

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 442

(ano VII)

(17/09/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário*

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.*

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



17/09/2015 Leticia Calderaro

» [Fundamentação das Decisões Judiciais no Novo CPC](#)

ARTIGOS

17/09/2015 Emília Bessonowa Rosa

» [Os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas a partir da CRFB/88 e a impossibilidade de redução da maioria penal](#)

17/09/2015 Miranilton Portes Pereira

» [Uma análise dos processos de aquisição na Administração Pública e a legislação de software e software livre](#)

17/09/2015 Glaucia Hellmann

» [O novo Código de Processo Civil e o fim da compensação dos honorários de sucumbência](#)

17/09/2015 Tiago Nunes da Silva

» [Dever de proporcionalidade: limite à supremacia do interesse público](#)

17/09/2015 Afonso Tavares Dantas Neto

» [O Direito de Família e o chamado "poliamor"](#)

17/09/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro: Apontamentos à Lei nº 7.661/1988](#)

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO NOVO CPC

LETICIA CALDERARO: Palestrante e articulista, é Professora de Direito Processual Civil desde 2004. Atualmente, leciona, em Brasília, no Curso de Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal. Tem dedicado especial atenção à capacitação e atualização de profissionais, por meio de cursos de reciclagem e aperfeiçoamento. Como advogada atua no consultivo e no contencioso, especialmente nos Tribunais Superiores. É autora da Série "Roteiros para estudar Direito Processual Civil". É Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/DF - 2013-2015.

O NCPC/2015, além de considerar a motivação das decisões como norma fundamental, procurou orientar a sua aplicação através de regras próprias (art. 489 §1º I a VI §§ 2º e 3º) sem as quais a decisão não será considerada válida.

Assim, no dizer do Prof. Paulo Carneiro, da UERJ, "não basta ao juiz motivar a decisão judicial expondo as razões de seu convencimento, ele deve também expor por qual motivo deixou de dar razão aos demais argumentos trazidos pelas partes, concretizando, assim, a completude da motivação da decisão judicial e o caráter participativo que o novo CPC confere ao processo."

Oxalá, e que Deus nos ajude, nós nunca mais receberemos respostas anacrônicas como: "o juiz não é obrigado a discorrer sobre todos os argumentos apresentados pelas partes." Ou: "As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando a seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice (em juízo) e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto". Ministro Francisco Falcão, STJ.

Pior ainda o disco arranhado: "o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados " (REsp 684.311/RS, Rel. Min.Castro Meira, STJ.

Opa! Mas agora é, sim! A jurisprudência consolidada sobre a matéria no STJ foi, como se pode perceber, EXPRESSAMENTE, rechaçada pelo legislador. E juízes – apesar da tentativa inacreditável da ENFAM em editar, como disse o Prof. Lênio Streck, “enunciados desviantes” que pretendem manifestamente limitar o novo contraditório substancial e efetivo, e o abortamento das decisões surpresa ou de terceira via - também devem seguir a lei, simples assim!

Sou otimista. Acredito numa magistratura atuante e responsável que conseguirá se adequar ao 'convencimento motivado' e às 'decisões participativas', em detrimento do 'jurássico' livre convencimento motivado. E os que realmente não conseguirem entender e se adaptar aos novos tempos, a aposentadoria é sempre uma saída, não é?

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS A PARTIR DA CRFB/88 E A IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

EMÍLIA BESSONOWA ROSA: Analista da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Trabalhou como advogada bancária. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado. Pós-graduada em Direito do Estado pelo Instituto de Excelência Jus Podivm.

Resumo: Este trabalho faz uma análise das cláusulas pétreas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, demonstrando ser inconstitucional a redução da maioria penal, por se tratar de garantia individual (uma das cláusulas petrificadas). Como fundamento traz-se a baila a explicação do efeito *cliquet*, comprovando a impossibilidade de retroceder nos direitos individuais, explicações sobre a insegurança jurídica que irá ocorrer com a supressão de uma cláusula pétrea e citação das obras de Hans Kelsen e Konrad Hesse que, em seus respectivos trabalhos, ratificaram a importância de uma Constituição. Explica-se ainda o porquê da idade mínima para imputabilidade ser a partir dos 18 anos e, por fim, é demonstrado que a solução do problema da violência por parte dos menores pode ser resolvida através de modificações na legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Cláusulas pétreas. Maioridade. Redução. Impossibilidade.

Abstract: This paper analyzes the immutable clauses in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, proving to be unconstitutional the reduction of legal age, because it is individual security (one of petrified clauses). In support, it brings to the fore the explanation of *cliquet* effect, proving the impossibility of going back on individual rights, explanations of the legal uncertainty that will occur with the elimination of an ironclad clause and quote the

works of Hans Kelsen and Konrad Hesse that, in their work, they ratified the importance of a Constitution. It further explains why the minimum age for liability be over 18 years and, finally, it is shown that the solution of the problem of violence by minors can be solved through changes in the legislation ordinary.

Keywords: Immutable clauses. Age. Reduction. Impossibility.

Sumário: Introdução. 1. As cláusulas pétreas: conceito, origem e identificação. 2. Vedação ao retrocesso: o efeito *cliquet*. 3. Segurança jurídica. 4. Hans Kelsen e a norma fundamental. 5. Konrad Hesse e a vontade de Constituição. 6. Legislação infraconstitucional: ECA. 7. Teoria das janelas quebradas e a viabilidade de tratamento mais rigoroso para o menor infrator, ainda enquanto menor. Conclusão.

Introdução

Cada vez que um menor de 18 anos comete um crime bárbaro a sociedade se revolta e clama pela redução da maioridade penal. Mas, será que é possível mudar tal garantia, constitucionalmente prevista? Será ainda que esta é uma solução eficaz?

Este artigo jurídico estuda a inimputabilidade do menor de 18 anos como garantia individual, petrificada na Constituição Federal.

Vale lembrar que, desde o ano de 1993, tramita no Congresso Nacional projeto de emenda à Constituição que pretende alterar a maioridade penal para 16 anos.

Não sendo o escopo deste texto uma análise deste projeto. O presente trabalho é mais amplo.

Será analisado aqui ser impossível a redução da maioria penal sem ferir as atuais regras constitucionais.

Ao final, é apontada uma possibilidade da resolução do problema sem a necessidade de supressão de cláusula pétrea.

1 - As cláusulas pétreas: conceito, origem e identificação

O Brasil adota uma Constituição rígida, isso significa que se o legislador deseja fazer uma mudança na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) é necessário um quórum especial para tanto.

Enquanto os projetos de leis infraconstitucionais são aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em um só turno, sendo - em seguida - remetido ao Presidente da República para sanção ou promulgação, os projetos de emenda à Constituição, para aprovação, precisam ser discutidas e votadas em cada Casa, em dois turnos, considerando-se aprovadas apenas se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos membros.

Por se tratar da norma principal de um ordenamento jurídico, orientando as demais, ela não pode sofrer alterações com muita facilidade. Na verdade, a possibilidade de modificar a CRFB/88 é uma faculdade para adequar a Carta Magna ao tempo atual. Evitando que a cada mudança política ou cultural seja trocada a Constituição, como preceitua Gilmar Mendes e Paulo Gustavo G. Branco (2012, p. 137-138).

Ainda assim, há normas que são basilares de uma Constituição, elas “perfazem o núcleo essencial do projeto” e protegê-las vem, tão-somente, impedir modificações inconstitucionais. (MENDES e BRANCO, 2012, p. 138). São as chamadas cláusulas pétreas, que – na vigência da atual Constituição – não podem ser suprimidas em hipótese alguma.

No Brasil, conforme esclarece José Afonso da Silva (2012, p. 66-67), em todas as Constituições republicanas sempre houve um núcleo imutável, onde se preservava a Federação e a República.

Mas, foi a partir da Constituição de 1988 que o legislador ampliou o rol dessas cláusulas petrificadas, acrescentando aí: o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Esta última cláusula pétrea é o cerne deste artigo.

O legislador foi categórico ao declarar que os direitos individuais não podem ser suprimidos. Não referindo-se aos direitos fundamentais.

E existe alguma diferença entre eles? A resposta é sim. É importante distinguir ambos, pois a cada mudança na concepção de direito fundamental não gera a mesma liberdade de alteração no direito individual.

Os direitos individuais referem-se a normas dirigidas diretamente ao cidadão. E, juntamente com os direitos sociais, fazem parte da grande gama do chamado direitos fundamentais. Enquanto os direitos individuais tratam de direitos fundamentais da primeira geração, os direitos sociais fazem parte da segunda geração, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 214-218).

A CRFB/88 em inúmeras passagens trata dos direitos individuais de forma implícita e explícita. Dentre elas encontra-se o art. 228 que declara expressamente que são inimputáveis os menores de 18 anos. Observe:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Ora, se o Brasil assegura a garantia individual de inimputabilidade até os 18 anos, como pode o poder reformador suprimir tal direito? A verdade é que não pode.

Há os que defendem a redução da maioridade penal alegando se tratar de uma mera adaptação. Mas, reduzir garantia é, sem dúvida, suprimir para parte da população que tem esse direito garantido.

O menor entre 16 e 17 anos - infrator ou não - dorme com a certeza que é inimputável num dia e, no dia seguinte, - mudando a CRFB/88 - acorda sendo imputável. É uma supressão de direito individual. Portanto, inconstitucional.

2 - Vedação ao retrocesso: o efeito *cliquet*

O efeito *cliquet* é expressão do alpinismo cujo significado é que o movimento realizado pelo alpinista só permite que ele suba, não podendo voltar atrás.

No direito, essa expressão é utilizada para explicar a impossibilidade de retroceder nos direitos conquistados. Uma vez que há avanços, consubstanciados na lei, não é possível diminuir direitos, não é possível retroceder.

Ao se falar em vedação de supressão dos direitos individuais deve-se lembrar que tal dispositivo impede também que, ao modificar a CRFB/88, seja reduzida tal garantia. Logo, não há de se falar que a redução da maioridade penal trata-se de reinterpretação de norma.

Assim já dizia Canotilho sobre normas retroativas:

A mudança ou alteração frequente das leis (de normas jurídicas) pode perturbar a confiança das pessoas, sobretudo quando as mudanças

implicam, efeitos negativos na esfera jurídica dessas mesmas pessoas. (CANOTILHO, 2003, p. 259).

De fato o legislador permite que cláusulas pétreas sejam modificadas, todavia não é possível reduzi-las.

É o caso, por exemplo, da reinterpretação dada ao art. 226, § 3º da CRFB/88. Tal dispositivo prevê:

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

(omissis)

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

Sem fazer nenhuma alteração no texto constitucional, que trata de união entre homem e mulher, o Supremo Tribunal Federal entendeu e, em seguida, o Conselho Nacional de Justiça editou Resolução passando a permitir união de pessoas do mesmo sexo:

Resolução 175: Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

A Suprema Corte, neste tema, modificou direito individual, ampliando suas hipóteses.

Outro fato também famoso de reinterpretação da norma é a situação do depositário infiel.

É uma garantia individual expressamente prevista na CRFB/88 a vedação da prisão civil por dívida, tendo como exceções apenas duas situações: pensão alimentícia em atraso ou depositário infiel:

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:

(omissis)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Novamente sem mexer no texto constitucional, tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionaram contra a prisão do depositário infiel, por conta da adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica.

Primeiramente o STJ sumulou que é incabível tal prisão:

Súmula 419 do STJ: *Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.*

Em seguida, o STF cancelou súmula que tratava do trâmite desta prisão (Súmula 619 do STF), editando, em seu lugar, súmula vinculante declarando ser ilícita tal hipótese:

Súmula Vinculante 25: *É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.*

Bom, a partir do momento que as mais altas instâncias do judiciário brasileiro entenderam ser incabível a prisão por dívida do depositário infiel houve, então, ampliação de garantia individual.

Mais recentemente, foi aprovada a Emenda Constitucional de nº 88, conhecida como a “PEC da Bengala”, que majorou a idade da aposentadoria compulsória, passando o texto constitucional ter a seguinte redação:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo:

(omissis)

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar;

Ora, permitir que o servidor fique mais tempo em serviço nada mais é do que ampliar direito individual.

Interpretação contrária se faz sobre a proposta que visa reduzir a maioria penal. Não há de se falar, neste caso, em ampliação de um direito e sim de uma diminuição.

3 – Segurança jurídica

Tão importante quanto analisar o princípio da vedação ao retrocesso dos direitos e garantias individuais, é analisar a segurança jurídica que se busca obter com as cláusulas pétreas.

Como foi explanado no início deste artigo, o legislador constituinte - ao estabelecer cláusulas petrificadas - teve o escopo de trazer segurança, estabilidade à Lei Maior.

Nas sábias palavras de Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. [...] O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se no seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2003, p. 257). Sic.

É mister lembrar ainda que Pedro Lenza traz esclarecimentos acerca da retroatividade mínima.

Segundo este jurista assim entende o Tribunal Excelso:

O STF vem se posicionado no sentido de que as normas constitucionais fruto da manifestação do poder constituinte originário têm, por regra geral, retroatividade mínima, ou seja, aplicam-se a fatos que venham a acontecer após a sua promulgação, referentes a negócios passados. (LENZA, 2012, p. 204).

Sobre tal retroatividade, o autor faz uma interpretação de que as mudanças constitucionais são para alterar interpretação da Constituição, mas não se pode concluir que o STF permite retrocesso no direito e garantias individuais.

Vale ressaltar que a retroatividade mínima, a qual o constitucionalista se refere, em nada afeta a segurança jurídica, nem vai de encontro com as regras sobre o efeito *cliquet*, explanado no ponto anterior.

4 - Hans Kelsen e a norma fundamental

Em meio a toda essa polêmica de que a Constituição deve acompanhar as mudanças da sociedade, vale lembrar que Hans Kelsen, ainda no ano de 1934, publicou o aclamado livro Teoria Pura do Direito, onde já defendia que a ciência jurídica deve ter seu estudo voltado exclusivamente nas normas jurídicas. Não devendo tomar como norte a política, que tem caráter subjetivo, nem tampouco se embasar somente em institutos sociológicos, tratando-se aí de sociedade primitiva, hoje superada. Exemplifica:

É o filho que, por terem matado seu pai, procura vingança contra o homicida e sua família, ou é o próprio credor que pode por as mãos no devedor moroso para ressarcir-se, talvez, pelo penhor. Estas são formas primitivas de pena e de execução [...] Assim que

ordenamento jurídico superou o primitivo estágio de completa descentralização, assim que se formaram, para a produção e execução das normas jurídicas, e, em especial, para a consumação de atos coercitivos, órgãos que desenvolvem funções de acordo com a divisão do trabalho, destaca-se, de maneira extrema, da massa de membros do Estado, isto é, dos sujeitos às normas, um grupo de indivíduos, qualificados de modo específico, como órgãos. (KELSEN, 2002, p. 133 e 135).

A partir do desenvolvimento do Estado cria-se um núcleo específico para tratar das normas. É o surgimento do ordenamento jurídico. Este órgão específico é ramificado e escalonado, tratando a Constituição como norma fundamental e superior às demais. Declara o autor:

O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas [...] o escalonamento (Stufenbau) do ordenamento jurídico – e com isso se pensa apenas no ordenamento jurídico estatal único – pode ser representado talvez esquematicamente da seguinte maneira: o pressuposto da norma fundamental – o sentido deste pressuposto já foi abordado anteriormente – coloca a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta – tomando-se a Constituição no sentido material da palavra – , cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou

seja, da legislação. (KELSEN, 2002, p. 103).
Grifo nosso.

Ou seja, não é tão simples alterar normas constitucionais pura e simplesmente por conta de anseios sociais.

O teórico conclui ainda que “leis de determinado conteúdo podem ser coibidas pela Constituição” (2002, p. 104). Portanto, não é a Constituição que precisa ser modificada no combate a violência, mas normas infraconstitucionais.

5 - Konrad Hesse e a vontade de Constituição

Corroborando o quanto dito, o jurista alemão Konrad Hesse, em 1959, publicou a obra *A Força Normativa da Constituição*. Resumidamente, tal estudo ratifica que as normas previstas numa Constituição devem se sobrepor às momentâneas vontades sociais.

A Constituição é norma que rege a sociedade. Se as circunstâncias não são favoráveis, não deve ser esta a sofrer alterações e sim outras leis ou políticas em vigor, pois a Constituição pode estabelecer tarefas. A isso o autor dá o nome de vontade de Constituição.

A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa que se assente na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefa. A Constituição transforma-se em força ativa se estas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta

segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principias responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 19).

Ainda que haja mudanças sociais, alterando a forma de enxergar das pessoas, não é possível mudar a Constituição toda vez que isso ocorra. Isso geraria enorme insegurança jurídica.

Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que a ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. (HESSE, 1991, p. 22). Sic.

Pois bem, se a violência só aumenta, juntamente com a sensação de impunidade por toda a população, então não é a garantia individual da maioria penal - constitucionalmente petrificada - que deve ser modificada. A solução para o problema deve advir de mudanças em outras vertentes.

6 - Legislação infraconstitucional: ECA

O legislador, ao deixar de fora o menor de 18 anos na responsabilidade por um crime, criou Estatuto próprio para tratar deste. Substituindo o Código de Menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei **8.069/90**, dispõe de um Título inteiro tratando do menor que comete ato previsto no Código Penal.

Neste caso, há de se falar em ato infracional, ao invés de crime, e há de se falar em medida socioeducativa, ao invés de pena, abarcando aqueles que já possuem 12 anos completos à data do fato delituoso.

Diante disso, fica clarividente que o menor de 18 anos não fica impune por seus atos lesivos.

Ele, o menor, responde a processo e, dentre outras sanções, pode vir até a ser privado de sua liberdade, inclusive se estiver em flagrante delito. Sendo a privação de liberdade a medida mais drástica prevista na lei especial, com duração máxima de três anos.

Outrossim, se o delito teve repercussão patrimonial, o menor infrator é obrigado a reparar o dano.

Bom, se o menor de 18 anos está submetido a um devido processo legal, cumprindo medida socioeducativa, por que o legislador constituinte originário então fez essa diferenciação da menor infrator - dos 12 aos 18 anos - dos maiores de 18 anos?

A escolha, como bem preleciona Bianca de Moraes e Helane Ramos (2009, p.750-751), foi por conta da idade em que ainda é possível recuperar este indivíduo.

Ainda nas palavras das autoras, a educação básica no Brasil se divide em ensino fundamental e ensino médio, sendo que este último encerra hodiernamente quando a pessoa está

completando 18 anos. Da mesma forma que o legislador entende ser possível educar este menor em uma instituição de ensino, é possível que este mesmo jovem se reedueque em estabelecimento próprio para quem comete ato infracional.

As juristas apontam também estatística do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) sobre a enorme diferença dos índices de reincidência dos jovens submetidos à medida socioeducativa, comparada com os recolhidos em unidade prisional comum:

Não há dados que comprovem que o rebaixamento da idade penal reduz os índices de criminalidade juvenil. Ao contrário, o ingresso antecipado no falido sistema penal brasileiro expõe o adolescente a mecanismos reprodutores de violência, como aumento das chances de reincidência, uma vez que as taxas nas penitenciárias ultrapassam 60% enquanto no sistema socioeducativo se situam abaixo de 20%. (MORAES e RAMOS, 2009, p. 752).

É de se deduzir que a redução da maioridade penal, além de ferir uma cláusula pétrea, poderá interferir nos índices de reincidência, agravando ainda mais o quadro.

7 - Teoria das janelas quebradas e a viabilidade de tratamento mais rigoroso para o menor infrator, ainda enquanto menor

Nos Estados Unidos, no ano de 1969, Philip Zimbardo realizou a seguinte experiência: abandonou dois carros em zonas bastante diferentes. A primeira no Bronx, zona periférica da cidade de Nova York, e a segunda em Palo Alto, área nobre da Califórnia.

Após uma semana, o carro que estava em Bronx encontrava-se todo destruído, já o carro deixado em Palo Alto continuava intacto.

Diante disso, o pesquisador quebrou uma janela do carro abandonado em Palo Alto. Pouco tempo depois o carro foi depredado também.

A conclusão que se chegou é que a sensação de impunidade faz nascer o desinteresse em obedecer regras básicas de convivência, assim explana Cleber Masson (2011, p. 553-554).

No âmbito da criminologia, esta pesquisa culminou no estudo da Teoria das Janelas Quebradas.

Desenvolvida por James Q. Wilson e Georg L. Kelling tal teoria defende que a violência e a criminalidade não encontram-se concentradas numa determinada região apenas por conta de sua pobreza. A violência está onde o Estado é ausente.

Por conseguinte, basta começar a punir os mais insignificantes delitos que, assim, o Estado irá desestimular que a pessoa cometa delitos mais graves.

Então, tratar com mais rigor o menor infrator, ainda enquanto menor, já será suficiente para desestimular que o mesmo torne a cometer novos e - possivelmente - mais graves delitos.

Não é por acaso que um dos principais argumentos dos que defendem a redução da maioridade penal é o pouco tempo da medida socioeducativa. Tão somente neste ponto o presente trabalho perfilha-se a tais críticas.

É indubitável que o menor que comete ato infracional deve responder pelo seu erro. E três anos - a depender do ato infracional - é pouco tempo.

Em virtude disso, há um projeto de lei, em trâmite no Congresso Nacional, que defende a ampliação do tempo de duração da medida socioeducativa.

Trata-se do projeto de lei nº 7.197/2002 que determina o aumento do tempo máximo de internação do menor infrator de três para oito anos. Caso o jovem cometa ato classificado como crime hediondo ou ações de quadrilha, bando ou do crime organizado a pena será ainda maior.

No texto consta também a possibilidade de aplicação de medidas socioeducativas a crianças, dependendo da gravidade da infração.

O projeto está atualmente no plenário da Câmara dos Deputados, onde foi requerido Comissão Especial para elaboração de parecer sobre a lei em análise.

Na prática, aumentar a pena do menor infrator e tratá-lo ainda como inimputável - mesmo que já tenha entre 16 e 18 anos incompletos - implica que o mesmo continuará em estabelecimento próprio para aplicação de medida socioeducativa, onde há maior chance de ressocialização e cujas medidas adotadas - com base em dados estatísticos, já mostrados aqui - implicam em reincidências ínfimas, ainda que já estejam maiores e sujeitos às normas penais.

Destarte, em delitos menos graves, permanecerá a ficar retido por, no máximo, três anos previstos no ECA, não sendo julgado de acordo com as regras do Código Penal e as regras do Código de Processo Penal.

Por fim, vale lembrar que continuará tendo direito à remissão estabelecida pelo Estatuto, no caso dos atos infracionais menos grave.

Ou seja, é perfeitamente possível modificar regras legais no intuito de combater os índices de violência, sem precisar desrespeitar cláusulas pétreas.

Conclusão

Vê-se, portanto, que a inimputabilidade do menor de 18 anos é um direito individual expressamente previsto na CRFB/88 e, como tal, cláusula pétrea, impossível de ser abolida.

Outrossim, rebatendo a ideia de que a redução seria uma reinterpretação da norma, provou-se que diminuir direito individual é uma supressão parcial, um retrocesso, por conseguinte, vedado também.

Vale salientar ainda que uma Constituição é a norma principal de um ordenamento jurídico e desobedecer suas regras sobre mutação traz instabilidade e insegurança jurídica.

Além de ser justificado aqui que é impossível reduzir a maioria penal, na vigência da Constituição de 1988, aponta-se a viabilidade de diminuir os números da violência modificando normas infraconstitucionais, respeitando, assim, as regras constitucionais sobre cláusulas pétreas.

Referências

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, retirado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 11 de junho de 2015.

BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, retirado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm, acesso em 11 de junho de 2015.

BRASIL, *Projeto de Lei Complementar nº 7.197/2002*, retirado de <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=68352>, acesso em 10 de junho de 2015.

BRASIL, *Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça*, retirado de http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf, acesso em 11 de junho de 2015.

BRASIL, *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*, In *Vade Mecum*, 19ª. ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2015, p. 1986.

BRASIL, *Súmulas Vinculantes*. In *Vade Mecum*, 19ª. ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2015, p. 1976.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Editora Almedina, 2003, p. 257- 264.

HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*, tradução: J. Cretella Junior e Agnes Cretella, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 183-206.

MASSON, Cleber, *Direito Penal Esquematizado: Parte geral*, volume 01, 4ª ed., São Paulo, Editora Método, 2011, p. 553-554.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 134-152.

MORAES, Bianca Mota de e RAMOS, Helane Vieira, *A Prática de Ato Infracional*, In: MACIEL, Regina Ferreira Lobo Andrade (org.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009, p. 747-839.

SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral do direito fundamental na perspectiva constitucional*, 10ª ed., Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 214-218.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Positivo*, 35ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2012, p. 33-68.

UMA ANÁLISE DOS PROCESSOS DE AQUISIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEGISLAÇÃO DE SOFTWARE E SOFTWARE LIVRE

MIRANILTON PORTES PEREIRA: Analista de Sistemas do Ministério Público de Minas Gerais, Graduando pelo Unicentro Newton Paiva, Pós Graduado em Engenharia de Software pela UFMG.

RESUMO: A Administração Pública não goza da mesma liberdade das empresas privadas para adquirir produtos/serviços, necessitando da realização de processo licitatório para aquisição de softwares proprietários. A importância da área de Tecnologia da informação é cada vez maior também na administração pública e nem sempre os processos de compras são rápidos e neste contexto abre-se a oportunidade do uso do software livre na administração pública, trazendo suas facilidades, virtudes e limitações, mas também suas implicações. O Software Livre é uma opção que nenhum administrador deve descartar, apesar de não termos uma política pública normatizada e instituída de utilização do software livre em nossas instituições, a substituição de Softwares proprietários em larga escala em grandes corporações tem ocorrido em diversos órgãos públicos brasileiros, trazendo benefícios para toda a sociedade brasileira.

Palavras-chave: Processos licitatórios. Administração Pública. Software livre.

1 INTRODUÇÃO

A gestão de orçamentos em uma empresa não é uma tarefa fácil, mas em um órgão público a tarefa é sempre mais complexa, existem leis que regulam a Administração Pública, bem como regulamenta a forma

de utilização desses recursos e isso ocorre no âmbito da administração pública Municipal, Estadual e Federal.

A obrigatoriedade de se fazer a licitação está previsto na Lei nº 8.666/93, onde estão obrigados todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Município (art. 1º, parágrafo único).

E toda licitação também gera um custo indireto, além do custo do software em si. A Licitação tem várias etapas e em cada etapa servidores serão alocados para trabalhar e acompanhar o processo. Desde o momento da convocação até o teste, entrega e/ou implantação do software os custos estão sendo computados, ou seja, não são apenas os custos da aquisição.

E eis que surge a opção de uso de softwares livres, softwares que não tem o custo da aquisição, não precisa do trabalho de equipes no processo licitatório, e não há alocação de pessoal extra para realizar/acompanhar se o processo está pertinente as leis existentes e que regulam todo o processo de aquisição de software em órgãos públicos.

O Software livre não gera dispêndio direto, mas é preciso que se respeite as leis vigentes que regulamentam seu uso e que permitem sua fácil disseminação.

2 LICITAÇÃO

2.1 ASPECTOS GERAIS

Inicialmente, cabe ressaltar que a Administração Pública não goza da liberdade que tem a iniciativa privada no sentido de promover livremente as compras e alienações de que necessita. Para tanto, a Constituição Federal determina no inciso XXI, do art. 37 que:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Sendo assim, pode-se conceituar licitação como sendo um procedimento que, em regra geral, é obrigatório para que o Poder Público realize contratações, tendo por objetivo assegurar que serão selecionadas a melhor proposta com as melhores condições para a Administração, assegurando, também a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Segundo Di Pietro:

Pode-se definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato (DI PIETRO, 2013, p. 331).

Para Meirelles:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de reincidência e moralidade nos negócios administrativos (MEIRELLES, 2010, p. 272).

Em relação à outorga de concessão ou permissão de serviço público, de acordo com o art. 175, *caput*, da Constituição Federal: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Portanto, os enunciados constitucionais impõem aos órgãos da União, Estados, Municípios, e o Distrito Federal, o dever de licitar.

O procedimento licitatório foi normalizado pela Lei nº 8.666/1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. Tais exigências são determinadas no art. 2º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei (BRASIL, 1993).

Outro aspecto importante que foi determinado pela referida lei está contido no parágrafo único do mencionado art. 1º, qual seja, estabelece quem deve licitar. Vejamos:

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1993).

Cabe esclarecer que o artigo 37 da Constituição Federal apresenta os seguintes princípios que devem nortear toda a atividade da Administração Pública, em seus diversos âmbitos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o quais estudam-se em seguida.

2.1.1 Legalidade

O princípio da legalidade está consagrado no art.5º, inciso II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e no art. 37 do mesmo diploma legal, acima mencionado, tratando-se, portanto, da norma de procedimento fundamental que norteia a conduta dos agentes da Administração Pública. O que significa dizer que a Administração Pública somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado/determinado em lei e nas demais espécies normativas ou, quando for o caso, em ato de delegação de competência (BRASIL, 1988).

Dessa forma, de acordo com Carvalho Filho (2009, p. 19), por força do artigo 37 da Constituição Federal, “a atividade administrativa não prevista em lei é considerada ilícita”.

Portanto, se torna evidente que a Administração Pública possui limites e que, para a Administração não basta a inexistência de proibição legal, é necessário que exista determinação legal para que essa atue.

O Estado Democrático de Direito é aquele em que o Estado reconhece e garante os direitos fundamentais do ser humano, estabelece e cumpre a efetiva participação democrática do povo, como cidadãos e a Constituição Federal consagra o Estado brasileiro como sendo um Estado Democrático de Direito, com objetivos fundamentais voltados para a diminuição das desigualdades sociais, dentro de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988).

Em relação ao princípio da legalidade, Meirelles destaca que:

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2010, p. 212).

No mesmo sentido, Di Pietro assevera que:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite (DI PIETRO, 2013, p. 62-63).

Portanto, a eficácia de toda a atividade da Administração Pública depende do estrito atendimento da lei. Dessa forma, o princípio da legalidade representa uma das mais respeitáveis garantias que o ordenamento jurídico oferece aos cidadãos, isso porque a vontade da Administração Pública decorre da lei.

2.1.2 Impessoalidade

Pelo princípio da impessoalidade, todos os licitantes devem ser tratados igualmente, por isso, também está ligado ao princípio da isonomia (DI PIETRO, 2013).

Sendo assim, os atos normativos ou de expediente emanados da Administração Pública têm forçosamente caráter geral. Não podem apresentar impressão individual em relação ao assunto tratado, tanto por parte do emissor quanto do receptor. O agente público signatário representa a Administração Pública. Deve, por isso, tratar o assunto de forma impessoal, já que os atos oficiais nunca se inserem em um universo subjetivo ou pessoal.

A impessoalidade se liga à generalidade e à universalidade, que são atributos intrínsecos de todo ato oficial. Por isso, deve-se usar verbos na 3ª pessoa e especificar seus fins de maneira genérica, com exceção de atos que designem pessoas para realizar determinadas funções ou ações, ou delas as exonerem.

Bandeira de Mello (2014, p. 536), leciona que “o princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade”.

2.1.3 Moralidade

O Princípio da moralidade, também entendido por Meirelles (2010) como probidade administrativa, informa que a Administração Pública deve manter comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, sendo que o comportamento contrário a esses ditames representa uma ofensa ao princípio da moralidade (DI PIETRO, 2013, p.74).

Para Meirelles (2010, p.286), “a probidade administrativa é dever de todo administrador público, mas a lei incluiu dentre os princípios específicos da licitação (art. 3º), naturalmente como advertência às autoridades que a promovem ou a julgam”.

Em relação à probidade administrativa, o enunciado constitucional disposto no art. 37, parágrafo 4º, determina que:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

O art. 3º da Lei nº 8666/93 reafirma o enunciado constitucional, no que pertine à probidade administrativa.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (BRASIL, 1993; 2010).

Dada a importância do princípio da moralidade, Bandeira de Mello (2014, p. 541) considera que, em razão desse princípio “o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de

padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte”.

2.1.4 Publicidade

O princípio da publicidade informa que todos os atos da Administração Pública, bem como a divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados devem ser abertos, a fim de assegurar a todos a possibilidade de controlar a legalidade dos atos praticados pela Administração Pública (DI PIETRO, 2013, p. 70-71).

Para Meirelles:

A publicidade dos atos da licitação é princípio que abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas. É em razão desse princípio que se impõem a abertura dos envelopes da documentação e proposta em público e a publicação oficial das decisões dos órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente (arts. 3º, § 3º, e 43, § 1º) (MEIRELLES, 2010, p. 283).

Nesse mesmo sentido, Bandeira de Mello (2014, p. 540) assevera que “o princípio da publicidade impõe que os atos e termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados”.

Assim, o princípio da publicidade objetiva proporcionar clareza e transparência ao procedimento licitatório.

2.1.5 Eficiência

O princípio da eficiência foi acrescentado ao art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, e tem por objetivo garantir maior qualidade na atividade pública, com a aplicação eficiente dos recursos públicos e diminuição dos custos operacionais.

Como princípio que norteia a Administração Pública, esse vocábulo se liga à ideia de ação, para produzir resultados satisfatórios para o interesse da coletividade, de modo rápido e preciso.

Nesse contexto, as normas devem evitar a multiplicidade de atos sobre a mesma matéria, pesquisando o que já existe a respeito e se esforçando para esgotar o assunto em um único ato. Consiste também no esforço para diminuir as espécies normativas e a diversificação de autoridades para tratar de matéria similar. A diminuição do número de atos facilita o uso racional dos recursos.

2.2 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

Em certas circunstâncias não é possível ou não há exigência legal para licitar, ou seja, há situações em que são realizadas contratações diretas, sem licitação e, para tanto, a Lei 8666/93 diversificou os casos em que a Administração pode (inexigibilidade) ou deve (dispensa) deixar de licitar, hipóteses essas que estão previstas nos arts. 17, 24 e 25 da referida lei.

Segundo lição de Di Pietro, no que pertine à dispensa e à inexigibilidade de licitação que:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa,

que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável (DI PIETRO, 2008, p. 77).

Por outro lado, tanto a contratação por dispensa quanto por inexigibilidade deverão obedecer aos ditames do art. 26 da Lei 8666/93, que prevê:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

2.3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/93 prevê, no artigo 22, cinco modalidades de licitação, quais sejam, concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso e a Lei nº 10.520/2002, criou o pregão como modalidade de licitação a ser utilizado exclusivamente pela União.

2.3.1 Concorrência

A modalidade de licitação concorrência está prevista no inciso I, do art. 22 da Lei nº 8666/93, sendo obrigatória para determinadas obras e serviços de engenharia, compras e serviços de valor elevado, compra e alienação de imóveis, concessões de direito, licitações internacionais, alienação de bens móveis de valor elevado e para o registro de preços, conforme inciso I, “c”, inciso II, “c” e parágrafo 3º, do artigo 23, da Lei 8666/93. Vejamos:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (BRASIL, 1993).

A modalidade concorrência, também, é a modalidade de licitação que, de acordo com o parágrafo 1º do art. 22 da Lei 8666/93, tem como características principais a ampla publicidade e a universalidade:

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto (BRASIL, 1993).

Nesse sentido, Meirelles (2010, p. 327) leciona que:

Concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados

com a antecedência mínima prevista na lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular.

Dessa forma, a modalidade concorrência permite a possibilidade de participação de quaisquer interessados, bem como é assegurada a sua publicidade, nos termos do art. 21 da Lei 8666/93 que preceitua que “os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez”.

2.3.2 Tomada de Preços

A modalidade de licitação tomada de preços está prevista no inciso II, do art. 22, da Lei nº 8666/93:

2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (BRASIL, 1993).

Nesse sentido, Meirelles leciona que:

Tomada de preços é a licitação realizada entre interessados previamente registrados, observada a necessária habilitação, convocados com a antecedência mínima prevista na lei, por aviso publicado na imprensa oficial e em jornal particular, contendo as informações essenciais da licitação e o local onde pode ser obtido o edital (MEIRELLES, 2010, p. 333).

Ainda de acordo com o mesmo autor, o procedimento da tomada de preços é muito semelhante ao da concorrência, sobretudo, no que pertine ao julgamento por Comissão, porém assevera que:

O que a caracteriza e distingue da concorrência é a existência da habilitação prévia dos licitantes através dos registros cadastrais, de modo que a habilitação preliminar se resume na verificação dos dados constantes dos certificados de registro dos interessados e, se for o caso, se estes possuem a real capacidade operativa e financeira exigida no edital. (MEIRELLES, 2010, p. 333/334)

2.3.3 Convite

A modalidade de licitação convite está prevista no inciso III, do art. 22, da Lei nº 8666/93 e, de acordo com o parágrafo 3º, do referido artigo:

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (BRASIL, 1993).

A respeito da modalidade de licitação convite, Meirelles (2010, p. 334/335), leciona que: “convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou

não, para que apresentem suas propostas no prazo mínimo cinco dias úteis (art. 21, § 2º, IV)”.

A modalidade convite não exige publicação, uma vez que é feito diretamente aos escolhidos através de carta-convite. Por fim, a Lei n.º 8.666/93 garante a participação de outros interessados do ramo, desde que previamente cadastrados e que manifestem o seu interesse em até 24 horas antes da apresentação das propostas.

2.3.4 Concurso

A modalidade de licitação concurso está prevista no inciso IV, do art. 22, da Lei nº 8666/93 e, de acordo com o parágrafo 4º, do referido artigo:

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias (BRASIL, 1993).

O concurso é uma modalidade considerada especial, na medida em que o objetivo é a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, muito embora esteja sujeita, assim como as demais modalidades, sobretudo a concorrência, aos princípios da publicidade e da igualdade entre todos os partícipes. (MEIRELLES, 2010, p. 335).

2.3.5 Leilão

A modalidade de licitação leilão está prevista no inciso V, do art. 22, da Lei nº 8666/93 e, de acordo com o parágrafo 5º, do referido artigo:

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (BRASIL, 1993).

Assim, de acordo com Meirelles (2010, p. 336): “leilão é espécie de licitação utilizável na venda de bens móveis e semoventes (arts. 22, § 5º, e 53) e, em casos especiais, também de imóveis (art. 19, III)”.

Existem dois tipos de leilão: o comum e o administrativo. O leilão comum é privativo do leiloeiro oficial e é regido pela legislação federal pertinente, podendo a Administração estabelecer as condições específicas. O leilão administrativo é feito por servidor público.

O leilão ocorre após a avaliação prévia dos bens, fazendo-se constar no edital o preço mínimo de cada bem. No edital, também, deverão estar descritos os bens, o que possibilitará a sua identificação pelos interessados, bem como deve indicar o local onde se encontram os bens, possibilitando o exame por parte dos interessados. E, por fim, devem constar do edital o dia, horário e local do leilão.

2.3.6 Pregão

A Lei 10.520/2002 instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. O artigo 1º da Lei 10.520 de 2002 traz a seguinte redação:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na

modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (BRASIL, 1993).

Nas demais modalidades previstas pela Lei 8.666/93, a responsabilidade pelo procedimento é de uma equipe de servidores que fazem parte da comissão de licitação. Na modalidade pregão, o pregoeiro é o único responsável da Administração, escolhido dentre os servidores do órgão em que será feito o procedimento licitatório. A equipe de apoio não possui poder decisório, somente servindo para auxiliar o pregoeiro (MONTEIRO, 2010).

O pregão, como em todas as outras modalidades de licitação, é realizado em duas fases, sendo a primeira a fase preparatória, conforme artigo 3º e, a segunda, a externa, conforme artigo 4º.

A primeira etapa é a preliminar do procedimento do pregão e, como o próprio nome diz, prepara o processo licitatório. Finda a fase preparatória, de acordo com o inciso I do art. 4º, inicia-se a fase externa com a convocação dos interessados por meio de publicação.

3 SOFTWARE E DIREITO

3.1 LEI Nº 9.609/1998

Um dos aspectos mais analisados em nosso ordenamento jurídico em relação à Tecnologia da Informação está ligado às relações jurídicas que abrangem softwares, uma vez que estes desempenham um papel importantíssimo nos dias atuais e nas mais diversas atividades, seja pelo computador ou outros equipamentos.

A Lei nº 9.609/1998, a Lei de Software, é composta por 16 artigos e dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País, definindo, no Capítulo I, art. 1º, que:

Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados (BRASIL, 1998a).

O Capítulo II, artigos 2 a 6, trata da proteção aos direitos de autor e do registro.

Cabe esclarecer que, nos termos da Lei nº 9.610/98, a ser estudada no item 3.2, em relação aos direitos autorais, os softwares enquadram-se no conceito de obra literária (intelectual), expresso, também no artigo 2º da Lei de Software:

Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei (BRASIL, 1998a).

Outro aspecto importante da Lei nº 9.609/1998 estabelecido no parágrafo 1º, do art. 2º, diz respeito ao direito moral, que somente pode ser aplicado quando:

§1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação (BRASIL, 1998a).

O Capítulo III, artigos 7 e 8, trata das garantias aos usuários de programa de computador e estabelece que “o contrato de licença de uso de programa de computador, o documento fiscal correspondente, os suportes físicos do programa ou as respectivas embalagens deverão consignar, de forma facilmente legível pelo usuário, o prazo de validade técnica da versão comercializada” (BRASIL, 1998a).

Estabelece, ainda, que aquele que comercializar programa de computador, sendo titular dos direitos do programa ou dos direitos de comercialização fica obrigado, em todo o país, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações (art. 8º), bem como que, de acordo com o parágrafo único, a referida “obrigação persistirá no caso de retirada de circulação comercial do programa de computador durante o prazo de validade, salvo justa indenização de eventuais prejuízos causados a terceiros” (BRASIL, 1998a).

O Capítulo IV, artigos 9 a 11, trata dos contratos de licença de uso, de comercialização e de transferência de tecnologia. Nesse sentido, o art. 9º estabelece, para tanto, que:

Art. 9º O uso do Software no País será objeto de contrato de licença de uso.

Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no caput deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.

I – O acesso ao Software dar-se-á até o número máximo, indicado no contrato, de usuários concorrentes individuais que se encontram simultaneamente conectados a todo ou a qualquer parte do Software em qualquer determinado momento (BRASIL, 1998a).

Sendo assim, para comercializar/distribuir um software é necessário que o próprio desenvolvedor ou distribuidor autorizado o faça, portanto, ao adquirir um software, o usuário, apenas e tão somente, recebe uma licença de uso, que é uma permissão para utilizá-lo, de forma não exclusiva, sendo que referida aquisição pode ocorrer mediante contrato de cessão de direito de uso ou contrato eletrônico podendo ambos serem ou não seguidos de contrato de serviços, prevendo instalação e/ou implantação do software, dentre outros.

No âmbito penal, o Capítulo V, artigos 12 a 14, trata das infrações e das penalidades, estabelecendo, por exemplo, que aquele que violar direitos de autor de programa de computador terá pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa, conforme art. 12. Se a violação consistir na reprodução do programa, por qualquer meio, no todo ou em parte, para fins comerciais, sem autorização expressa do autor tem pena de reclusão de um a quatro anos e multa, art. 12, parágrafo 1º. Em relação àquele que expõe à venda, introduz no país, adquire oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral também tem pena de reclusão de um a quatro anos e multa, conforme art. 12, parágrafo 2º (BRASIL, 1998a). |

3.2 LEI Nº 9.610/1998

A Lei nº 9.610/1998, alterada parcialmente pela Lei nº 12.853/2013, que dispõe sobre os direitos autorais, é composta por 115 artigos e, em seu artigo 1º, estabelece que: “Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos” (BRASIL, 1998b).

O art. 2º dessa lei declara que “o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei” (BRASIL, 1998b). Sendo assim, entende-se que o direito autoral é a propriedade do autor sobre a sua obra, essa entendida como resultado do seu trabalho.

Nesse sentido, assim estabelece o art. 7º:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial (BRASIL, 1998b).

Contudo, o art. 7º da Lei 9.610/98 apresenta um rol exemplificativo a respeito da matéria, ou seja, não exclui outros direitos conexos.

O Título VII trata das sanções às violações dos direitos autorais, estabelecendo, por exemplo, que aquele que editar e vender obra sem a autorização do autor deverá pagar por cada um dos exemplares vendidos (art. 103), contudo, se o número de exemplares vendidos não puder ser mensurado, deverá pagar o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

Portanto, a proteção dos direitos autorais relativos a programas de computadores é a mesma das obras literárias.

3.3 SOFTWARE LIVRE

De acordo com a organização internacional Free Software Foundation (FSF):

Por “software livre” devemos entender aquele software que respeita a liberdade e senso de comunidade dos usuários. Grosso modo, os usuários possuem a liberdade de executar, copiar, distribuir, estudar, mudar e melhorar o software. Assim sendo, “software livre” é uma questão de liberdade, não de preço. Para entender o conceito, pense em “liberdade de expressão”, não em “cerveja grátis”[\[1\]](#).

A Free Software Foundation (FSF) aponta que um programa será considerado software livre se os usuários possuírem as quatro liberdades essenciais, quais sejam:

- A liberdade de executar o programa como você desejar, para qualquer propósito (liberdade 0).
- A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo às suas necessidades

(liberdade 1). Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito.

- A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao próximo (liberdade 2).

- A liberdade de distribuir cópias de suas versões modificadas a outros (liberdade 3). Desta forma, você pode dar a toda comunidade a chance de beneficiar de suas mudanças. Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito[2].

Por liberdade de executar o programa, significa dizer que qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, pode utilizar o [software](#) sem nenhuma restrição imposta pelo fornecedor, isto é, em quantos computadores desejar, utilizando qualquer tipo de [sistema operacional](#) e para realizar qualquer espécie de trabalho ou atividade.

Uma característica importante do software livre é o compartilhamento de código-fonte, para que se concretize a liberdade de redistribuir o programa, não sendo necessário, portanto, a autorização do autor/ distribuidor do software para que ele possa ser redistribuído, já que as licenças de software livre assim o permitem.

Sendo assim, um programa de computador é software livre se os usuários possuem todas essas liberdades acima estudadas.

Surgiu também o termo código aberto, do inglês *open source*, com um significado de software livre no Brasil, contudo, a Free Software Foundation (FSF) utiliza o termo software livre isso porque, de acordo com a organização “uma vez que você tenha ouvido que ele se refere à liberdade ao invés do preço, ele traz à mente a liberdade. A palavra “aberto” nunca se refere à liberdade”.

Portanto, o Software Livre, sem dúvida é uma ferramenta para economia de gastos em Tecnologia da Informação, cabe aos gestores avaliarem a viabilidade de usa-los em suas organizações, limitações sempre existem, sejam elas jurídicas, comportamentais ou técnicas.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

O administrador público não tem a liberdade que um gestor de uma empresa privada tem para aquisição de produtos e serviços, na administração pública as regras para aquisição são bem claras e precisam ser cumpridas à risca com pena do administrador ser punido judicialmente por infringir as leis, o burocracia existente contrapõe com a necessidade de aquisição rápida de softwares, a área de TI hoje é uma área vital para toda a administração, e a burocracia pode em algumas situações atrasar ou inviabilizar alguns projetos.

Mesmo que necessária a normatização para aquisição de produtos e serviços na administração pública é um fato gerador de tempo, e este tempo gasto pode ser um custo algo demais para projetos na administração pública.

As leis que gerem a propriedade intelectual de programas de computador (Softwares) tem penas muito duras para pirataria. Um administrador público que comete o crime de uso de softwares piratas, caso seja autuado será responsabilizado de forma direta e poderá sofrer processo administrativo.

Neste cenário de necessidade de crescimento contraposto ao aumento de custo cada vez maior, que o Software Livre aparece como uma alternativa para minimizar o setor público de gastos diretos e indiretos na aquisição de softwares.

Todo o processo licitatório gera gastos indiretos além do dispêndio para a aquisição. Um número considerado de horas trabalhadas são dispensadas para aquisição e acompanhamento das licitações, o que

não acontece com os Softwares Livres. Basta analisar a opção existente e que atenda às necessidades da empresa, e implanta-lo.

O Software Livre pode ser uma opção para substituição a softwares que estariam sujeitos aos trâmites legais necessários à que toda administração pública deve seguir para adquirir um produto ou serviço. Como o Software Livre tem seu uso livre de processos licitatórios faz-se mais rápido sua implantação em uma organização pública o que poderá ser o fator de sucesso de alguns projetos de TI que precisam de uma rápida implantação.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. Lei nº 9609, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2014.(a)

_____. Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2014. (b)

_____. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013. Disponível em: . Acesso em: 30 nov. 2014.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

CARVALHO FILHO, José Santos. Direito administrativo e administração pública. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

[FREE SOFTWARE FOUNDATION](https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html). O que é o software livre? Tradução: Rafael Beraldo. 01/09/2014. Disponível em: <<https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html>>. Acesso em: 07 out. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MONTEIRO, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOTAS:

[1] <https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html>

[2] *Idem*

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O FIM DA COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

GLAUCIA HELLMANN: Graduada em direito pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci - Uniasselvi; Pós-graduada *latu sensu* em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp em parceria com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - LFG; Pós-graduada *latu sensu* em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp em parceria com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - LFG; Possui formação para magistério superior; É advogada militante no estado de Santa Catarina, inscrita na OAB/SC.

A vigência da lei 13.105/15 que institui o novo Código de Processo Civil (NCPC), certamente representará um importante marco para todos os envolvidos na prestação da tutela jurisdicional. Os diversos assuntos alterados, substituídos e/ou incluídos, representam a evolução dos temas tratados, que solucionou debates e discussões intensos sobre determinados institutos.

O NCPC nasceu de longas discussões com participação da sociedade na sua elaboração, é fruto de audiências públicas e participação da comunidade jurídica, por isso é considerada a legislação processual mais democrática e participativa até então realizada.

Entre os assuntos tratados, destaca-se, a pretexto do tema proposto para este artigo, o texto do §14, do art. 85, do NCPC, que veda expressamente a compensação dos honorários advocatícios em caso de sucumbência parcial.

Os honorários advocatícios tem origem na prestação de serviços decorrentes de contrato, ou mediante fixação no processo.

Na segunda hipótese, trata-se de honorários de sucumbência, que numa conceituação didática pode-se dizer que decorre do ato de ser vencido. Basicamente, a sucumbência

estabelece que a parte que perdeu a ação efetue o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte vencedora.

A competência para arbitra-los é atribuída ao juiz da causa, que o faz no momento que conclui o seu silogismo judiciário sobre a questão posta, sempre de modo a atender ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação dos serviços, à natureza e importância da causa e ao tempo exigido para o seu serviço.

Já a sucumbência parcial, ou recíproca, é aquela atribuída tanto à parte vencida como a parte vencedora em um processo judicial. Assim, quando a condenação for parcial as despesas se distribuirão proporcionalmente entre os litigantes, por isso, comumente, determina-se a compensação.

Trata-se, atualmente, de tema relevante, alvo de grandes debates que comportam inúmeras interpretações pelos operadores do direito, ensejando diversos posicionamentos divergentes no âmbito da doutrina e jurisprudência.

Essencialmente, trata-se da possibilidade ou não de se compensar os honorários advocatícios nas hipóteses em que há sucumbência recíproca, mesmo diante da natureza da verba destinada à remuneração dos serviços prestados pelo advogado.

Sobre o tema, em 03/11/2004, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 306, determinando que “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

Neste contexto, tratando-se de súmula, definida como a condensação das reiteradas decisões daquele Tribunal Superior, teoricamente não caberia mais debates a respeito. Contudo, quando compreendido o assunto mediante a abordagem das leis

anteriores que tratam (aram) a matéria, a polêmica continua aflorada.

A partir da orientação constante no enunciado acima transcrito, cada vez mais se difundiu o entendimento judicial no sentido de autorizar a compensação, sem considerar os dispositivos legais e constitucionais que o impedem.

No que tange as previsões legais acerca dos honorários, o Código de Processo Civil ainda vigente (Lei n. 5.869/73), especialmente a parte final do seu art. 21, que previa a possibilidade de compensação dos honorários de sucumbência, restou revogado pela Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), conforme a perfeita aplicação do §1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A Lei 8.906/94 é clara ao instituir que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado e não à parte, o que, por disposição da legislação civil, veda eventual compensação.

O artigo 368 do Código Civil dispõe expressamente que, somente, “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra”, e quando essas obrigações forem, conforme disciplina o artigo 369 do mesmo diploma legal “[...] líquidas, vencidas e de coisas fungíveis”, poderá haver sua compensação.

Em outras palavras, somente quando líquidas e vencidas, portanto, exigíveis, duas ou mais obrigações existentes entre duas pessoas que, ao mesmo tempo, forem credora e devedora uma da outra, é que se poderá cogitar da sua compensação.

Portanto, mesmo que se faça uma leitura do instituto da compensação sob a ótica estrita do direito privado, ainda assim não

é possível aplicá-lo, basicamente porque não há identidade entre credor e devedor.

Corroborando tal entendimento, o renomado doutrinador Sílvio Rodrigues (2007, p. 209), ao discorrer sobre os mencionados artigos 368 e 369, assevera que:

“Portanto, a compensação aparece como um meio de extinção das obrigações e opera pelo encontro de dois créditos recíprocos entre as mesmas partes. Se os créditos forem de igual valor, ambos desaparecem integralmente; se forem de valores diferentes, o maior reduz a importância correspondente ao menor. Procedese como se houvesse ocorrido o pagamento recíproco, subsistindo a dívida apenas na parte não resgatada”.

O mesmo doutrinador, na referida obra, enumera os pressupostos do instituto da compensação, a saber: “a) reciprocidade das obrigações; b) liquidez das dívidas; c) exigibilidade atual das prestações; d) fungibilidade dos débitos”. (p. 215)

Neste contexto, obviamente que o legislador não visa incluir o advogado como litigante, ou tampouco confundir-lo com a parte, o que afasta a tese da compensação de honorários, pois, como visto, a compensação só pode ocorrer em relação a obrigações recíprocas, de uma parte ante a outra, não se incluindo obrigações de terceiros.

A respeito, também merece destaque a doutrina de Yussef Said Cahali (1997, p. 844/845):

“Realmente, na vigência do novo Estatuto da Ordem, ainda que promovida a execução pelo cliente, tendo por objeto a totalidade da

condenação incluindo os encargos processuais, a verba concernente aos honorários de sucumbência restará incólume de qualquer compensação pretendida pelo executado (...) sendo nula (art. 24, §3º) qualquer cláusula contratual que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários da sucumbência, daí decorre que o direito próprio do patrono não se sujeita, em nenhum caso, à exceção da compensação de crédito do executado oponível à parte vencedora. Exequente pois é terceiro estranho às relações obrigacionais existentes entre os demandantes”.

Portanto, pertencendo os honorários sucumbenciais ao advogado, não há que se falar em compensação, porque o direito do mesmo em relação a prestação de serviços não é objeto do processo. Ou seja, a sucumbência recíproca não pode retirar do advogado o direito de receber os honorários fixados na sentença, pois admitir a compensação neste caso é transmitir responsabilidade pessoal ao advogado pelo ônus do vencido na causa, o que emerge como injusta supressão de direitos.

Neste ponto, há flagrante controvérsia entre as decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pois rotineiramente julga que "no direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado, [...]" (AgRg na Ação Rescisória nº 3290/SP, rel. Min. Castro Meira; julgado em 25/05/2011), ao mesmo tempo que decide, reiteradamente, que havendo sucumbência recíproca, os respectivos honorários devem ser compensados.

Neste contexto de instabilidade, a doutrina sustenta que resta afrontado o princípio constitucional da segurança jurídica, uma vez que a manifesta injustiça verificada, abala a confiança no direito.

Por outro lado, indiscutivelmente, os tribunais reconhecem também o caráter alimentar dos honorários advocatícios.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou, inclusive, editando recentemente Súmula Vinculante no sentido de garantir a natureza alimentar dos mesmos.

Diante disso, os operadores jurídicos questionaram como poderiam os honorários sucumbenciais, com natureza alimentar, serem passíveis de compensação com dívidas das partes, se a legislação traz a verba alimentar como exceção ao instituto da compensação, conforme texto do art. 373, II do Código Civil.

A resposta, sem imprecisões, é que os honorários, sejam eles sucumbenciais ou contratuais, também por possuírem natureza alimentar, não podem ser compensados.

Assim, partindo das premissas acima apontadas, o NCPC corrige tal injustiça, vedando a compensação dos honorários advocatícios mediante a incubação do art. 85, §14: “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

Portanto, a norma materializada pelo NCPC fulminou a Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, eis que, como visto, a mesma nasceu com entendimento ultrapassado, demonstrando-se contrária à lei especial, pois negava vigência ao art. 23 da Lei n. 8.906/94, o que constituía um retrocesso no ordenamento jurídico pátrio.

A doutrina trata o tema como uma evolução do direito processual civil, onde o advogado tem a sua importância reconhecida nos exatos termos do art. 133 da Constituição Federal, que o elege como “indispensável à administração da justiça”.

Ao vedar a compensação, o NCPC assegura ao advogado o direito de receber honorários outrora negados pela Súmula 306 do STJ, o que representa uma grande conquista para a classe, já que a justa valorização ao trabalho do advogado é necessária no intuito de compreender a natureza das suas funções, na qual o art. 2º, §1 da Lei n. 8.906/94 dispõe: “o advogado presta serviço público e exerce função social”.

Bibliografia:

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

_____. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. Lei n. 8.906 de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF, 05 jul. 1994.

_____. Lei n. [10.406, de 10 de janeiro de 2002](#). Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. Súmula 306 do STJ. Brasília, DF, 22 nov. 2004.

BRASIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO. PRECATÓRIO EXPEDIDO QUE ABRANGE HONORÁRIOS. ADVOGADOS TITULARES. PEDIDO DE INGRESSO NO FEITO. ASSISTÊNCIA SIMPLES. DEFERIMENTO. Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 3290. Agravante: Soares Penido Participações e Empreendimentos S/A. Agravado: Estado de São Paulo. Relator:

Castro Meira. Brasília, 25 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTE+%3E%3D+20110525+e+%40DTE+%3C%3D+20110525&livre=no+direito+brasileiro%2C+os+honor%20rios+de+qualquer+esp%20cie%2C+inclusive+os+de+sucumb%20ancia%2C+pertencem+ao+advogado&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 03 de setembro de 2015.

CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios. 3ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1997.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Parte Geral das Obrigações. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DEVER DE PROPORCIONALIDADE: LIMITE À SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

TIAGO NUNES DA SILVA: Advogado.
Pós Graduado em Direito Público.

Resumo: O presente trabalho versa sobre o princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade a fim de demonstrar se as decisões da Administração Pública estão delineadas em ponderação, ou seja, valorando o princípio da proporcionalidade, de forma a superar as regras estáticas culminadas pelo paradigma da supremacia do interesse público, que há tempos advêm de uma medida de prevalência. Hodiernamente, face ao Estado Democrático de Direito, não há como conciliar no ordenamento jurídico brasileiro um princípio que, já se preestabeleça que a melhor solução no caso concreto consubstancia-se na vitória do interesse público, o que de plano, seria ostentar o mesmo caráter normativo de um paradigma autoritário o qual não se coaduna com Estado Democrático. Nesse sentido, demonstrar-se-á, a necessidade do princípio da proporcionalidade frente às normas que outorgam privilégios à Administração Pública.

Palavras-chave: Interesse Público. Presunção de veracidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT: This paper deals with the principle of the supremacy of the public interest of the proportionality duty to demonstrate that the decisions of the Public Administration are outlined in weighting, ie valuing the principle of proportionality in order to overcome the static rules culminated by paradigm the supremacy of public interest, which has long come from a measure of prevalence. In our times, against the democratic rule of law, there is no way to reconcile the Brazilian legal system a principle that already preestabeleça that the best solution in this case is embodied in the victory of the public

interest, which plan would bear the same character Order in an authoritarian paradigm which is not consistent with democratic rule. In this sense, it will demonstrate the need for the principle of proportionality forward to the rules that grant privileges to the Public Administration.

Keywords: Public Interest. Presumption of veracity. proportionality.

INTRODUÇÃO

O Estado para perseguir suas finalidades, sempre se estribou no princípio da supremacia do interesse público, princípio este que sempre foi tema de calorosas discussões e polêmicas, por incorrer em abuso de poder pela forma desenfreada de agir.

O princípio ora em estudo, se aloja em um edifício construído por inúmeros institutos jurídicos. Dentre eles, a proposta deste trabalho por questão didática, é a análise de dois institutos tidos como alicerce fundamental para a manutenção da supremacia do interesse público. São eles: (interesse público e presunção de veracidade).

Acerca de sua prevalência sobre o interesse privado, as dúvidas se proliferaram no que concerne ao seu modo imperativo de ser aplicado, chegando a ser chamado pela doutrina clássica de “princípio supremo”. É importante registrar também, que o direito moderno vincula-se às fontes de integração social, visando desrespeitar o mínimo dos interesses (público *versus* particular), valorando ambos os interesses.

A supremacia do interesse público não pode ser entendida como postulado normativo revestido da mais ampla imperatividade, tendo como esteio institutos que expressam conceitos vagos

ensejando de tal modo, notável insegurança jurídica para a sociedade.

Por outro lado, a proporcionalidade é a medida correta para atingir a melhor decisão como um todo na Constituição quando em colisão os interesses nela garantidos. Desse modo, como postulado que é, a proporcionalidade objetiva moldar os interesses contrapostos sem afastar um em detrimento da efetivação do outro.

Nesse sentido, é preciso consignar que a exigência de proporcionalidade é mormente utilizada como dever jurídico-positivo, e não obstante revela que sua utilização determina distintos resultados como se sinônimos fossem (racionalidade; limitação à violação do direito fundamental; proibição de excesso, etc.).

Adota-se neste trabalho, o método dedutivo com base em pesquisas bibliográficas. O estudo que se desenvolverá a seguir pretende trazer contribuições valorosas para a ciência do Direito Público e, em especial, a melhor forma para a aplicação com justo equilíbrio do princípio da supremacia do interesse público de forma mais Democrática.

1. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A temática da supremacia do interesse público teve sua discussão reavivada na literatura jurídica nacional em trabalhos recentes, tendo como principal objetivo relativizar a concepção ultrapassada e autoritária de que a supremacia do interesse público deve ser tida como "base fundamental" do Direito Administrativo.

A doutrina clássica de Direito Administrativo sempre afirmou que o princípio da supremacia do interesse público encontra-se na posição de um princípio geral "supremo", possibilitando imposições pela Administração Pública de condutas vantajosas em relação aos

particulares em razão das muitas prevalências que resguardam seus atos nocivos.

O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 60), um dos mais ferrenhos defensores do princípio em questão assim o define:

Trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

Na tecitura dessas noções, veja-se que o princípio em comento é tido como fundamento para dar sustento aos atos da Administração Pública, a qual se estriba pela então supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público, que se encontram assentados em um elevadíssimo grau de prevalência.

Não é difícil perceber que tal princípio sempre fora empregado com o escopo de justificar uma vasta gama de prerrogativas associadas à Administração Pública, a qual defende ser necessário atuar de tal modo para tutelar os interesses da coletividade, mas o faz mediante atos de imperatividade, como dito, ensejando desequilíbrio que sempre tem pendido em favor do Estado.

O debate teórico acerca do princípio da supremacia do interesse público está pautado por inúmeras indagações. Dentre estas, a doutrina tem buscado esclarecer o fundamento da posição privilegiada da Administração Pública nas relações com os particulares.

O que se percebe pelos atos da Administração Pública é tão somente a mitigação de conquistas relevantes para a sociedade, por exemplo a conquista dos direitos fundamentais inseridos na Constituição da República de 1988. Nesse sentido, não há como conciliar no ordenamento jurídico brasileiro, um princípio que, de plano, já se preestabeleça que a melhor solução no caso concreto consubstancia-se na “vitória” do interesse público, sacrificando em todo tempo o interesse privado.

Nesse prisma, é o entendimento de Gustavo Binenbojm (2008, p. 95):

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que o "princípio da supremacia do interesse público" também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo "princípio"; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.

A despeito da legalidade do princípio da supremacia do interesse público, os conceitos esposados pela doutrina e pela jurisprudência versam sobre dois aspectos: para a sua própria sobrevivência e para a manutenção da ordem social a fim de manter esta sempre estável.

Segundo Fábio Medina Osório (2000, p. 84), "evidentemente que a superioridade do interesse público sobre o privado não pode ser deduzida de princípios exclusivamente morais ou políticos, pois carece de uma recondução à normatividade própria da Constituição Federal". Dessa forma, não é difícil constatar porque a ideia de uma

prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (do público sobre o privado) é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Outro ponto a destacar é que em algumas situações a supremacia do interesse público afronta outros princípios da Carta Democrática de 1988, até mesmo aqueles expressos no rol dos direitos fundamentais, tais como o contraditório e a ampla defesa, face à enorme dificuldade existente em se produzir provas em demandas das quais a Administração Pública seja parte.

Logo, o que se percebe é que, em relação à Administração Pública, os princípios constitucionais e processuais acima mencionados existem somente no plano formal da lei e nos ensinamentos das faculdades de Direito, ensejando uma crise formal da lei.

Como bem lembra Alexandre Santos de Aragão (2012, p. 83):

Não existe norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. O que ocorre é que, muitas vezes, a própria Constituição ou as leis previamente ponderam os interesses envolvidos dando preponderância ao interesse público (por exemplo, nas desapropriações e nas requisições administrativas). Nessas hipóteses, foi a lei ou a Constituição que preestabeleceram a preponderância do interesse público sobre o interesse do particular, preponderância que não pode ser *a priori* estendida automaticamente a circunstância para as quais não houve esta "preponderação" constitucional ou legal.

Independentemente do que seja o conceito do princípio da supremacia do interesse público, não é aceitável afirmar que nos

casos concretos este sempre prevalecerá sobre o interesse privado. Ora, um princípio que se presta a afirmar que o interesse público sempre prevalecerá sobre o interesse privado fere letalmente o Estado Democrático de Direito, representando nítido regresso ao autoritarismo.

Portanto, resta frisar que, em um Estado Constitucional, o ideal é que a ordem jurídica não aplique o princípio da supremacia de forma desenfreada, se estribando em critérios subjetivos, com ampla discricionariedade do agente que desempenha a função estatal, pois dessa forma disseminará arbitrariedades tamanhas que nem sempre são estampadas.

2. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

A literatura do Direito Administrativo tem evoluído constantemente com o passar dos anos. Além das monografias concebidas nos cursos de pós-graduação, têm sido publicadas obras de grande relevo acerca da disciplina, tentando romper os paradigmas culminados pelo interesse público.

Mas, afinal, o que constitui exatamente o tão polêmico e invocado “interesse público”, cujo papel se mostra tão relevante?

Alice Maria Gonzales Borges (2004, p. 198) assim o define:

1.O interesse público é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.

2.Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a

ser também identificado como interesse de todo o grupo, pelos menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.

Conceituar o que realmente seja interesse público não é tarefa fácil. Veja-se que a doutrina clássica do Direito Administrativo, na figura de Bandeira de Mello (2003, p. 50), já afirmava a dificuldade acerca do conceito de “interesse público”:

Ninguém duvida da importância da noção jurídica de interesse público. Se fosse necessário referir algo para encarecer-lhe o relevo, bastaria mencionar que, como acentuam os estudiosos, qualquer ato administrativo dele se desencontre será necessariamente inválido. Sem embargo, não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhe os contornos abstratos. Convém, pois, expor aquilo que nos parece seja o interesse público propriamente dito. (Grifo nosso).

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em categoria *contraposta a de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, *do próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender o que é interesse público.

A partir do conceito exposto, depreende-se que ainda se encontra distante a possibilidade de se determinar com clareza e firmeza o que seja interesse público. Nesse ponto se aloja um problema sério, porquanto os atos da Administração Pública encontram-se amparados na tese que as doutrinas clássica e contemporânea defendem de que o interesse público é algo totalmente abstrato e subjetivo.

Ademais, o interesse público seria, então, o que a doutrina chama de “conceito indeterminado”? Para Eros Roberto Grau (1988, p. 72):

São indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos - especialmente imprecisos, - razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade.

(...) os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a situação das forças sociais.

É próprio das leis que suprimem institutos jurídicos, ou que lhes mudam a substância, prescrever-lhes novo regime ou novos efeitos. Ora, é intuitivo crer que, por conta do grau de abstração, e pelo fato de ser indeterminado, o interesse público “deságua” ao alvedrio da Administração Pública para ser aplicado, surgindo uma emblemática que, ao que parece, está longe de ser dirimida.

Deveras, numerosos são os postulados que regem a atividade impositiva do Estado. Do ponto de vista legislativo, o que se vislumbra é a imprecisão no que tange a inúmeros conceitos abertos e plurissignificativos, como, por exemplo, as expressões “interesse público”, “utilidade pública”, “ordem pública” e “segurança nacional”.

Dois aspectos merecem ser destacados, pois é de grande relevo sublinha-lós. É de bom alvitre salientar que persiste a preocupação acerca da interpretação teórica de conceitos indeterminados tidos como postulados pela Administração Pública, pois dependendo da interpretação adotada se torna possível, ou não, conter atos pautados em excesso e abuso.

Fixados estes pontos, é fácil perceber que a natureza do interesse público alcança uma amplitude que não se consegue mensurar, o que logo resulta num descompasso entre atos praticados pela Administração Pública que atendem a interesses estranhos aos interesses realmente públicos, divorciando-se cada vez mais do efetivo atendimento à coletividade. Nesse sentido, é a lição de Robertônio Pessoa (2000, p. 88):

Em termos concretos, um interesse passa a ser público quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma coletividade determinada (bairro, distrito, região metropolitana, município, Estado, região, União), que o mesmo passa a ser identificado como interesse de toda comunidade, qualquer que seja sua dimensão.

Hoje, em um Estado Democrático de Direito, o conceito de “interesse público” não pode mais suscitar dúvidas quanto ao seu conteúdo e aplicabilidade, visto que se encontra entrelaçado aos direitos fundamentais. É imperioso notar que, havendo dúvidas, esse ônus deve recair ao Poder Judiciário, que tem enfrentado

tormentoso trabalho com o escopo de conter os atos descompassados da Administração Pública, que, ao que parece, estão longe de se pautar nos mandamentos dos direitos fundamentais.

As considerações expostas realçam a importância e a necessidade inexorável de se fixar o conteúdo do que realmente seja interesse público. Decididamente, é insustentável defender a tese de que o interesse da Administração Pública sempre há de prevalecer.

Feitos estes esclarecimentos, pode-se perceber que muitas vezes os atos ora praticados pela Administração Pública derivam de diversas prerrogativas por conta da abstração e indeterminabilidade do conceito de “interesse público”, pelo qual se deveria estabelecer a justa medida de prevalência, fato este que, obviamente, tem causado imenso desconforto e insegurança para os administrados.

3. AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A PESUNÇÃO DE VERACIDADE

Dentre as prerrogativas inerentes à Administração Pública, a proposta deste tópico é o estudo da presunção de veracidade. A temática dos meios utilizados pela Administração Pública para a realização dos seus fins há de ser sobrepensada. A essencialidade das prerrogativas em prol do interesse público parece um tanto quanto utópica, visando a fins contrários do que realmente seja interesse público.

Vê-se, assim, que a Administração Pública ostenta uma gama de prerrogativas e poderes que se dizem inerentes à boa administração para o desempenho das atribuições que lhe são conferidas. Acerca das prerrogativas da Administração Pública, Di Pietro (2010, p. 64) assim define:

Isso significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos (grifos do original).

Do panorama traçado, veja-se que destas prerrogativas a Administração Pública detém um “edifício” de vantagens em relação ao particular, sendo importante destacar que estão delineadas em critérios que possibilitam diversas interpretações, ensejando, assim, uma “avalanche” de inseguranças jurídicas em relação ao cidadão.

Feitos esses esclarecimentos, a grande questão consigna-se em se definir sobre quem recai o ônus da prova em relação ao atributo da presunção de veracidade do ato administrativo executório, que impõe ao administrado uma obrigação a ser cumprida que, na maioria das vezes, é de caráter pecuniário. No que concerne ao ônus da prova da presunção de veracidade dos atos administrativos, Carvalho Filho (2009, p. 212-213) entende que:

Entretanto, o ônus atribuído ao interessado de provar suas alegações não exime a Administração do dever de providenciar a comprovação de outros fatos que, de algum

modo, contravenham aos que o interessado alegou, ou até mesmo que os confirmem. No processo administrativo é aplicável o princípio da oficialidade, segundo o qual a Administração deve perseguir a vontade real, e não meramente a vontade formal.

Em muitos casos o modelo de distribuição do ônus da prova é contrário ao entendimento de Carvalho Filho, isto pelo fato de tal modelo reverter ao cidadão a necessidade de produção de prova negativa, o que majora, e muito, a dificuldade do cidadão de atender tal reversão colocando-o em um “labirinto sem saída”.

A título de exemplo, para maior esclarecimento da problemática do ônus da prova, imagine-se que um cidadão recebe uma notificação de trânsito por estar dirigindo sem o cinto de segurança. Após o recebimento dessa notificação, lhe é dado um prazo para apresentar defesa. Aceita a defesa, ocorre a extinção da multa pecuniária.

Do exemplo acima surgem alguns questionamentos: que condição terá o cidadão de produzir provas para sua defesa de um fato que lhe foi imputado por um *agente de trânsito ocorrido há 30 (trinta) dias e que*, sequer, o cidadão tomou conhecimento na hora da autuação? Poderia o cidadão fazer voltar o tempo e a hora em que cometeu tal ato contrário ao Código de Trânsito Brasileiro? O óbvio não carece de resposta!

Cumpra, pois, registrar que o insucesso do cidadão em não conseguir produzir provas para atestar a sua inocência não exime a Administração da devida obrigação de provar suas alegações, pois, no caso concreto, veja-se que o princípio do devido processo legal de nada expurgou sua garantia em prol do administrado, prevalecendo o autoritarismo do Poder Público.

Nessa altura não é mais aceitável, em pleno regime de Estado Democrático, que a Administração se valha tão somente da confiança atribuída ao agente estatal para imputar ao administrado a obrigação de atender a um comando imperativo.

Enfim, importa ressaltar que, mormente, é preciso garantir não apenas o controle da legalidade dos atos administrativos imperativos, mas, antes disso, mecanismos que conseqüentemente evitem o cometimento de tais ilegalidades.

4. A RELEITURA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO DEVER DE PROPORCIONALIDADE

Sem embargo, é importante destacar que o princípio da proporcionalidade constitui-se instrumento de grande relevância para conter atos estatais agasalhados pela nocividade, tendo como crucial dever a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, sob uma visão ampliada, o princípio da proporcionalidade é a regra a que devem obedecer tanto aos que exercem o poder quanto os que dele padecem, ou seja, governantes e governados, administradores e administrados, para que haja a devida segurança jurídica, com o escopo crucial de valorar o Estado Democrático de Direito, apartado das “sombras” do inquisitório.

É de se ver, por outro lado, que o princípio da proporcionalidade alcançou status de princípio utilizado para interpretação constitucional. Outrossim, não se pode olvidar que a proporcionalidade deve ser tida como elemento indissociável para a ponderação de valores, com o fiel intento de dirimir eventuais tensões entre princípios previstos na Carta Magna.

Procede, ainda, a problemática da previsão legal do princípio da proporcionalidade. A doutrina contemporânea, comumente, tem

compartilhado no sentido de que tal princípio é decorrência lógica de outros princípios plasmados na atual Constituição. A título de exemplo, não seria por demais afirmar que a proporcionalidade é elemento ínsito ao princípio do devido processo legal, insculpido no (art. 5º, inciso LIV, CF).

Nesse sentido é a lição de Luís Roberto Barroso (2010, p. 305):

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, termos empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Ademais, não é difícil perceber que o princípio da proporcionalidade trata-se de um mecanismo de controle dos atos do Judiciário, do Legislativo e do Executivo, primordialmente na esfera administrativa. Por intermédio dele, o exegeta elimina as distorções, as anomalias e os absurdos provenientes do arbítrio e do uso desregulado de poder por parte dos administradores e legisladores.

Passemos à análise da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em relação ao princípio da supremacia do interesse público. A convicção de que o princípio da supremacia do interesse público deve ser reconstruído sob a ótica da

proporcionalidade é reforçada pelo meio utilizado para a desapropriação, relativizando sua prevalência absoluta.

Interessante observar que o próprio constituinte antecipou o juízo de ponderação acerca da desapropriação, que mormente é tido como um direito fundamental, conforme dispõe o art. 5º, XXII, CF/88.

Veja-se, que os meios ora utilizados para a desapropriação parecem abarcar tanto a satisfação do interesse público, quanto do interesse privado, mecanismo este pelo qual ambos os interesses são preservados, sem que haja a sobreposição total de qualquer um dos interesses.

Vejamos outro exemplo de proporcionalidade *versus* supremacia do interesse público: O fornecimento de serviço público de água deve ser prestado de forma contínua, eficiente e com segurança, só podendo ser interrompido em caso de emergência, desde que motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações.

A possibilidade de interrupção no fornecimento de água não pode ser adotada quando ensejar lesão a direito ao usuário à saúde e à dignidade, devendo a norma da Lei 11.445 de 2007 ser interpretada de forma contextualizada e finalística, observadas as diretrizes da universalidade e da integralidade, bem como os princípios e garantias constitucionais.

A Lei 11.445 de 2007 estabeleceu medidas específicas de proteção aos usuários de baixa renda, que devem direcionar a interpretação dos demais dispositivos do diploma com relação a essas situações peculiares, de modo a lhes possibilitar o acesso a serviços de saneamento básico, entre os quais se inclui o abastecimento de água potável.

Deve a concessionária adotar as vias próprias para obter o pagamento dos débitos antigos, não podendo os respectivos valores ser somados às faturas atuais para embasar o corte do abastecimento. O aviso prévio do corte, com antecedência de 30 (trinta) dias, como sabido é exigência inarredável para legitimar a interrupção do fornecimento, incumbindo à concessionária a prova de sua realização. O prazo de 30 (trinta) dias, clarifica a importância tamanha do princípio da proporcionalidade, no entanto, não é o bastante.

A proporcionalidade aqui tratada, deve ser aplicada no sentido de que, sobre os interesses particulares da concessionária, de natureza econômica, consubstanciado no pagamento do preço público, tais interesses não devem se sobrepor as necessidades vitais do cidadão, sendo a água um bem essencial à sobrevivência da pessoa humana.

Não se nega o legítimo interesse da concessionária em receber a contraprestação devida pelos serviços dispensados, mas em contrapartida há o direito da pessoa à dignidade, à vida e à saúde, e à proteção ao consumidor contra cobranças abusivas, também merecedoras de proteção. Os direitos e interesses em conflito podem e devem ser harmonizados, devendo-se sopesar, nesse sentido, a existência de outros meios adequados para se proceder ao pagamento forçado da dívida.

Nesse sentido, aplicando a proporcionalidade no caso concreto, os serviços poderão (não se trata de uma medida imperativa) ser interrompidos pelo prestador nas hipóteses de inadimplemento do usuário, mas com relação ao usuário de baixa renda devem ser observados prazos e critérios especiais que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas (art. 40, § 3º, da Lei 11.445/07).

Firmados estes pontos, impende observar que a concessionária deve se guiar pelo postulado da proporcionalidade, avaliando os meios utilizados para melhor adequação à promoção do resultado fim, visando desrespeitar o mínimo possível os interesses particulares.

Cuida-se, portanto, definir que a proporcionalidade deve ser prestigiada nos atos que envolvam a atividade administrativa, sendo compreendida como método essencial a estabelecer não mais prerrogativas absolutas, mas relativas.

Note-se bem: não se nega a relevância do princípio da supremacia do interesse público enquanto instrumento essencial para alcançar interesses essenciais à toda a sociedade, que devem ser tutelados pelo próprio Estado, já que este fora instituído como administrador da coisa pública e representante do povo.

O que se está a afirmar é que o interesse público deve ser aplicado com a máxima cautela e prudência, e crucialmente sob o mandamento da proporcionalidade, pois não raras vezes o interesse público se depara com interesses individuais e até mesmo coletivos.

Oportuno dizer que não deve haver a prevalência descompassada e antecipada de um interesse sobre o outro, pois em cada caso concreto o melhor caminho será filtrar os interesses opostos, se valendo do princípio da proporcionalidade.

Enfim, distante da pretensão de ser exaustivo, o princípio da supremacia do interesse público tem sido reconhecido desde os primórdios, como exigência para a manutenção da vida em sociedade, visando o bem-estar de todos.

O fato é que, com o advento do Estado Democrático de Direito, a vantajosidade que outrora fora concedida à Administração

Pública, e que ainda permanece em relação ao particular, já não pode mais ser vista e aceita de forma absoluta, o que logo implica na relativização das “vontades do Estado” segundo a ótica da proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme fora demonstrado, o princípio da supremacia do interesse público lastimavelmente vem se perpetuando através de atos desrespeitosos, por conta do interesse público, impondo restrições arbitrárias e abusivas por parte da Administração Pública e seus agentes, que nem sempre visa atender o interesse público.

Convém, acentuar caso ocorra conflito entre o interesse público *versus* particular, é de suma relevância consignar que ambos os interesses são igualmente amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro. É importante salientar que, concordar com a prevalência do interesse “que se diz ser público a todo e qualquer tempo” seria dizer que não há no Direito respaldo e tutela para o interesse privado quando este se deparar com o interesse público.

Cumprir registrar, que o interesse público deve ser aplicado com a máxima cautela, pois não rara as vezes em que nos deparamos com a atividade estatal beneficiando determinadas classes políticas para atingir interesses particulares sob o manto falso de interesse público.

A despeito a presunção, importa ressaltar que, mormente, é preciso garantir não apenas o controle da legalidade dos atos administrativos imperativos, mas, antes disso, mecanismos que consequentemente evitem o cometimento de tais ilegalidades.

À Administração Pública, cumpre sempre atuar com reservas de que lhe cabe precipuamente a demonstração dos fundamentos de fato e de direito, que deram ensejo à sua atuação,

isto porque os seus agentes devem atentar-se a adotar o melhor procedimento possível para registrá-los em homenagem ao princípio da publicidade.

Ao fixar diretrizes sob a ótica de ponderação, no que concerne à supremacia do interesse público, a Administração Pública passa a atuar de forma a valorizar os direitos fundamentais, os quais são valores primordiais da ordem constitucional interna do Estado, inerentes à ideia de dignidade da pessoa humana, evitando, assim, os desmandos e privilégios da Administração Pública.

Diante de todo o exposto, ressoa evidente que no Estado Democrático de Direito nem tudo é possível, e nem tudo deve ser aceitável em nome do interesse público, até porque, se tudo fosse possível, obviamente que os maiores de todos os interesses públicos, aqueles inculpidos no rol dos direitos e garantias individuais, estariam em situação de risco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Maria Gonzales. **Temas do Direito Administrativo Atual (Estudos e Pareceres)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei nº 9.784 de 29/01/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro. In **Revista de Direito Administrativo** n. 220, abril/junho. 2000.

PESSOA, Robertônio. **Curso de Direito Administrativo**. Brasília: Consulex, 2000.

ROBERTO GRAU, Eros. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. Revista dos Tribunais, 1988.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

O DIREITO DE FAMÍLIA E O CHAMADO "POLIAMOR"

AFONSO TAVARES DANTAS NETO: Promotor de Justiça de Família e Sucessões (Juazeiro do Norte-CE).

A percepção geral e dominante é que o Direito constitui algo tão antigo quanto a sociedade humana.

O brocardo latino *“ubi societas, ibi jus”* traduz uma verdade quase universal, ou seja, onde existe sociedade, existe Direito.

O insuperável jurista Miguel Reale enunciou o Direito da seguinte forma, *verbatim*:

“Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações e convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores” (*LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO*. 27ª edição, 11ª tiragem – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67).

O Direito, como ciência, estuda as normas de conduta. O mestre Miguel Reale desenvolveu a teoria tridimensional do Direito, segundo o qual o Direito pode ser observado a partir de três aspectos básicos: **a)** um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); **b)** um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e **c)** um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça) (obra citada, pp. 64-65).

Acerca do Direito de Família, o civilista Sílvio de Salvo Venosa (*DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA* – 3ª edição – São Paulo: Atlas, 2003. Coleção direito civil; v. 6. p. 23) afirma que Clóvis Beviláqua definiu de forma perene, *verbo ad verbum*:

“Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela”.

Os festejados professores Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (*CURSO DE DIREITO CIVIL, 2: DIREITO DE FAMÍLIA*. 42ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 16-17) acrescentam uma observação muito pertinente, *ipsis litteris*:

“Nessa definição, apropriada à época de sua formulação, não era referidas as outras espécies de família: a união estável e a comunidade formada pelo pai ou mãe e seus descendentes, que atualmente são reconhecidas pelas Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 226, §§ 3º e 4º”.

Não é preciso maior esforço intelectual para perceber todo esforço de conceituar o Direito de Família está subordinado à compreensão do alcance e do sentido da palavra família.

A família monogâmica é o modelo adotado pela nossa civilização ocidental. Querer destruir a monogamia e pretender elevar ao status de união estável ou casamento as uniões poligâmicas é querer destruir o alicerce da sociedade brasileira, a família. A família é a base do Estado, merecendo proteção estatal e da sociedade civil.

O excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu, *ipsis verbis*:

“COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível

é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina” (STF – RE 590779, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058 RTJ VOL-00210-02 PP-00934 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 33-38 RMP n. 42, 2011, p. 213-219)

O que o chamado “poliamor” quer implantar, sugerindo o reconhecimento de uniões poligâmicas como união estável ou até casamento grupal, na verdade não tem nada de moderno, inovador ou contemporâneo.

O “poliamor” consiste pura e simplesmente no absurdo sob a roupagem do tratamento científico. O neologismo “poliamor” representa flagrante retrocesso, nada mais.

O chamado “poliamor”, ao defender e pregar o ativismo poligâmico não representa nenhum avanço ou progresso para nossa sociedade e muito menos para a família brasileira.

A poligamia defendida pelo “poliamor” é na verdade uma prática superada do período pré-histórico anterior à nossa atual civilização, nos longínquos tempos tribais, da idade da pedra. É claro que

falo da nossa civilização ocidental, pois somos brasileiros e portanto pertencemos à civilização atlântica.

A esmagadora maioria dos brasileiros, independentemente do credo (católico, batista, protestante, franciscano, jesuíta, etc.) é de pessoas cristãs, pois somos provenientes de um país cristão, Portugal, e toda a Europa, assim como as Américas (do Norte, Central e do Sul), são integrantes da civilização ocidental atlântica cristã.

No mundo ocidental o ateísmo é uma minoria.

Atualmente, a poligamia ainda existe apenas em tribos africanas afastadas do contato direto com a civilização e em algumas ilhas do pacífico.

Também são minorias as seitas poligâmicas de inspiração nos Califas do Islamismo poligâmico. Parafraseando o jornalista José Nêumanne Pinto, se com um pai e uma mãe a convivência em família já tem seus desafios, imaginem como seria ter, por exemplo, três pais e quatro mães. E não se pode esquecer das conseqüências desastrosas que a institucionalização da poligamia iria trazer para o nosso direito sucessório, se é que ainda iria sobrar algo para se chamar de Direito Sucessório após o reconhecimento oficial da poligamia sob o sugestivo apelido de “poliamor”.

Ninguém nega a existência do chamado “afeto”, estudado em profundidade desde Freud e depois por Carl Jung. Mas hoje o afeto é assunto de outra área do conhecimento, a Psicologia. Não é possível misturar grandezas imiscíveis.

Assim sendo, o afeto é apenas o elemento básico da afetividade, entendida esta como o **conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza** (NOVO

DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO – 4ª edição, conforme a nova ortografia – verbete “afetividade”).

Só para não deixar o assunto cair no esquecimento, é indispensável reforçar que o modo de vida da nossa civilização contemporânea e ocidental é a família monogâmica e não a poligamia dos tempos tribais pré-históricos. Poligamia, ao contrário do que defendem os teóricos do chamado “poliamor” não é progresso, mas sim retrocesso manifesto. É pretender regredir aos tempos tribais da Idade da Pedra.

A missão do operador do Direito de Família é defender a sua proteção e não sua destruição através da institucionalização da poligamia.

Desconhecer que pertencemos a uma civilização cristã é desconhecer a nossa própria origem.

Como operadores do Direito, não devemos nos deixar seduzir pelos sofismas e pseudo-teorias como o “poliamor”.

É preciso estarmos alertas para evitarmos a incursão de aventureiros com suas pseudo-teorias na seara do Direito de Família.

Bastante exato e acertado é o artigo “Poliamor é negado pelo Supremo e pelo STJ”, de autoria da prestigiada civilista Regina Beatriz Tavares da Silva, disponível no Portal do “Site” de internet “Consultor Jurídico”, cujo endereço eletrônico é <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/regina-beatrizpoliamor-negado-supremo-stj> e foi acessado em 27 de abril de 2015. Remetemos o leitor ao referido artigo citado.

É digno de menção o lapidar julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito, que ressalta a importância da monogamia, textualmente:

“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96.

1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009.

Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012.

2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira.

3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para

configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.

4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis familiar*, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.

5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo

próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles.

8. Recurso especial desprovido” (STJ – REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014)

Por último, mas não menos importante, existe um obstáculo intransponível para o reconhecimento da poligamia (“poliamor”): é que a República Federativa do Brasil, através da Constituição Federal de 1988, confere especial proteção à família, *verbo ad verbum*:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado

propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Não por acaso, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, § 7º, prevê que **“o planejamento familiar é livre decisão do casal”**. Ora, a boa hermenêutica orienta que a Lei não traz palavras inúteis, e mormente em se tratando da Lei Maior do nosso País, a própria Constituição Federal, fica evidente que a família acolhida pela Constituição é a monogâmica, pois a Carta Magna fala em “casal”!

Mesmo que tais considerações não fossem suficientes, ainda existe um grande e relevante aspecto a ser considerado, que é o crime de bigamia, previsto no Código Penal e em pleno vigor. Vale a pena ver o que dispõe o Código Penal, *verbatim*:

“Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”.

Não bastasse a literal disposição do art. 235 do Código Penal (acima transcrito), importa recordar que tal dispositivo penal está situado

sob a rubrica de “Bigamia”. Ora, não é necessário maior esforço de exegese para concluir que num ordenamento jurídico onde a bigamia é criminalizada, o que é feito como forma de defender a monogamia, é forçoso concluir que qualquer tentativa de forçar o reconhecimento de uma união poligâmica é algo no mínimo absurdo e ilegal.

Após as exposições de argumentos acima, bem como diante dos julgados citados, oriundos das mais altas Cortes deste País, não resta outra alternativa a não ser concluir que o badalado “poliamor”, a pretexto de inovar no ordenamento jurídico pátrio, constitui um retrocesso, ou seja, um atraso, um verdadeiro retorno aos tempos da poligamia pré-histórica. A família monogâmica constitui portanto o ponto culminante da evolução do Direito (como ciência) e da sociedade humana (como civilização).

O PLANO NACIONAL DE GERENCIAMENTO COSTEIRO: APONTAMENTOS À LEI Nº 7.661/1988

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Quadra assinalar que a segunda parte do inciso I do §1º do artigo 225 da Constituição de 1988 traz à baila o manejo dos recursos naturais. Cuida reconhecer que o substantivo manejo, acompanhado do adjetivo ecológico, permitem o reconhecimento do caráter técnico-científico no trato dos recursos naturais.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Gerenciamento Costeiro. Plano Nacional.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 O Plano

Nacional de Gerenciamento Costeiro: Apontamentos à Lei nº 7.661/1988.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho,

dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores

adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]: Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o

escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de direito de terceira dimensão encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei N°. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente

consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo

colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito erga omnes, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, ergo, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos

sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, insta mencionar, ainda, que o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[16]. Nesta esteira, o termo

fatores abióticos abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora”[18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis

agasalham aqueles que são “infundáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, caput e §1º, incisos I, III e IV.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”[20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que

atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

4 O Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro: Apontamentos à Lei nº 7.661/1988

Em uma primeira exposição, o PNGC visará especificamente a orientar a utilização nacional dos recursos na Zona Costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural. Para os efeitos da legislação em comento, considera-se Zona Costeira o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definida pelo Plano. O PNGC deverá prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção, entre outros, dos

seguintes bens: (i) recursos naturais, renováveis e não renováveis; recifes, parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais, estuarinos e lagunares, baías e enseadas; praias; promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas; (ii) sítios ecológicos de relevância cultural e demais unidades naturais de preservação permanente; (iii) monumentos que integrem o patrimônio natural, histórico, paleontológico, espeleológico, arqueológico, étnico, cultural e paisagístico.

O PNGC será elaborado e, quando necessário, atualizado por um Grupo de Coordenação, dirigido pela Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar - SECIRM, cuja composição e forma de atuação serão definidas em decreto do Poder Executivo. O Plano será submetido pelo Grupo de Coordenação à Comissão Interministerial para os Recursos do Mar - CIRM, à qual caberá aprová-lo, com audiência do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. O Plano será aplicado com a participação da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios, através de órgãos e entidades integradas ao Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA. O PNGC será elaborado e executado observando normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, estabelecidos pelo CONAMA, que contemplem, entre outros, os seguintes aspectos: urbanização; ocupação e uso do solo, do subsolo e das águas; parcelamento e remembramento do solo; sistema viário e de transporte; sistema de produção, transmissão e distribuição de energia; habitação e saneamento básico; turismo, recreação e lazer; patrimônio natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico.

Os Estados e Municípios poderão instituir, através de lei, os respectivos Planos Estaduais ou Municipais de Gerenciamento Costeiro, observadas as normas e diretrizes do Plano Nacional e o disposto nesta lei, e designar os órgãos competentes para a execução desses Planos. Normas e diretrizes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como limitações à utilização de imóveis, poderão ser estabelecidas nos Planos de Gerenciamento Costeiro, Nacional, Estadual e Municipal, prevalecendo sempre as disposições de natureza mais restritiva. O licenciamento para

parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro.

A falta ou o descumprimento, mesmo parcial, das condições do licenciamento previsto neste artigo serão sancionados com interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da cominação de outras penalidades previstas em lei. Para o licenciamento, o órgão competente solicitará ao responsável pela atividade a elaboração do estudo de impacto ambiental e a apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, devidamente aprovado, na forma da lei. A degradação dos ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira implicará ao agente a obrigação de reparar o dano causado e a sujeição às penalidades previstas no art. 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, elevado o limite máximo da multa ao valor correspondente a 100.000 (cem mil) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Os dados e as informações resultantes do monitoramento exercido sob responsabilidade municipal, estadual ou federal na Zona Costeira compõem o Subsistema "Gerenciamento Costeiro", integrante do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente - SINIMA.

Os órgãos setoriais e locais do SISNAMA, bem como universidades e demais instituições culturais, científicas e tecnológicas encaminharão ao Subsistema os dados relativos ao patrimônio natural, histórico, étnico e cultural, à qualidade do meio ambiente e a estudos de impacto ambiente, da Zona Costeira. Para evitar a degradação ou o uso indevido dos ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira, o PNGC poderá prever a criação de unidades de conservação permanente, na forma da legislação em vigor. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na

Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput do artigo 10 da Lei nº. 7.661, de 16 de maio de 1988[21], que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências. A regulamentação da legislação em comento determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar. Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

_____. Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

_____. Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988. Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

_____. Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 30 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. Boletim Jurídico, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. Jurid Publicações Eletrônicas, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. Jurid Publicações Eletrônicas, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. Boletim

Jurídico, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N° 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 jul. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de

crueidade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

[16] BRASIL. Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

[18] REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. Guia prático de direito ambiental. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

[19] BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III)

- Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e

abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do

regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

[21] BRASIL. Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988. Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.