetivar a mitigação dos danos causados pelo tratamento arbitrário dos dados pessoais, a Lei Geral de Proteção de Dados prevê que a entidade empresarial utilize a ferramenta do *risk assessment*, a fim de mapear e prevenir as ameaças atreladas ao processo do tratamento das informações pessoais coletadas dos titulares.

A Lei Geral de Proteção de Dados, na redação do dispositivo 5º, inciso XVII, menciona como uma das formas de *risk assessment*, a confecção do Relatório de Impacto à Proteção de Dados (RIPD). Este instrumento é de responsabilidade do controlador, pelo qual, toda e qualquer operação que seja realizado o tratamento de dados pessoais que possa gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais deverá

ser realizada a descrição dos processos para mitigação dos riscos e das responsabilidades.

Esta avaliação deverá ser incorporada dentro dos procedimentos de governança em privacidade corporativa do controlador, servindo como base para o cumprimento de diversos princípios da LGPD, principalmente aos princípios da finalidade, adequação, necessidade, segurança e prevenção, previstos no texto do dispositivo 6º da lei.

Em que pese a Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD ainda esteja em composição, quando estiver no exercício das suas atribuições, a agência poderá solicitar ao controlador o referido Relatório de Impacto, e, por essa razão, é de suma importância que todas as empresas iniciem o mapeamento de dados, também denominado como inventário de dados ou *data mapping*.

Assim como o Relatório de Impactos de Proteção de Dados, o *Legitimate Interests Assessment* (LIA), também conhecido como Avaliação de Legítimo Interesse, é bastante importante no setor corporativo, uma vez que tem o condão de atestar que o interesse do controlador dos dados pessoais não sobrepõe aos direitos dos titulares das informações.

Dessa forma, muito embora o interesse legítimo seja considerado uma alternativa legal que autoriza a coleta e tratamento de dados pessoais, isso não isenta a empresa de demonstrar os motivos que levaram a essa conclusão com justificativas razoáveis.

Por fim, não menos importante, cumpre mencionar também o instrumento denominado de *privacy assessment*, também conhecido como Avaliação de Privacidade (AP). Este documento tem como finalidade mensurar o grau de conformidade da empresa com as normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro vigente, assim como também tem a finalidade de verificar se as políticas internas estão sendo efetivas na empresa.

Nesse diapasão, nota-se que o *risk assessment* poderá ser verificado nas atividades empresariais de diversas formas, no entanto, seja qual for a forma utilizada para mapeamento de riscos, o que não se deve perder de vista é que esta análise deve ser constantemente realizada e reavaliada pelas empresas, com intuito de proteger a entidade das severas penalidades previstas na lei ou até mesmo prejuízos a sua reputação perante o mercado.

Recorde-se ainda que a entidade empresarial além de obter a responsabilidade de agir de forma preliminar na análise de riscos no tratamento dos dados pessoais, ela também precisa estar preparada para um eventual vazamento

de informações. Tal ponto é de suma importância, uma vez que a empresa, seguindo as orientações previstas na Lei Geral de Proteção de Dados, ao verificar a exposição indevida dos dados pessoais dos titulares, deverá tornar o fato público e reparar, de imediato, a falha no armazenamento dos dados que decorreu a exposição das informações.

Considerando as exigências contidas na legislação que tutela o tratamento dos dados pessoais e as severas punições caso o tratamento não seja realizado conforme determina o texto de lei, não há como negar a importância da entidade empresarial obter uma equipe técnica e jurídica especializada no assunto, *expert* no desenvolvimento de medidas preventivas - como a utilização de ferramentas de *risk assessment* -, a fim de proteger a empresa das sanções administrativas e judiciais.

Sem sombra de dúvidas, as instituições empresariais precisam investir em profissionais com expertise no assunto e que tenham habilidade técnica nas ferramentas efetivas na mitigação de riscos, como forma de erradicar os eventuais prejuízos financeiros da empresa.



Ana Paula Ribeiro Serra

é advogada do escritório
MoselloLima Advocacia.
Especialista em Direito
Empresarial e Direito Digital.



O EMPREGADOR PODERÁ EXIGIR QUE O TRABALHADOR SEJA VACINADO CONTRA A COVID-19?

Recentemente o mundo foi surpreendido com a pandemia motivada pela covid-19, uma doença respiratória aguda grave causada pelo vírus SARS-CoV-2. Com isso, várias medidas sanitárias, tais como uso de máscaras, álcool e distanciamento social, foram adotadas com o intuito de conter a propagação da doença. Após estudos promovidos por diversas empresas do ramo, algumas vacinas estão sendo aplicadas e vistas por especialistas como uma das soluções mais eficazes para evitar a proliferação.

Com a chegada do imunizante e o início da aplicação na população brasileira, surgiu o questionamento sobre a obrigatoriedade da vacinação e se haveria violação ao direito constitucional da liberdade do indivíduo previsto no artigo 5º da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

Ao tratar sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF – concluiu que o Estado

pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, conforme a previsão do artigo 3º da Lei 13.979/2020 que define que, para enfrentar a emergência de saúde pública causada pelo coronavírus, as autoridades podem determinar de forma compulsória as medidas sanitárias, inclusive a vacinação para a população, vejamos o supramencionado dispositivo:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

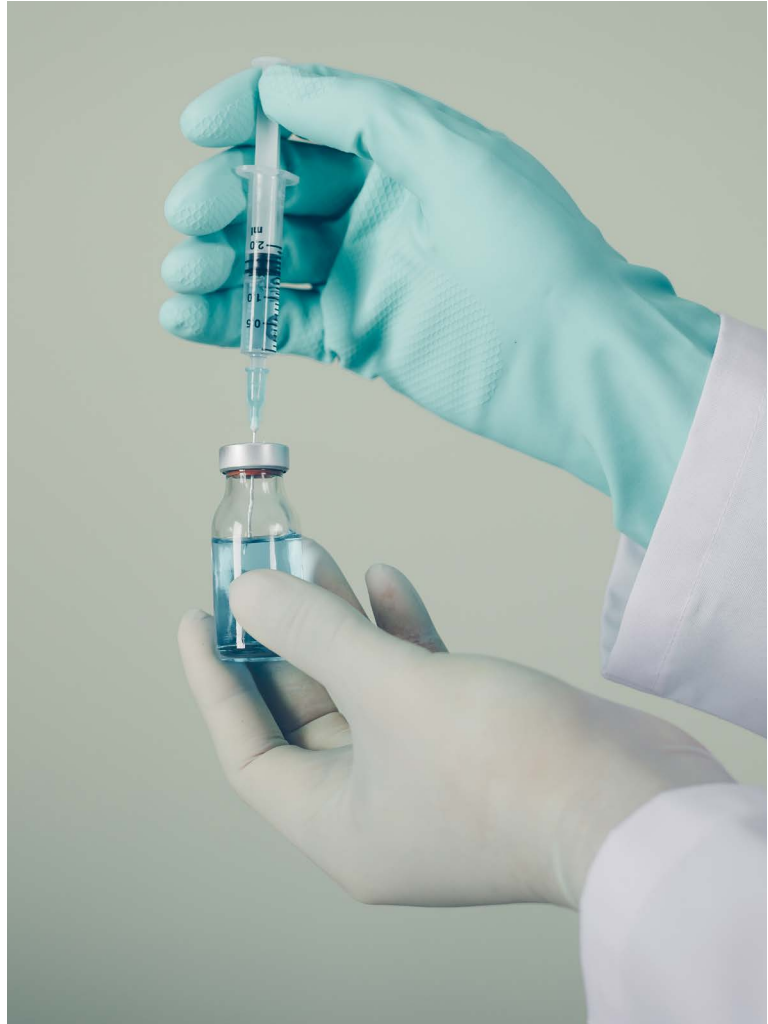
- I - isolamento;
- II - quarentena;
- III - determinação de realização compulsória de:
 - a) exames médicos;
 - b) testes laboratoriais;
 - c) coleta de amostras clínicas;
 - d) vacinação e outras medidas profiláticas;
 - e) tratamentos médicos específicos;(grifos acrescentados)

O entendimento foi firmado no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas.

O exame da matéria foi iniciado com o voto do ministro Ricardo Lewandowski, relator das ADIs. De acordo com a decisão, o Estado pode impor, aos cidadãos que se recusarem a vacinação, as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também ficou definido que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm autonomia para realizar campanhas em locais de vacinação.

Ao proferir o voto, o relator foi favorável à vacinação compulsória como forma de proteção da sociedade e concluiu que essa compulsoriedade não fere direitos individuais. Seguindo o relator, concluiu a mais alta corte judiciária do país, por dez votos a um, que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, mas que sanções, desde que previstas em Lei, podem ser estabelecidas contra quem não se imunizar e que essas medidas podem ser implementadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O Tribunal descartou a necessidade de exigir consentimento prévio das pessoas para imunização.

Assim, partindo dessa premissa de saúde coletiva e ausência de violação de direitos individuais, importante aclarar que a manutenção da saúde é um direito constitucionalmente garantido aos cidadãos e que compete ao Estado assegurar medidas para a redução do risco de doenças, conforme previsão dos artigos 6º e 196 da Carta Magna, respectivamente:



Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Fazendo uma breve analogia da decisão em comento com o cenário já existente no país, cumpre mencionar que em setembro do último ano findado, a Sociedade Brasileira de Imunizações – SBIm - emitiu uma nota à imprensa sobre a polêmica em torno da não-obrigatoriedade da

vacina contra Covid-19, na qual reforça que “é essencial lembrar que o artigo 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) define a obrigatoriedade da vacinação para este grupo, cabendo a aplicação de penalidades pelo descumprimento”.

Nessa linha de intelecção, o questionamento que paira entre os empregadores é se a empresa poderá exigir que o seu colaborador seja imunizado a tempo e modo e, em caso de recusa injustificada, quais são os reflexos no contrato de trabalho.

O tema ainda causa celeuma no mundo jurídico, isso porque não existe um posicionamento consolidado na seara trabalhista. A corrente que defende que os empregadores podem exigir a vacinação dos seus empregados traz como argumentos que (i) o STF decidiu que é compulsória; (ii) as empresas são responsáveis por garantir ambiente de trabalho seguro e (iii) o trabalhador não vacinado pode colocar os demais em risco.

O direito à saúde e ao trabalho sadio está diretamente ligado ao direito fundamental de proteção da vida humana previsto no artigo 5º, da Constituição da República e, por isso, compete ao empregador manter o ambiente de trabalho saudável e equilibrado, seguindo a garantia prevista no artigo 7º XXII, da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Essa obrigação abrange a coletividade de trabalhadores, sem qualquer distinção o que, in-

clusive, também é um direito constitucional previsto no mesmo artigo supracitado e é justamente no fundamento constitucional de proteção da coletividade que repousa a decisão do STF, pois o direito à saúde coletiva se sobrepõe aos direitos individuais, ainda que garantidos pela Constituição Federal.

Em contrapartida, há quem defenda que não pode haver essa exigência e reforça que (i) ninguém é obrigado a fazer algo que não seja definido por lei e (ii) a obrigatoriedade fere o direito de escolha do trabalhador.

// Atualmente existe no país **oito Projetos de Lei** tramitando na Câmara dos Deputados e um no Senado. //

Atualmente existe no país oito Projetos de Lei tramitando na Câmara dos Deputados e um no Senado. Mais especificamente às relações de trabalho, temos na Câmara o (i) PL 158/2021 cuja proposta é proibir o empregador de exigir que o trabalhador seja vacinado contra a Covid-19 para fins de admissão ou manutenção do emprego e o (ii) PL 149/2021 que sugere a vedação da demissão por justa causa para o empregado que opta por não receber a vacina, bem como caracteriza como discriminatória essa modalidade de dispensa, desde que comprovadamente tenha como motivação a recusa do empregado à imunização.

No cenário internacional, o Conselho da Europa aprovou em 27 de janeiro de 2021, em Assembleia, a Resolução 2361/2021, que assegura que os cidadãos sejam informados de que a vacinação não é obrigatória e que ninguém é politicamente, socialmente ou de qualquer outra forma pressionado para se vacinar, se não o quiserem eles próprios. Assim, os principais países da Europa não devem tornar obrigató-

ria a vacina contra a Covid-19. A maioria deles adota como política a recomendação e campanhas de informação para que cada cidadão tome sua decisão. Em alguns, a lei não permite a vacinação obrigatória, como a Alemanha e o Reino Unido, por exemplo. Em caminho inverso, a Itália e a França adotam o sistema de obrigatoriedade de vacinas, mas se manifestaram que ainda é prematuro para discutir qual será a exigência em relação ao coronavírus.

Como se verifica, a situação causa muita controvérsia, podendo levar a uma judicialização dos casos trabalhistas envolvendo a recusa da vacina. Até que haja uma norma ou mesmo um entendimento consensual na seara trabalhista, é preciso prudência na adoção de medidas em desfavor daqueles trabalhadores que se recusarem a tomar o imunizante.

Sobre o tema, a Organização Mundial da Saúde – OMS – concluiu no fim do ano de 2020 que a vacinação obrigatória pode ser uma opção a ser adotada por países com baixa adesão espontânea e níveis “*inaceitavelmente altos*” de contágio pela doença.

A *priori*, o STF deixou a cargo dos entes federativos a aplicação de punição e, por cautela, deve o empregador observar se na localidade da sua empresa há alguma previsão de sanção para o cidadão. Em caso negativo, os argumentos contra a vacinação compulsória podem ganhar mais força em face do empregador. Noutro giro, se há naquele Estado a possibilidade de restrições e sanções, pela lógica, os argumentos favoráveis descritos acima pendem em favor das empresas que podem, inclusive, informar as autoridades competentes a ausência de vacinação do seu colaborador.

Inobstante a falta de consenso, na data de 08/02/2021, o Ministério Público do Trabalho

firmou o entendimento de que os trabalhadores que se recusarem a tomar a vacina contra a Covid-19, sem justificativa médica, poderão ser demitidos por justa causa. Entretanto, para o Órgão Ministerial, a demissão por justa causa deve ser adotada em último caso, cabendo aos empregadores a tarefa de realizar campanhas de conscientização, envolvendo os sindicatos das categorias e deverão considerar o risco de contágio da doença nos programas de prevenção e incluir a vacina entre as medidas para assegurar a saúde dos trabalhadores.

Diante de todo exposto, é fato que o assunto é controvertido e, na ausência de consolidação por determinação legal, ficará a cargo da jurisprudência brasileira firmar o entendimento majoritário sobre a possibilidade de aplicação de sanção ao trabalhador que se recusar, sem embasamento médico, a ser vacinado.

No cenário atual, o empregador não pode renunciar à cautela e análise caso a caso para tomar decisões. É de suma importância, primeiramente, que a empresa ressalte as recomendações sanitárias exigidas pelos órgãos de saúde e realize o trabalho de conscientização do trabalhador.



Carla Beatriz Assumpção sócia e Legal Master da área Trabalhista da MoselloLima Advocacia.

CONDICIONANTES PARA A CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL: EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E COMPETÊNCIA PARA LICENCIAMENTO DA ATIVIDADE OU EMPREENDIMENTO.

1. Introdução

A história da Humanidade está umbilicalmente conjugada à proteção e utilização do meio ambiente, notoriamente com o surgimento da Revolução Industrial. Com o passar dos anos, tanto os mecanismos de proteção, quanto os de utilização sustentável foram sendo aprimorados, à evidência da escassez e do non-renewable resources.

A preservação e proteção do meio ambiente foram ratificadas ao (devido) nível constitucional, na Carta Política, tendo o Constituinte originário previsto mecanismos para implementação de normas jurídicas indutoras (comportamentais) à preservação.

Dentre as mais eficientes normas indutoras comportamentais, destaca-se, indene de dúvidas, os recursos jurídico-tributários previstos em lei, que, para o devido delineamento desta análise, restringir-se-á às taxas.

Ensina-nos o artigo 3º da Lei ° 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – “CTN”) que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Por decorrência lógica, as diversas taxas de (para) fiscalização ambiental (ou outra nomenclatura que a equivalha) instituídas livremente pelos entes federativos, em todas as esferas, são, indiscutivelmente, um tributo.

Neste contexto, dispõe o artigo 77 do CTN que as taxas têm (modal deôntico: obrigatório) como fato gerador da hipótese de incidência tributária, o exercício regular do poder de polícia ou a prestação de serviço de serviço público ao contribuinte, ou posto à disposição. Destaca-se:

Art. 77. As taxas cobradas pela União,



pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Para os fins a que se aplicam este artigo, delimitar-se-á a análise ao autorizativo “exercício regular do poder de polícia”, notadamente com viés ambiental, conjugando-se ao princípio (notoriamente ínsito ao Direito Ambiental) do poluidor-pagador.

Dentre tais mecanismos, dos quais destacamos o licenciamento administrativo (prévio) ao exercício de atividades potencialmente poluidoras, multas punitivas, determinações para recuperação ambiental, conjugadas ou não com medidas compensatórias, destaca-se a cobrança de tributos³, enquanto fontes (diretas e indiretas) para o múnus de um ecossistema ecologicamente sustentável, economicamente viável, socialmente adequado e justo.

Enquanto o artigo 77 do CTN aduz que o fato jurídico-tributário que ocasiona a exigibilidade da taxa (fato gerador) é o exercício do poder de polícia ou a prestação de serviço ao contribuinte, ou a sua colocação à disposição, o artigo 78 do mesmo diploma, delimita o poder de polícia como a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a práti-

ca de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente (...) ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, (...) ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

2. A Referibilidade nas Taxas de Fiscalização Ambiental – Adequação à Constituição Federal, ao Código Tributário Nacional e à Lei complementar nº 140/2011

Considerando que a remuneração do ente público (ou de quem lhe fizer as vezes), em razão do exercício do poder de polícia, deve ser apurada com base em critérios e métodos que guardem similitude com a atividade desenvolvida, não é sequer plausível sustentar a adoção de taxa com roupagem de imposto (arrecadação direcionada ao custeio geral da Administração Pública).

Consoante o Professor IVES GANDRA DA SILVA MARTINS⁴ o exercício do poder de polícia ‘lato sensu’ é um serviço público prestado pelo ente tributante, a quem é facultado ressarcir-se pela espécie tributária denominada taxa. Segundo o Jurista, este ressarcimento “(...) vincula-se ao custo operacional do serviço prestado, que em face de cobrança superior ao mesmo, embora de difícil quantificação, implicar imposição de espécie tributária diversa da rotulada de taxa (...)”.

3 A título ilustrativo, em âmbito estadual e distrital, destaca-se o (assim convencionado) ICMS-Ecológico estabelecido pelo Estado do Paraná, farol para os demais entes federativos.

4 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA. Constitucionalidade de sua Instituição. In: Revista Jurídica Virtual. Vol. 2, n. 21, 2001 – Parecer.



Como esclarece ALIOMAR BALEEIRO⁵, “nos casos das taxas, a base de cálculo deve mensurar o custo da atividade estatal, ou seja, a sua intensidade em relação ao contribuinte, refletindo o caráter sinalagmático, que lhe é inerente. A graduação nas taxas não se opera, tecnicamente, de acordo com os rendimentos do contribuinte, seu patrimônio, ou capacidade financeira em geral, elementos estranhos”.

Essa necessidade imperiosa de vinculação intrínseca do fato gerador (critério material da hipótese de incidência tributária) da taxa, ao exercício de um dever/poder constitucional (uma atividade estatal específica), restaria plenamente inócua se o legislador infraconstitucional tivesse (e não o tem!) autonomia (jurídico-constitucional) para, ao seu alvedrio, eleger situações extrínsecas ao próprio poder de polícia.

Pertinente o seguinte silogismo:

PREMISSA MAIOR – Obrigatoriedade lógico-jurídica de haver correlação (referibilidade) entre o fato gerador e o poder polícia sub judice;

PREMISSA MENOR – A taxa decorre de uma atividade estatal específica e, por conseguinte, sua valoração (resultado do critério quantitativo da regra-matriz de incidência) deve qualquer relação direta com o custo da atividade estatal;

CONCLUSÃO – Taxas não podem ser exigidas por um Ente Federativo nas hipóteses em que o Poder de Polícia (v.g. competência para licenciar um empreendimento) seja incumbido a outro Ente Federativo, cujo efeito prático seria a criação de um “pseudoimposto” ou “criptotributo”.

⁵ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 11ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 552.



Estabelecidas tais premissas jurídico-tributárias, cumpre-nos trazer à lume o regramento do Direito Ambiental, notadamente o artigo 23 da Constituição Federal de 1988, que conferiu competência concorrente à União, Estados (e Distrito Federal) e Municípios para legislar em matéria de Direito Ambiental, materialmente quanto à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas, e preservação das florestas, fauna e flora.

De igual sorte, nossa Carta Política estabeleceu igual competência aos entes da Federação para a instituição de taxas, condicionadas à adequação aos artigos 77 e 78 do CTN, consoante as competências político-administrativas subjacentes à cada esfera federativa, limitando e delimitando (tais competências) a atribuição constitucional do sujeito ativo (ente federativo).

As competências constitucionais, no Brasil, estão segmentadas em federais (concernentes ao interesse nacional – notoriamente os artigos 21 e 22 da CRFB), municipais (atinentes ao interesse local), reservando-se aos Estados e Distrito Federal a *competência residual ou negativa* (por assim dizer, as que não negadas e/ou atribuídas a outros entes federativos), além das competências concorrentes/comuns.

Nesta linha, cumpre-nos trazer à baila que a inteligência do artigo 77 do CTN, consigna que o lançamento (enquanto atividade administrativa) das taxas deve estar restrito aos fatos jurídicos, para os quais sejam *competentes* para o exercício efetivo e regular do poder de polícia, “no âmbito de suas respectivas atribuições”.

Conforme já exposto alhures, as taxas decorrentes do exercício do poder polícia (dentre

as quais, as ambientais) se destinam a custear os serviços ou reembolsar o ente federativo proporcionalmente (relação sinalagmática) ao custo despendido para o exercício do poder.

Nessa linha de raciocínio, por conseguinte, afigura-nos inconstitucional o lançamento tributário de Taxa de Fiscalização Ambiental, por sujeitos ativos que não sejam competentes para o exercício efetivo do poder de polícia *sub judice*.

Sabe-se que o *discrímen* adequado a *priori* é a atribuição de competência legislativa para legislar sobre a matéria (e, nas linhas acima elencadas, há competência concorrente em matéria de Direito Ambiental, e competência comum para fins materiais/administrativos). Conquanto, a *fortiori*, para a conformação jurídico-tributária (constitucional) desta Taxa de Fiscalização Ambiental, o sujeito ativo hipotético deverá, de igual forma, ser competente, no caso em concreto, para o exercício do poder de polícia elencando no artigo 78 do CTN (v.g., regular e licenciar/autorizar o exercício de atividade econômica).

Em uma interpretação *conforme* à Constituição, haja vista o postulado da harmonia do texto constitucional, a despeito de a Carta Política ter estabelecido competência *concorrente* aos entes federativos para legislar sobre meio ambiente, tal constatação não implicar afirmar que a Carta Política tenha estabelecido iguais *competências* (interesses nacional, local e residual/negativo).

Evidencia-se que dita competência *concorrente* não é um convite à ineficiência (pois inconstitucional), nem mesmo à superposição de poderes, que desaguaria em conflito de tutelas e medidas administrativas entre os respectivos

órgãos dos entes de federativos.

Bem caminhou o Constituinte ao estabelecer, no artigo 146 da Carta Política, que “*cabe à lei complementar (...) dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios*”.

Nesta toada, cumpre tal desiderato, tanto o CTN, quanto a Lei complementar nº 140/2011, especial em matéria ambiental (“Lcp 140”), que, no caput do artigo 17 ratifica o quanto aqui sustentado – na linha de que, a competência concorrente não implica superposição de poderes, notoriamente para fins fiscais, em atenção às limitações constitucionais ao poder de tributar, em linha com o disposto no artigo 15 do mesmo diploma legal. Veja-se:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

§ 1º Qualquer pessoa legalmente identificada, ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode dirigir representação ao órgão a que se refere o caput, para efeito do exercício de seu poder de polícia.

Não há o que tergiversar: a Lcp 140 literalmente consigna que há um único ente federativo competente para exercer o poder polícia, a

depende do caso em concreto (consoante sustentamos alhures). Este mesmo ente federativo detém, in casu, a competência fiscal (exclusiva, sob o viés jurídico-tributário, sob pena de ofensa ao princípio constitucional subjacente) para exigência da Taxa de Fiscalização Ambiental.

Nessa linha de raciocínio, sendo legítimo o Estado para licenciar um empreendimento econômico, será este Estado constitucionalmente balizado para exigir a Taxa de Fiscalização Ambiental, configurando-se inconstitucional, por exemplo, o “Município Y” exigir-lhe (do contribuinte-empregador) a *mesma* Taxa, haja vista a ausência de interesse local que justifique o serviço e a contraprestação fiscal correspondente.

Permissa venia aos que sustentam entendimento diverso, a nosso sentir, o parágrafo 3º do artigo 17 da Lcp 140, para além de corroborar nosso entendimento, explicita que que é nulo o ato administrativo decorrente do poder de polícia exercido pelo ente ilegítimo para tal desiderato, no caso em concreto, senão vejamos:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

(...)

§ 3º - O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes

federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, **prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento** ou autorização a que se refere o caput.

Essa é a *interpretação conforme* juridicamente plausível das normas da Lcp 140, frente ao CTN e, decerto, à Carta Política.

O Professor JOSÉ MARCOS DOMINGUES⁶ argutamente sustenta que "(...) admitindo-se para argumentar a legitimidade da Lei nº 10.165/2001, mereceria ela uma **interpretação conforme a Constituição**, no sentido de que a **TCFA só seja devida ao IBAMA** quando ele agir ao amparo de uma **competência privativa sua** (fiscalização de empreendimentos ou atividades causadores(as) de potencial **impacto ambiental regional ou nacional**), ou quando ele demonstrar que se vale da competência supletiva [artigo 15 da Lcp 140] pela omissão da autoridade ambiental local competente (Estado e Município)" – grifos nossos.

3. Conclusão

Ante o exposto, sucintamente, somos da opinião de que a Taxa Ambiental somente poderá ser lançada (e exigida) pelo ente federativo competente para o licenciamento da atividade ou empreendimento in casu, sendo ilegal e inconstitucional o lançamento do mesmo crédito tributário por outro ente federativo, ainda que sob o pálio da proteção do meio ambiente.

Gabriel Alves Elias é sócio da MoselloLima Advocacia. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP)



Igor Bastos de Almeida Dias, advogado Tributarista da MoselloLima Advocacia. Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).



⁶ DOMINGUES, José Marcos. Taxas Ambientais no Direito Brasileiro. Especial Referência à Taxa Federal de Controle e Fiscalização Ambiental. In: Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário. Brasília: UCB, Jul/Dez/2006, v. 1, n2.

INFORMAÇÃO.

ISSO FAZ A DIFERENÇA

Acompanhe mais notícias, opinativos e debates promovidos pelo time da MoselloLima nos outros formatos do Opinião Legal: podcast e vídeos

 Opinião
Legal

 Opinião
Legal



MoselloLima
Advocacia

www.mosellolima.com.br

SALVADOR • SÃO PAULO • VITÓRIA • CAMPO GRANDE • EUNÁPOLIS •
TEIXEIRA DE FREITAS • BAURU • MUCUGÊ • TELÊMACO BORBA