

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 441

(ano VII)

(16/09/2015)

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

COLUNISTA DO DIA



16/09/2015 Fernando Rubin

» [Efetividade Versus Segurança jurídica: cenários de concretização dos dois macro princípios processuais no Novo CPC](#)

ARTIGOS

16/09/2015 Daniela Sousa Gomes do Amaral

» [O dever de aplicar a regra do teto constitucional com o advento da EC 41/03](#)

16/09/2015 Laércio Vieira Machado

» [Da viabilidade jurídica do exercício da atividade de fomento por particular](#)

16/09/2015 Afonso Tavares Dantas Neto

» [O divórcio sem prévia partilha de bens e seus limites](#)

16/09/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Da Utilização e Proteção da Vegetação Nativa do Bioma da Mata Atlântica: Apontamentos à Lei nº 11.428/2006](#)

16/09/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Da ação de locupletamento ilícito, do direito material e danos morais](#)

16/09/2015 Miranilton Portes Pereira

» [O uso do software livre como fator de economia na Administração Pública](#)

EFETIVIDADE VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA: CENÁRIOS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DOIS MACRO PRINCÍPIOS PROCESSUAIS NO NOVO CPC

FERNANDO RUBIN: Advogado do Escritório de Direito Social. Bacharel em Direito pela UFRGS, com a distinção da Láurea Acadêmica. Mestre em processo civil pela UFRGS. Professor da Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER, Laureate International Universities. Professor Colaborador da Escola Superior de Advocacia - ESA/RS. Professor Pesquisador do Centro de Estudos Trabalhistas do Rio Grande do Sul - CETRA-Imed. Professor convidado de cursos de Pós-graduação *latu sensu*. Colunista e Articulista de revistas especializadas em processo civil, previdenciário e trabalhista.

Resumo: O presente trabalho, em uma primeira análise das grandes novidades trazidas pelo Novo CPC, destaca as formas atuais de concretização, em equilíbrio no processo, dos macro princípios da efetividade e da segurança jurídica.

Palavras-chave: Processo Civil. Efetividade. Segurança Jurídica. Novo CPC.

Abstract: The present paper, in an initial examination of the great innovations brought by New CPC, highlights current forms of the concretion, on balance in the process, of the macro principles of effectiveness and legal certainty.

Key-Words: Civil Procedure. Effectiveness. Legal certainty. New CPC.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. AS CONCEPÇÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA E EFETIVIDADE COMO MACRO PRINCÍPIOS PROCESSUAIS. 3. AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO CÓDIGO BUZAI EM NOME DA EFETIVIDADE PROCESSUAL. 4. O APROVADO PROJETO DO NOVO CPC: UMA TENTATIVA PAULATINA DE REEQUILÍBRIO DO SISTEMA? 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS.

1. INTRODUÇÃO

Em mais um honroso convite para discutirmos os avanços do Projeto para um Novo CPC no país, convertido em Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, buscaremos refletir, nesta passagem, a respeito da aplicação dos macro princípios do sistema processual, *Efetividade e Segurança Jurídica* – não só relacionados ao novo *codex*, mas tratando da aplicação destes ao longo dos últimos períodos, a partir da entrada em vigor do Código Buzaid e passando pelos movimentos de reforma que se seguiram especialmente a partir da primeira metade da década de 90.

É se de notar que houve inegavelmente um movimento legislativo tendente a incentivar o âmbito de incidência do macro princípio da efetividade, ao longo das décadas de reforma do Código Buzaid, sendo que é de se indagar se realmente tal movimento não extrapolou dos seus propósitos, chegando a se montar sistema processual em que a segurança, a qualidade da prestação jurisdicional, não passou a ser seriamente comprometida.

De outro lado, cabe ainda indagar como o aprovado Projeto para um Novo CPC se postou diante dessa realidade processual: de forma a incrementar a necessidade de primazia da efetividade ou em busca de um reequilíbrio do sistema, com avanços em disposições que tratem de concretizar as garantias constitucionais amoldadoras da segurança jurídica?

Eis a relevante e densa tarefa que propomos. Vamos em frente.

2. AS CONCEPÇÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA E EFETIVIDADE COMO MACRO PRINCÍPIOS PROCESSUAIS.

Ao desenvolvermos a nossa obra de Processo Civil, disponibilizada à comunidade jurídica em revista, atualizada e ampliada versão^[1], tratamos diretamente daqueles que seriam os macro princípios do processo civil – *Efetividade e Segurança Jurídica* -, responsáveis por

determinarem a adequada e lógica marcha do processo, tendente a pacificação das relações estremecidas e formação de decisão com o selo do Estado com interessante caráter prospectivo.

O processo precisa transcorrer em duração razoável, mas por outro lado precisa garantir a qualidade da decisão final que irá transitar em julgado. Não pode haver, na realidade, uma supremacia flagrante de um macro princípio em relação a outro, sob pena de restar configurado desequilíbrio indevido que compromete a razão de ser do processo. A bem da verdade, se analisarmos com maior cuidado o conflito aparente entre os macro princípios processuais, devemos definir que a prioridade é pela segurança jurídica, já que realmente antes de qualquer coisa o processo precisa devolver legitimidade aos litigantes envolvidos, oferecendo decisão justa e fundamentada, após todos os trâmites possíveis e necessários para se atingir tal desiderato.

Nesse diapasão, o nosso estudo do instituto da preclusão serviu-nos para aprofundarmos essa questão da busca pela harmonização dos macro princípios narrados, admitindo-se a complexidade da análise: estabelecendo prazos/oportunidades para a realização de atos processuais, presta-se a preclusão para inviabilizar a eternalização da lide e a sua completa desordem, possibilitando a partir daí que o cidadão, ao se ver como parte de uma demanda judicial, saiba previamente o caminho (rito) a ser percorrido, com as ponderações estabelecidas pelo instituto^[2]. Nessa concepção, torna-se necessário o estudo da “preclusão” juntamente com o que se tem por “procedimento”, extraindo-se desse cenário uma primeira definição de segurança jurídica, qual seja, a de previsibilidade e inalterabilidade das disposições processuais a serem seguidas nos feitos em geral.

Forma-se, assim, um sistema em que efetividade, segurança e preclusão estão todos colocados em uma mesma direção, em que cabível aplicação conjugada desses institutos de maneira harmônica: toda demanda judicial deve seguir um procedimento (rito previamente estabelecido em lei), pautado pelo instituto da preclusão (que determina

o fechamento de uma etapa do feito e o início de uma posterior – numa marcha dinâmica, sempre para frente), tudo a determinar efetividade (na prestação jurisdicional) e segurança jurídica (para as partes litigantes e demais eventuais terceiros interessados).

Nessa primeira acepção, a segurança jurídica (conferida pelo enfeixamento do “procedimento” com a “preclusão”) consolida o princípio da não-surpresa, já que as partes litigantes, em linhas gerais, passam a saber previamente como se desenrolará o feito, e assim como devem se pautar, em cada oportunidade processual, para garantir melhor sorte no juízo final[3]. Em todas as fases processuais (postulatória, saneadora, instrutória, decisória, recursal e executória) far-se-á presente, em maior ou menor escala, o instituto da preclusão, e como consequência de sua aplicação a inviabilidade de ser suscitada ou enfrentada pelas partes matérias jurídicas a destempo ou ser revisado pelo julgador tema sobre o qual já se posicionou sem irresignação tempestiva[4] – o que vem ao encontro da proteção do cidadão (como parte) de atos arbitrários, respectivamente, do outro litigante e/ou do próprio Estado-juiz.

Contudo, não sendo unívoco o termo segurança jurídica no plano processual, tem-se que da própria noção de procedimento, deduz-se outro significado do termo, esse bem diverso do anterior exposto, e que se coloca de encontro aos ideais de efetividade e do instituto de preclusão, como moldado pelo legislador adjetivo[5].

É essa a concepção de segurança jurídica que mais nos interessa no presente ensaio. Ocorre que, no rito – conferidor de previsibilidade ao processo a ser desenvolvido perante uma autoridade judiciária – devem estar incorporadas garantias constitucionais a serem criteriosamente respeitadas, e sem as quais não se chegará à decisão final válida e cogente[6]. Tratam-se aqui dos corolários do devido processo legal, cabendo maior relevo ao contraditório e a ampla defesa – na qual a garantia ao “direito prioritário à prova”, na expressão feliz muito utilizada por Eduardo Cambi, se insere (art. 5º, LIV, LV e LVI da CF/88)[7].

Os elementos integrantes da cláusula do “due process” são vitais para se chegar a uma decisão justa no caso concreto, conferindo legitimidade à sentença estatal a ser pronunciada. Se a existência de um procedimento, por si só, é importante para trazer previsibilidade à demanda (garantia formal – a almejar e a conferir organização e disciplina ao feito), também são as garantias inerentes ao devido processo legal, verdadeiros direitos fundamentais das partes no processo[8], a integrarem o procedimento (garantia material - a almejar e a conferir justiça e paz social no feito[9]). Assim, imprescindível que seja adotado um conjunto de medidas processuais para que se atinja decisão minimamente aceitável, não se tolhendo essas medidas em face de uma sumariedade de rito (a estabelecer uma efetividade perniciososa).

Vinculada então as garantias processual-constitucionais integralizadoras do “due process”, apresenta-se a segurança jurídica no sentido de uma certeza (maior) do direito a ser confirmado ou negado; ou previsibilidade (tanto maior quanto possível) da decisão judicial de mérito a ser tomada. Essa é uma concepção que articula segurança e devido processo afastando-se, a priori, da preclusão e da efetividade[10].

Com essa segurança jurídica, conformada a partir de um conteúdo básico a dar corpo ao rito (cláusula do “due process”), não há a pretensão de se estabelecer uma previsibilidade absoluta e matemática do futuro resultado a ser contido na sentença[11], mas sim busca-se aumentar as chances das partes receberem o que é seu por direito, reduzindo, por outro lado, a possibilidade de ocorrência de atos arbitrários do órgão julgador.

Daí já se pode deduzir abstratamente que quanto maior possibilidade se concede no processo (mesmo contra o estrito teor do texto adjetivo) para o estabelecimento do contraditório/ampla defesa (v.g., aumentando-se as oportunidades do direito a provar), maior segurança se terá no que toca à certeza do direito (invocado ou defendido) e por consequência à previsibilidade da decisão judicial a ser tomada em sentença; mas, por outro lado, por maior lapso temporal se desenrolará a

demanda, sendo possível verificar-se eventualmente uma relativização do rito (nos termos previstos em lei), e por conseqüência da técnica da preclusão bem como da segurança jurídica na primeira acepção vazada[12].

Em termos de aplicação do *complexo valorativo segurança*, Rizzo Amaral confere especial ênfase à primeira acepção trabalhada (o que entende como sinônimo de previsibilidade, não surpresa, respeito à lei, confiança legítima, clareza e conhecimento das regras jurídicas), embora reconheça, aquilo que entendemos como essa outra grande acepção da segurança jurídica – essencial, frise-se, para o raciocínio que se desenvolve neste ensaio. Nesse diapasão registra expressamente que “também a pesquisa sobre os fatos e, assim, a busca da verdade (ainda que relativa) surge como importante elemento da segurança jurídica”. [13]

Ainda nesse (segundo) sentido de segurança – o que confirma a possibilidade de sua análise dentro de um compartimento próprio – destaca Rizzo Amaral a importância do “conjunto probatório” para o processo, o qual não poderia assumir papel secundário, cedendo demasiado espaço para a argumentação (*rectius*: retórica) e para a aparente coerência interna da decisão judicial. [14] Em semelhante contexto, louva-se a abordagem de Daniel Mitidiero – muito próxima da linha, já exposta, de Cambi – ao ressaltar que se impõe contemporaneamente a ideia de processo cooperativo e de “direito fundamental à prova no processo civil” [15]; sentido esse que no direito italiano contemporâneo está bem consolidado, dentre outros, em Comoglio e Marelli [16].

3. AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO CÓDIGO BUZOID EM NOME DA EFETIVIDADE PROCESSUAL.

Não obstante tenhamos, desde já, defendido a necessidade de um sistema processual que não deixe sobremaneira de valorizar a importância da segurança jurídica – especialmente na segunda

acepção discutida no presente ensaio – forçoso reconhecer que o originário sistema projetado por Alfredo Buzaid, o CPC/1973, tinha estrutura demasiadamente voltada para a garantia dessa segurança jurídica, razão pela qual passou a sofrer sensíveis mudanças a partir de momento histórico em que a exigência pela efetividade passou a assumir maior robustez.

O Código Buzaid, efetivamente vigendo no Brasil desde 1974, restou dividido, em termos de esquema para tutela dos direitos, em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar. A relativa autonomia dos títulos é evidente, cabendo destaque central ao processo de conhecimento, já que a execução e a própria medida cautelar mantêm vinculação direta com o resultado esperado daquele – tudo repercutindo na ordem lógica e cronológica seguida pelo Código. E dentro do processo de conhecimento, embora previsto o rito comum sumário, destaca-se o rito comum ordinário, especialmente projetado para prolação de sentença de mérito pelo Estado-juiz após cognição plena e exauriente – ultrapassadas, na sequência, a fase postulatória, saneadora e instrutória[17].

A respeito dessa estrutura geral montada pelo Código Buzaid é oportuna a detida investigação elaborada por Mitidiero, em que, ao qualificá-lo como “individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica”, explicita que o rito comum ordinário do processo de conhecimento só permite a decisão da causa após amplo convencimento de certeza a respeito das alegações das partes; sendo que tal concepção formatada pelo Código, na sua parte central, presta tributo a uma das ideias centrais das codificações oitocentistas, qual seja, a *certeza jurídica*, imaginada a partir de expedientes processuais lineares e com possibilidade de amplo debate das questões envolvidas no processo[18].

Passando-se mais de vinte anos da entrada em vigor do Código Buzaid, operou-se natural modificação da sociedade, o que repercutindo no processo acabou por determinar a obrigatoriedade

de retificações no modelo originário. É de se reparar que essas grandes alterações no CPC/1973 não se deram imediatamente após a entrada em vigor da novel carta constitucional, em 1988, o que aponta, *s.m.j.*, para certa naturalidade do fenômeno de compatibilização da ordem infraconstitucional processual com a ordem constitucional que emergia – tudo a depor favoravelmente ao modelo vigente a partir da década de 70. De fato, principalmente pelo art. 5º da CF/88 foram positivados determinados valores/princípios processuais que não estavam, quem sabe, devidamente explicitados no Código Buzaid, mas que nem por isso eram solenemente ignorados em período anterior à vigência da última Carta Magna.

Não houve, portanto, qualquer ruptura dramática no CPC/1973 com a entrada em vigor da CF/88, e nem mesmo com as reformas ao código desenvolvidas posteriormente. Grosso modo, o que se presenciou foi uma adaptação do modelo Buzaid, com forte carga de defesa à segurança jurídica (*rectius*: certeza jurídica), às reivindicações contemporâneas de um processo efetivo, mais preocupado com o resultado do que com a forma utilizada.

Na grande e eterna tensão entre Segurança e Efetividade^[19], ao que parece formou-se a convicção de que o CPC/1973 tinha um sistema processual bem acabado/articulado, mas demasiadamente burocrático (com as suas estanques e prolongadas fases de conhecimento, execução e cautelares) – e que, por isso, não atingia em boa parte dos casos os seus propósitos derradeiros, em tempo útil. Assim, a referida onda reformista, implementada já na primeira metade da década de 90, voltava-se para a busca incessante da efetividade – o que, ao fim e ao cabo, confirmou-se com a inclusão, já em 2004, do inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88 (a tratar do direito do cidadão brasileiro à razoável duração do processo^[20]).

As reformas estruturais no sistema processual pátrio de 1973 começaram realmente a se definir em meados da década de 90, com o desenvolvimento das tutelas de urgência, objeto de alteração do art. 273

do CPC, a partir do seu caput – sendo que em período próximo seguiram-se alterações na seara recursal (com destaque ao regime do Agravo), deu-se a criação da ação monitória (com a construção do art. 1102-A e ss.), seguiram-se alterações nas obrigações de fazer (de não fazer e de entrega de coisa, com introdução dos arts. 461 e 461-A no CPC), passando por mudanças na parte de execução (especialmente a partir da implementação do art. 475-A e ss.), na admissibilidade de recursos repetitivos pelas últimas instâncias (com a criação dos conceitos de repercussão geral e seleção de recursos representativos da controvérsia, nos termos do art. 543-A e ss.) e aproximação das linhas de contato das cautelares com as tutelas de antecipação do mérito (com a introdução do § 7º no já aludido art. 273 do CPC).

Certo que reformas pontuais ao Código foram verificadas em momento até anterior, sendo constantemente lembradas as alterações em matéria de perícia judicial, ocorrida em 1992[21]. De qualquer forma, 1994 foi ano extremamente importante pelo acolhimento pela legislação adjetiva da tutela antecipada de mérito, ocorrendo depois reformas múltiplas, como as acima narradas. Ainda nesse contexto, merece especial realce as reformas estruturais ocorridas em 2006, especialmente na execução de sentença – tratando-se de mais um delicado tema que veio para trazer modificação substancial ao sistema arquitetado por Buzaid.

Explique-se: pela reforma de 1994, cogita-se de ser relativizada a segurança jurídica em nome da efetividade do direito pleiteado (sendo concedida prestação de mérito, em fase procedimental ainda inicial – postulatória, muito longe da fase de cognição exauriente – decisória)[22]; e pela reforma de 2006, cogita-se, em nome do *sincretismo*, de ser relativizada a grande divisão dos processos em conhecimento e execução[23], passando esta a ser um incidente daquele (com a minoração do leque de defesas/recursos do executando, sendo inclusive substituída a robusta expressão “embargos à execução” pela menos sintomática “impugnação à execução”)[24].

Ademais, não podemos deixar de lembrar que fora do âmbito do CPC/1973 foram também construídas alterações, via legislações esparsas, que passaram a modificar a estrutura arquitetada por Buzaid. Um Código com visão marcadamente individualista (voltado à proteção dos direitos individuais), forjado para a solução de litígio de A contra B, seguramente haveria de ser complementado com disposições (*rectius*:procedimentos especiais) que tratassem de processos envolvendo a defesa de direitos coletivos e difusos. Disposições referentes aos *processos coletivos latu sensu*, previstos, *v.g.*, no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), na Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e mais recentemente no Mandado de Segurança (Lei nº 12.2019/2009), são exemplos expressivos desse movimento retificador tendente a buscar uma mais célere solução do direito material para um rol mais alargado de indivíduos[25].

Por fim, há de se retomar o desenvolvimento de novos ritos fora do sistema do CPC/1973, sendo costurados os formatos dos Juizados Especiais, especialmente pelas Leis nº 9.099/95 e 10.259/2001, a partir da formação de um rito denominado *sumaríssimo*, que acabou por sepultar de vez o rito sumário previsto por Buzaid. O rito dos juizados especiais trata-se de *iter* direcionado ao atendimento do jurisdicionado, propiciando rapidez no trâmite processual e eliminação de formalidades do processo comum (*v.g.*, afastando o reexame necessário e instituindo a igualdade de prazos)[26]. A instalação pioneira do processo eletrônico, na Justiça Federal, também veio nesse mesmo diapasão, concretizando o direito à duração razoável do processo[27] – buscando acelerar a tramitação dos feitos, eliminando os prazos mortos e otimizando a tramitação regular das demandas[28].

1. O APROVADO PROJETO DO NOVO CPC: UMA TENTATIVA PAULATINA DE REEQUILÍBRIO DO SISTEMA?

Após acompanharmos os avanços do Projeto para um Novo CPC no período de 2010-2015, necessário registrarmos que se em um momento

inicial foram visualizadas mais disposições tendentes a incrementar a efetividade no processo – como a sumarização de procedimentos, a antecipação da tutela pela demonstração da evidência do direito do autor, a atenção às decisões das cortes superiores (precedentes) e os julgamentos por amostragem; foram depois sendo acompanhadas mudanças que, *s.m.j.*, indicam também importante preocupação com a segurança jurídica (na segunda acepção por nós trabalhada) – como a exigência de contraditório prévio, a obrigação de mais ampla fundamentação das decisões judiciais, a previsão de um acordo de procedimento entre as partes litigantes e a maior liberdade para a produção de provas na fase instrutória.

Começando a tratar mais detidamente do Projeto de Lei 8046/2010 para um novo CPC brasileiro importante o registro inicial de que há algumas similitudes da proposta pátria com o modelo de reforma implementada na Itália, através da lei 69/2009.

Pelo Projeto há opção pela simplificação e rapidez de um “procedimento sumário de cognição” em oposição a um rito de “cognição plena e exauriente”; situação exata que se deu, no direito comparado, pela introdução da lei processual italiana 69/2009 – que tratou da última grande reforma ao CPC italiano/1940[29] – *sul procedimento sommario di cognizione e prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell’istruzione della causa Versus la cosiddetta cognizione piena ed esauriente*[30].

Ao que parece, então, o modelo italiano que já havia sido uma forte inspiração para a constituição e remodelação do Código Buzaid (lembrando que as grandes alterações do Código italiano de 1940 deram-se justamente entre 1990-1995[31]), passa a ser também para a sua mais ampla retificação, de acordo com o texto da reforma introduzida pela Lei 69/2009.

Mas as similaridades não param por aí. Também na Itália, como ocorreu por aqui, sucedeu-se reação de parte da doutrina em razão do

teor da reforma do sistema processual – sendo por lá da mesma forma denunciada a esquizofrenia legislativa *che non aiuta gli operatori del diritto e che non reca certo beneficio al funzionamento della gistizia civile* bem como criticada a rapidez exagerada na implementação de reformas importantes *senza un adeguato approfondimento e un serio confronto, che deve coinvolgere non solo la dottrina, ma tutti gli operatori del diritto*[\[32\]](#).

Há de se reconhecer, no entanto, por aqui, que o Projeto de Novo CPC depois de passar muito rapidamente pelo Senado, teve melhor discussão na Câmara Federal, onde seguiu até o segundo semestre de 2014, para votação dos destaques finais, depois de amplo debate a respeito do texto central[\[33\]](#).

Entendemos como positiva a apresentação inicial de uma sistematização da teoria geral do processo, nos doze primeiros artigos do Projeto, com disposições claras de processo constitucional (em capítulo denominado “Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil”), resultado do “profundo amadurecimento do tema que hoje se observa na doutrina processualista brasileira”[\[34\]](#).

A partir desses dispositivos é explicitado o contemporâneo pensamento processual a respeito da proximidade do texto adjetivo com a lei maior, além de serem externadas exigências mais atuais no processo civil como a da formação de contraditório prévio anterior à decisão judicial sobre ponto ainda não discutido entre as partes, ainda que se trate de matéria sobre a qual possa o julgador decidir de ofício.

Fica claro, pelo texto do Projeto aprovado, que as partes não podem ser surpreendidas, sendo oportunizado que se manifestem sobre qualquer tema, de ordem pública ou não, antes que o Estado-juiz decida a respeito[\[35\]](#) – situação fundamental para a proteção das partes, que já vinha sendo denunciada anteriormente pela doutrina[\[36\]](#). Especialmente quanto às matérias de ordem pública, o julgador deve então sinalizar para qual tema pode vir a reconhecer “ex officio”, abrindo prazo para as partes

se manifestarem a respeito desse novel possível encaminhamento – v.g.:matéria prescricional; ainda, quando do trato dos recursos em espécie, o Projeto explicita mais uma vez a linha do “contraditório prévio”, ao tratar de eventual efeito modificativo do julgado em declaratórios.

Na Câmara Federal, foi apresentada uma nova versão do Projeto para o Novo CPC, a qual em comparação com o Projeto inicial do Senado – parece realmente ser fruto de maior diálogo com o meio jurídico[37]. Percebe-se, ademais, que os participantes das reformas no Projeto possuem bom conhecimento e vivência no meio processual, compreendendo que se pode fazer o possível dentro do lapso regulamentar concedido, como também de que a melhora na letra da lei adjetiva deve vir acompanhada de melhor aparelhamento do Poder Judiciário e treinamento intenso dos operadores do Direito – inclusive para enfrentar a irremediável instalação do processo eletrônico, bem como deve ser forjada verdadeira cultura (jurídica) de colaboração e de boa fé dentro da relação jurídica processual.

Com relação a uma real novidade da Parte Geral do Código, proposta na Câmara Federal, emerge a possibilidade de atuação mais pró-ativa dos advogados das partes em escolher, em paridade de condições e forças, os meios probatórios lícitos que darão forma à fase instrutória.

Se é verdade que o Projeto do Senado conferiu ao Estado-juiz poderes para prorrogar prazos e inverter a ordem das provas – o que nos faz crer que os prazos na fase instrutória deve ser compreendidos como de natureza dilatória (não passíveis de preclusão automática), a fim de que se corporifique efetivamente o direito constitucional e prioritário à prova, coube à Câmara acoplar a esse sistema, em matéria de direitos disponíveis, a possibilidade de as partes atuarem para melhor aproveitamento da fase instrutória, a fim de que o julgador tenha melhores subsídios para proferir decisão de mérito – sem que tenha de se utilizar das malfadas regras (de julgamento) do ônus da prova. Quem melhor que as partes litigantes para saberem dos reais pontos controvertidos e da melhor forma de produzir provas a respeito da

controvérsia para que finalmente o agente político do Estado diga então com quem está o direito?

A novidade apresentada vem denominada de acordo de procedimento, permitindo que as partes possam, em certa medida, regular a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais e dispor sobre os ônus que contra si recaiam; o enunciado ora proposto admite a adaptação procedimental, mas a adaptação não é aceita aqui como resultado de um ato unilateral do juiz, e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador em situações excepcionais.

De comum acordo, assim[38], o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento, objetivando ajustá-lo às especificidades da causa, fixando, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais – mormente, pensamos, os atos probatórios referentes à realização de perícia técnica e coleta de prova oral em audiência.

Também o Projeto aprovado, em momento mais adiante, ao trata dos elementos essenciais da sentença, estabelece corretamente que o juiz é obrigado a fundamentar adequadamente a sua decisão; não se considerando fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento[39].

Pois bem. Embora devamos reconhecer avanços no estudo e lapidação do Projeto para um novo CPC – quando da comparação do Projeto na Câmara Federal com o primeiro Projeto destacado no Senado Federal – percebeu-se falta de consensos em temas importantes[40], o que fez com que a Câmara Federal, em 2013, e o Senado, quando novamente debateu o Projeto no final de 2014, tenha adiado novas importantes etapas de discussão e votação.

Notadamente no rito de cognição, causa espécie a falta de um norte seguro nas discussões em relação a temas relevantíssimos[41]. Nesse diapasão, se é bem verdade que o *agravo retido* sempre fora tratado como recurso extinto pelo Projeto, a discussão a respeito da sorte dos *embargos infringentes* persistiu. Na contramão da última versão do Projeto na Câmara Federal, que mantém no ponto a solução adotada pelo Senado, ratificamos a nossa preocupação com a supressão de importante recurso que inegavelmente se mostra oportuno para o reexame das questões fáticas. Em inúmeras matérias dessa ordem, muitas delas com efeito prospectivo considerável, importante se dar à instância “ad quem” a possibilidade de reexame fático minudente, com formação mais sólida da posição do Tribunal em relação aos temas, por meio de seu Grupo Cível.

Por certo, projeta-se, ao menos, solução intermediária para que os efeitos práticos do aludido recurso sejam preservados, conforme redação final do art. 942 da Lei nº 13.105/2015. Isto porque se percebeu – mesmo dentro da magistratura – quão polêmica figura-se a mera supressão dos embargos infringentes do regime processual[42]. Em outros termos, o fim dos embargos infringentes deve vir acompanhado da inserção de uma técnica de julgamento em que novos magistrados serão chamados se houver decisão por maioria, independentemente de manifestação das partes – o que se de um lado permite maior debate no Tribunal, do outro trará uma série de problemas burocráticos no cotidiano forense, que podem até mesmo desestimular a divergência pelos magistrados[43].

Da mesma forma lamentamos a possibilidade de *instituição de honorários recursais ex officio*, na forma mantida pelo art. 85 da Lei nº

13.105/2015: a ideia é a de que a cada recurso improvido o sucumbente reste condenado a pagar honorários adicionais que, no todo, não poderão ultrapassar os 20% do valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos. A crítica, que fazemos nesse espaço, cinge-se a possibilidade dessa majoração oficiosa de honorários especialmente pela segunda instância ordinária, já que acreditamos estar-se, dessa forma, infringindo o *princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*; além disso, outro grande princípio processual acaba sendo maculado com essa inovação, qual seja, o *princípio da vedação a reformatio in peius*.

Em matéria de provas, após comemorarmos avanço significativo com relação à disposição contida no art. 139 que autoriza, na instrução, a dilação de prazos a fim de que seja feita determinada prova (inciso VI), passamos a acompanhar com preocupação um acréscimo regulando que a dilação de prazo somente pode ser determinada pelo juiz antes do início do prazo (parágrafo único)[44]. Nesse ponto, para a nossa feliz surpresa, houve nessa votação final avanço positivo, sendo adequadamente modificado o dispositivo para o seguinte: a dilação de prazo prevista somente pode ser determinada antes de *encerrado* o prazo regular[45] (grifo nosso).

Ainda: após comemorarmos a inclusão da matéria de provas no rol do recurso de agravo de instrumento[46], passamos a acompanhar com preocupação a sua exclusão na versão final do substitutivo encaminhado à discussão e votação no Plenário da Câmara Federal – solução desastrosa, que se manteve no último relatório finalizado em 2014 pelo Senado Federal – art. 1015[47]. No mesmo último relatório também se sucedeu indevida, no nosso entender, exclusão do *protesto anti-preclusivo* – técnica adequada para embargo imediato e simplificado de decisões interlocutórias de menor gravidade, especialmente envolvendo matéria probatória, na forma como historicamente desenvolvida na Justiça Laboral[48].

Vê-se, portanto, que em matéria probatória articulada com a recursal, o Projeto aprovado apresenta solução extremamente temerária, ao passo que não há previsão de qualquer recurso típico imediato – agravo de instrumento ou mesmo protesto anti-preclusivo – diante de indeferimento de provas.

Por fim, a respeito da constatação de inexistência de uma gama de dispositivos no Projeto tratando dos processos coletivos, destacava-se, ao menos, a previsão, contida no art. 333, no sentido de ser autorizada mesmo que excepcionalmente a “conversão da ação individual em ação coletiva” (decisão interlocutória gravosa que desafiaria Agravo de Instrumento), quando constatada na petição inicial da ação individual pedido que I – tenha alcance coletivo (direito coletivo ou difuso), em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; ou II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

A disposição acabou sendo objeto de veto presidencial[49].

Tratava-se, no nosso entender, de questão interessante, embora inegavelmente complexa, que se colocava a favor da efetividade, mas que não trazia sério prejuízo à segurança jurídica; muito pelo contrário, buscava dar maior certeza ao direito a ser reconhecido para um número maior de jurisdicionados, garantido, como se espera, o devido processo legal e os seus oportunos corolários[50].

Seja como for, em outras disposições do Projeto pode-se presenciar essa peculiar circunstância, em que não se denota confronto direto entre os macro princípios processuais – nesse sentido, especialmente, temos as disposições referentes à implementação, mesmo que paulatina, do processo eletrônico (havendo capítulo no Projeto denominado “da prática eletrônica de atos processuais”); a possibilidade

de apresentação de peça recursal mesmo antes do prazo legal (sem riscos para o causídico de ser declarada a intempestividade da irresignação); a possibilidade de ser desnecessária a ratificação do recurso encaminhado às instâncias excepcionais, se o recurso de embargos de declaração da parte contrária acabar sendo rejeitado (nessa hipótese em que os aclaratórios acabam interrompendo o prazo de interposição de outros recursos, por qualquer das partes)[51]; a possibilidade do voto vencido servir expressamente para fins de prequestionamento (o que evita que o procurador tenha que interpor embargos de declaração diante de acórdão para o fim específico de prequestionamento); e a determinação de que o juízo de admissibilidade recursal só ocorra perante o *Tribunal ad quem* (sendo liberado o *Juízo a quo* de responsabilidade prévia a respeito, como ocorria nos termos do atual art. 518 do CPC/1973)[52].

Vê-se dos exemplos supra que realmente muito tem a ser estudado e interpretado, diante de Projeto que, ao longo dos seus 5 anos de efetiva tramitação no Congresso Nacional, acabou tendo sua redação alterada em vários dispositivos a cada troca de relatoria e votação até o momento derradeiro de aprovação e encaminhamento à sanção presidencial (ainda sofrendo alguns vetos).

Como tivemos o interesse em demonstrar em linhas gerais, o Projeto do Novo CPC, com muitos avanços e alguns retrocessos – aqui incluindo o veto presidencial relacionado à conversão da ação individual em coletiva e relacionado à sustentação oral em agravo interno, acabou nas suas versões mais contemporâneas agregando mais disposições garantidoras do macro princípio da segurança jurídica, buscando assim, no nosso entender, equilibrar um pouco mais o sistema – que vem desde o período das reformas ao CPC/1973 (1994-2010) sendo formatado manifestamente em prol da efetividade processual[53].

Ratificamos que essa preocupação é legítima e coloca o Projeto aprovado em melhores condições de ser utilizado, já que se corporifica como sistema mais harmônico, em que se busca, mesmo a conta gotas, (re)estabelecer-se um equilíbrio entre os macro princípios processuais.

Tal cenário, a favor da segurança jurídica, acabou se confirmando em período mais recente com votações na Câmara Federal para a vedação de eficácia plena e imediata à sentença de primeiro grau – sendo garantido, no nosso entender, o importante efeito suspensivo ao recurso de apelação como regra geral[54].

Quanto à polêmica restrição ao direito à “penhora on line”[55], houve reformulação, pelo Senado Federal, de anteriores limitações da medida gravosa a fases pré-executivas, sendo expressamente registrado, no entanto, que a indisponibilidade se limita ao valor indicado como devido[56]– o que evita excessos em nome de eventual açodado movimento de concretização da penhora.

De qualquer forma, conforme observado mais acima, especialmente em relação ao cenário recursal e probatório, há, sem dúvidas, espaço para melhores ajustes exegéticos, a fim de que a segurança jurídica ganhe ainda mais destaque, retomando o seu devido espaço como primeiro macro princípio orientador do sistema processual – garantidor, antes de qualquer outra coisa, de um processo qualificado[57], em que preservadas e plenamente corporificadas as garantias processuais dos jurisdicionados a um processo justo.

Sigamos, pois, acompanhando e estudando os movimentos de reforma processual, sempre com a convicção de que de nada adianta mudar as leis (processuais) se não há modificação/sensibilidade do homem (jurista) que as aplica.

Mais: persistimos convictos de que o novo código deve necessariamente vir acompanhado especialmente de investimentos em cartórios judiciais, com autorização para o aumento do número de julgadores e de servidores do Poder Judiciário, para que se possa realmente bem atender à população que clama pela realização de justiça e nova postura político-social do Judiciário pátrio – questão complexa essa, que evidentemente não será resolvida simplesmente com a

projetada mudança legislativa e o desejado (re)equilíbrio entre as forças da efetividade e da segurança jurídica no campo adjetivo.

1. **CONCLUSÃO.**

A velha tensão entre os macro princípios processuais – *Efetividade e Segurança Jurídica* – persiste nesse momento de discussão, votação e aprovação de um Novo CPC para o Brasil (2010-2015). Se em um outro momento histórico, da entrada em vigor do Código Buzaid, CPC/1973, a Segurança Jurídica tinha o seu lugar de destaque, as reformas que se seguiram, no período de 1994-2010, tratam de inverter a ordem das coisas, dada a necessidade de serem implementadas medidas a favor de um processo com duração razoável, chegando a se estabelecer tal determinação no art. 5º da CF/88, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Os primeiros passos do Projeto, no formato aprovado de plano no Senado, indicavam para uma predominância do complexo valorativo efetividade, sendo que aos poucos, com o aumento do debate, especialmente na Câmara Federal, notou-se a presença de alguns ricos dispositivos que se colocam claramente a favor da segurança, no sentido de se dar não só maior previsibilidade ao rito, mas principalmente determinar uma qualidade maior da prestação jurisdicional, aumentando o grau de certeza quanto ao provimento final de mérito a ser encaminhado pelo Estado-juiz.

A exigência de contraditório prévio, a obrigação de mais ampla fundamentação das decisões judiciais, a previsão de um acordo de procedimento entre os contendores e a maior liberdade para a produção de provas na fase instrutória são exemplos interessantes nesse sentido.

Ademais, oportuno registrar que determinadas valiosas novidades no Projeto se colocam a favor da segurança, mas não chegam a comprometer a efetividade processual: como as disposições referentes à implementação, mesmo que paulatina, do processo eletrônico; a

possibilidade de apresentação de peça recursal mesmo antes do prazo legal; a possibilidade de ser desnecessária a ratificação do recurso encaminhado às instâncias excepcionais, se o recurso de embargos de declaração da parte contrária acabar sendo rejeitado; a possibilidade do voto vencido servir expressamente para fins de prequestionamento; e a determinação de que o juízo de admissibilidade recursal só ocorra perante o *Tribunal ad quem*.

Alguns retrocessos, é bem verdade, foram verificados no último período no Senado Federal, como notadamente a da inexistência de previsão de agravo de instrumento quando do indeferimento de provas em juízo; e também quando do veto presidencial, especialmente em relação à sustentação oral no agravo interno. De qualquer forma, acreditamos que ajustes poderão ser efetuados pelos operadores do direito na exegese do texto aprovado, de acordo inclusive com a Constituição Federal – especialmente no cenário probatório.

Concluimos acreditando que após um longo período, de reformas ao CPC/1973, em que a efetividade processual reinou praticamente sozinha – especialmente na mente do legislador processual – chega-se o momento de permitir maior amadurecimento das disposições tendentes a primazia da segurança jurídica, notadamente nas esferas recursais e probatórias, como descrito ao longo do ensaio, a fim de serem preservadas e plenamente corporificadas as garantias processo-constitucionais dos jurisdicionados a um processo qualificado e justo.

REFERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “A garantia do contraditório” in *Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis* 1(1998): 7/27.

— —. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

— —. “Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica” in *AJURIS* n° 35 (2008): 57/71.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. “Reforma processual: 10 anos” in *Revista Forense* n° 362 (2002):15/23.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARBOSA, Rui. *A constituição e os atos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida.

BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Curso de direito processual do trabalho – de acordo com o Projeto do Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 2ª Tiragem.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “Efetividade do processo e técnica processual” in *Ajuris* (64): 149/161.

BARROSO, Luis Roberto. “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo” in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros* n° 94 (2000): 79/97.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado – O processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BUZAID, Alfredo. “Linhas fundamentais do sistema do código de processo civil brasileiro” in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002. p. 31/48.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CAPPONI, Bruno. “Note sul procedimento sommario di cognizione”. Extraído do site *Judicium Saggi*. Acesso em: 08 nov. 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Preclusioni istruttorie e diritto alla prova” in *Rivista di Diritto Processuale* n° 53 (1998): 968/995.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* n° 38 (2010): 05/33.

DALL’ALBA, Felipe Camilo. *Curso de juizados especiais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DELLORE, Luiz. *Novo CPC: 5 anos de tramitação e 20 inovações* in <http://www.portalcarreirajuridica.com.br/noticias/novo-cpc-5-anos-de-tramitacao-e-20-inovacoes>. Acesso em 01.03.2015.

FACHIN, Luis Edson. “Segurança jurídica entre ouriços e raposas” in *Revista eletrônica Carta Forense* - <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/seguranca-juridica-entre-ouricos-e-raposas/11727>. Acesso em 01.03.2014.

FAZZALARI, Elio. “Procedimento e processo (teoria generale)” in *Enciclopedia del diritto*, n° 35 (1986): 819/835.

FÉLIX JOBIM, Marco. *O direito à duração razoável do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 2ª ed.

FURTADO COELHO, Marcus Vinícius. “O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança” in *Revista de Processo* n° 185 (2010): 146/50.

GOERGEN, Jerônimo – coordenador. *A reforma do CPC: combate à massificação do processo*. Brasília: Câmara Federal, 2013.

GUARNERI, Giuseppe. “Preclusione (diritto processuale penale)” in *Novíssimo Digesto Italiano*, XIII. Napoli: Utet, p. 571/577.

GUEDES, Jefferson Carús; DALL’ALBA, Felipe Camillo; NASSIF AZEM, Guilherme Beux; BATISTA, Liliane Maria Busato (organizadores). *Novo código de processo civil. Comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LACERDA, Galeno. “O código e o formalismo processual” in *Ajuris* n° 28 (1983): 7/14.

LUPOI, Michele Angelo. “Recent developments in italian Civil Procedure Law” in *Civil Procedure Review*, v.3, n.1: 25-51, jan.-apr., 2012.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo – de acordo com o Projeto de novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: CEDAM, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. “A resignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos” in *Revista CEJUR* n° 27 (2004): 110/120.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

— —. “O processualismo e a formação do Código Buzaid” in *Revista de Processo* n° 183 (2010): 165/194.

NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006.

PRUDENTE, Antônio Souza. “Poder judiciário e segurança jurídica” in *Revista de informação legislativa* n° 115 (1992): 571/580.

PUNZI, Carmine. “Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie” in *Rivista di diritto processuale*, Ano 64, segunda série, nº 5 (2009): 1197/1239.

ROQUE, André Vasconcelos. “Execução no novo CPC: mais do mesmo?” in <http://jota.info/execucao-novo-cpc-mais-mesmo>. Acesso em 23.02.2015.

— —. “Novo CPC: sabor insosso e validade vencida”. Extraído do *site Migalhas*, 24/02/2014 - <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195955,61044-Novo+CPC+sabor+insosso+e+validade+vencida>. Acesso em 01.03.2014.

— —.; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. – coordenadores. O projeto do novo Código de Processo Civil: uma análise crítica. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

— —. “As importantes alterações firmadas em relação à atuação da preclusão no projeto do novo CPC” in *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Organizadores: [Alexandre Freire](#), [Bruno Dantas](#), [Dierle Nunes](#), [Fredie Didier Jr.](#), [José Miguel Garcia Medina](#), [Luiz Fux](#), [Luiz Henrique Volpe Camargo](#) e [Pedro Miranda de Oliveira](#). Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 411/432.

— —. *Benefícios por incapacidade – Questões centrais de direito material e de direito processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

— —. *Fragments de processo civil moderno, de acordo com o novo CPC*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

— —. *O direito à produção de provas e as correlatas questões recursais no Projeto do novo CPC* in *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Organizadores: Alexandre Freire, Bruno

Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. Salvador: Jus Podivm, 2014, Vol II.

SANCHES, Sydney. “Objeto do processo e objeto litigioso” in *Ajuris* n° 16 (1979): 146/156.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil. Volume I – Teoria geral do direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

TARUFFO, Michele. Le preclusioni nella riforma del processo civile in *Rivista di Diritto Processuale Civile* n° 68 (1992): 296/310.

TARZIA, Giuseppe. “O novo processo civil de cognição na Itália”. Trad. por Clayton Maranhão in *Revista de Processo* n° 79 (1995): 51/64.

THEODORO JR., Humberto. “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica” in *Revista Magister de direito civil e processual civil* (11):5/32.

—.—.“Um novo código de processo civil para o Brasil” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* n° 37 (2010): 86/97.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel. “Um código de processo civil com DNA democrático” in *Site Conjur*, publicação em 02.10.2012. Acesso em 31.03.2013.

ZAVASCKI. Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

Notas:

[1] RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. São Paulo: Atlas, 2014, 2ª edição.

[2] GUARNERI, Giuseppe. **Preclusione (diritto processuale penale)** in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII. Napoli: Utet, p. 571/577.

[3] MARTINS-COSTA, Judith. **A resignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos** in *Revista CEJUR* n° 27 (2004): 110/120; PRUDENTE, Antônio Souza. **Poder judiciário e segurança jurídica** in *Revista de informação legislativa* n° 115 (1992): 571/580; FACHIN, Luis Edson. **Segurança jurídica entre ouriços e raposas** in *Revista eletrônica Carta Forense* - <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/seguranca-juridica-entre-ouricos-e-raposas/11727>. Acesso em 01.03.2014.

[4] SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Curso sistematizado de direito processual civil. Volume I – Teoria geral do direito processual civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 484/485.

[5] BARBOSA MOREIRA, J. C. **Efetividade do processo e técnica processual** in *Ajuris* (64): 149/161.

[6] FAZZALARI, Elio. **Procedimento e processo (teoria generale)** in *Enciclopedia del diritto*, n° 35 (1986): 819/835; SANCHES, Sydney. **Objeto do processo e objeto litigioso** in *Ajuris* n° 16 (1979): 146/156. Muito tempo antes, tal concepção já era sugerida: “intervindo a iniciativa individual, entra e ação o processo. O processo, quer dizer: a fórmula jurídica de abrir o exame contraditório do assunto, e submetê-lo à decisão judicial” (BARBOSA, Rui. **A constituição e os atos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida. p. 109).

[7] CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006. p. 38.

[8] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica** in *AJURIS* n° 35 (2008): 57/71.

[9] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003; LACERDA, Galeno. “O código e o formalismo processual” in *Ajuris* n° 28 (1983): 7/14.

[10] BARROSO, Luis Roberto. **A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo** in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros n° 94 (2000): 79/97.

[11] SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 19.

[12] O leitor atento já deve ter percebido que a lógica do raciocínio apresentado aplica-se com maior correção aos processos cuja matéria não seja exclusivamente de direito, nos quais o julgamento não se dá de maneira antecipada – a respeito, consultar: RUBIN, Fernando. **Fragmentos de processo civil moderno, de acordo com o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 173 e ss.

[13] AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2008, p. 59.

[14] AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2008, p. 74.

[15] MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009, especialmente p. 127 e 133.

[16] COMOGLIO, Luigi Paolo. **Preclusioni istruttorie e diritto alla prova** in Rivista di Diritto Processuale n° 53 (1998): 968/995; MARELLI, Fabio. **La trattazione della causa nel regime delle preclusioni**. Padova: CEDAM, 1996.

[17] BUZAID, Alfredo. **Linhas fundamentais do sistema do código de processo civil brasileiro** in Estudos e pareceres de direito processual civil. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002. p. 31/48.

[18] MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid** in Revista de Processo n° 183 (2010): 165/194.

[19] FURTADO COELHO, Marcus Vinícius. **O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança** in Revista de Processo n° 185 (2010): 146/50.

[20] NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. p.08; ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 31.

[21] ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Reforma processual: 10 anos** in Revista Forense n° 362 (2002):15/23.

[22] ZAVASCKI. Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

[23] Se bem que certos abalos na separação firme entre os processos de conhecimento e de execução já haviam começado a ser estabelecidos em meados da década de 90, com o acolhimento pelo ordenamento brasileiro da ação monitória – Lei n° 9.079/1995. A respeito do tema, consultar: TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitória**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

[24] AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2008.

[25] “(...) Criticava-se, a certa altura, o Código de 1973, por se voltar apenas para os conflitos individuais, nada dispendo acerca dos conflitos coletivos ou de massa. Mas, de fato, não poderia tê-lo feito, já que, antes do instrumento processual há de existir o direito material a ser por ele remediado” (THEODORO JR., Humberto. **Um novo código de processo civil para o Brasil** in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 37 (2010): 86/97).

[26] DALL’ALBA, Felipe Camilo. **Curso de juizados especiais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19 e ss.

[27] FÉLIX JOBIM, Marco. **O direito à duração razoável do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 2ª ed., p. 133 e ss.

[28] Já tivemos a oportunidade de recentemente discorrermos a respeito do rito procedimental dos juizados especiais, notadamente os da Justiça Federal (JEFs), em demandas propostas pelo cidadão em desfavor da Fazenda Pública: RUBIN, Fernando. **Benefícios por incapacidade – Questões centrais de direito material e de direito processual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 1ª ed.

[29] LUPOLI, Michele Angelo. **Recent developments in italian Civil Procedure Law** in *Civil Procedure Review*, v.3, n.1: 25-51, jan.-apr., 2012.

[30] CAPPONI, Bruno. **Note sul procedimento sommario di cognizione**. Extraído do site *Judicium Saggi*. Acesso em: 08 nov. 2010.

[31] TARUFFO, Michele. **Le preclusioni nella riforma del processo civile** in *Rivista di Diritto Processuale Civile* n° 68 (1992): 296/310; TARZIA, Giuseppe. **O novo processo civil de cognição na Itália**. Trad. por Clayton Maranhão in *Revista de Processo* n° 79 (1995): 51/64.

[32] PUNZI, Carmine. **Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie** in *Rivista di diritto processuale*, Ano 64, segunda série, n° 5 (2009): 1197/1239.

[33] GOERGEN, Jerônimo – coordenador. **A reforma do CPC: combate à massificação do processo**. Brasília: Câmara Federal, 2013.

[34] GUEDES, Jefferson Carús; DALL'ALBA, Felipe Camillo; NASSIF AZEM, Guilherme Beux; BATISTA, Liliane Maria Busato (organizadores). **Novo código de processo civil. Comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 27).

[35] CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e**

proposta in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 38 (2010): 05/33.

[36] DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A garantia do contraditório** in Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis 1(1998): 7/27.

[37] WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoes. **Um código de processo civil com DNA democrático** in Site Conjur, publicação em 02.10.2012. Acesso em 31.03.2013.

[38] Última versão do Projeto no Senado Federal de que tivemos acesso: informação retirada do site de Luiz Dellore, <http://www.dellore.com/products/textos-do-ncpc/>. Acesso em 01.03.2015.

[39] Última versão do Projeto na Câmara Federal de que tivemos acesso: informação retirada do site Atualidades do Direito, 03/12/2013
<http://atualidadesdodireito.com.br/dellore/files/2013/12/cpc-aprovado-camara.pdf>. Acesso em 01.03.2014.

[40] ROQUE, Andre Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. – coordenadores. **O projeto do novo Código de Processo Civil: uma análise crítica**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

[41] MACHADO, Marcelo Pacheco. **Incerteza e processo – de acordo com o Projeto de novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2013, especialmente p. 106/110.

[42] Informação retirada do site Conjur, 10/12/2011 <http://www.conjur.com.br/2011-dez-10/juizes-pedem-volta-embargos-infringentes-projeto-cpc>. Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

[43] DELLORE, Luiz. **Novo CPC: 5 anos de tramitação e 20 inovações** in <http://www.portalcarreirajuridica.com.br/noticias/novo-cpc-5-anos-de-tramitacao-e-20-inovacoes>. Acesso em 01.03.2015.

[44] RUBIN, Fernando. **As importantes alterações firmadas em relação à atuação da preclusão no projeto do novo CPC** in Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. Organizadores: [Alexandre Freire](#), [Bruno Dantas](#), [Dierle Nunes](#), [Fredie Didier Jr.](#), [José Miguel Garcia Medina](#), [Luiz Fux](#), [Luiz Henrique Volpe Camargo](#) e [Pedro Miranda de Oliveira](#). Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 411/432.

[45] Última versão do Projeto na Câmara Federal de que tivemos acesso: informação retirada do site Atualidades do Direito, 03/12/2013
<http://atualidadesdodireito.com.br/dellore/files/2013/12/cpc-aprovado-camara.pdf>. Acesso em 01.03.2014.

[46] RUBIN, Fernando. **O direito à produção de provas e as correlatas questões recursais no Projeto do novo CPC in Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC**. Organizadores: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. Salvador: Jus Podivm, 2014, Vol II.

[47] Última versão do Projeto no Senado Federal de que tivemos acesso: informação retirada do site de Luiz Dellore, <http://www.dellore.com/products/textos-do-ncpc/>. Acesso em 01.03.2015.

[48] BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de direito processual do trabalho – de acordo com o Projeto do Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 2ª Tiragem, p. 431 e ss.

[49] Notícia do sítio do Senado Federal: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/17/novo-codigo-de-processo-civil-recebe-sete-vetos/tablet> . Acesso em 17/03/2015.

[50] Tal inovação constante no Projeto da Câmara Federal havia sido suprimida no Senado, voltando a redação no texto derradeiro, de acordo com o art. 333, encaminhado à sanção presidencial em 24.02.2015.

[51] O que deve determinar, felizmente, a revogação da Súmula nº 418 do STJ, publicada no DJe em 11/03/2010, a registrar que “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

[52] Nesse belo rol colocaríamos a extensão do direito do procurador realizar sustentação oral também diante de agravo interno (no caso de anterior gravosa decisão monocrática do relator em sede de recurso de apelação, na forma do atual art. 557 do CPC/1973); tal medida, prevista no art. 937 do Projeto, veio infelizmente a ser objeto de veto presidencial em 17/03/2015 (inciso VII).

[53] THEODORO JR., Humberto. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica** in Revista Magister de direito civil e processual civil (11):5/32.

[54] Em sentido mais crítico, contra tais medidas do Projeto, colocando-se assim mais a favor do macro princípio da efetividade processual, consultar: ROQUE, André Vasconcelos. **Novo CPC: sabor insosso e validade vencida**. Extraído do site Migalhas, 24/02/2014 - <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195955,61044Novo+CP+C+sabor+insosso+e+validade+vencida>. Acesso em 01.03.2014.

[55] ROQUE, André Vasconcelos. **Execução no novo CPC: mais do mesmo?** in <http://jota.info/execucao-novo-cpc-mais-mesmo>. Acesso em 23.02.2015.

[56] Conforme informação do sítio migalhas, de 17.12.2014 - <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI213017,11049-Novo+CPC+vai+a+sancao+presidencial> . Acesso em 01.03.2015.

[57] A respeito, consultar a obra: BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado – O processo civil na perspectiva do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

O DEVER DE APLICAR A REGRA DO TETO CONSTITUCIONAL COM O ADVENTO DA EC 41/03

DANIELA SOUSA GOMES DO AMARAL: Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Graduada em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna - FUI, no ano de 2004. Pós Graduada em Direito Administrativo pela FIJ - Faculdades Integradas de Jacarepaguá.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar a regra do teto constitucional, prevista no artigo 37, inciso XI, CF/88, recentemente abordada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de vedar o pagamento de excessos, mesmo em relação às vantagens adquiridas antes do poder de reforma constitucional. Após analisar casuisticamente o teto remuneratório, bem como sua aplicação, avalia-se a questão da verba indenizatória, excluída do abate teto.

Palavras-chave: Teto, Remuneratório, Verba, Indenizatória, Emenda Constitucional 41/03.

Introdução

A regra do teto remuneratório, prevista no artigo 37, XI, da Constituição Federal/88, foi estabelecida pela Emenda Constitucional n. 19/98. Contudo, somente com o advento da Emenda Constitucional n.41/2003 é que se tornou obrigatório o respeito pelo teto constitucional.

Por conseguinte, a presente pesquisa tem como finalidade precípua a análise do teto constitucional, informando quando será aplicado, em quais casos, bem como quais as parcelas e verbas que excetam o cômputo do teto remuneratório.

Nesta perspectiva, aborda-se na fase propedêutica os aspectos gerais do teto constitucional, enfatizando que a percepção de proventos ou remuneração por servidores públicos acima do limite estabelecido no art. 37, XI, da Constituição da República, enseja lesão à ordem pública.

Na sequência, serão abordadas breves considerações sobre o entendimento dos Superiores Tribunais de Justiça, bem como do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, principalmente após o julgamento do RE 609381, com repercussão geral reconhecida. Ao final, a pesquisa será arrematada com um breve histórico das mencionadas parcelas de caráter indenizatório, por serem excluídas do teto remuneratório.

Para alcançar o objetivo proposto, este trabalho será realizado através do método dedutivo, baseando-se em um referencial teórico bibliográfico de vários doutrinadores da área em estudo, legislação e jurisprudências.

Desenvolvimento

1 – Breve Histórico do Teto Remuneratório

A Emenda Constitucional 19/98, ao traçar as regras gerais da reforma administrativa do Estado, instituiu a regra do teto remuneratório, em seu artigo 37, inciso XI, para todos os Poderes da União, Estados Distrito Federal e Municípios, *in verbis*:

Art. 37. (...)

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos

cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, o teto remuneratório sofreu alteração promovida pela Emenda Constitucional 41/03, consubstanciada no subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e, ainda, subtetos para os Estados e Distrito Federal (dividido por Poder), e um outro para os Municípios, esse último sem qualquer exceção, consistente na remuneração do Prefeito.

Art. 37. (...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos

Neste sentido, conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho a regra do teto remuneratório é a que consta do art. 37, XI, da CF, com a redação da EC 41/2003. Informou que

a Constituição, depois de reformada por esta última emenda, passou a admitir tetos remuneratórios geral e específicos, estes dependendo da respectiva entidade federativa. Assim, estabeleceu, como teto geral para todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Por fim, esclareceu que no que concerne aos tetos específicos (ou subtetos), foi fixado para os Municípios o subsídio do Prefeito, e para Estados e Distrito Federal, foram previstos três subtetos: 1º) no Executivo, os subsídio mensal do Governador; 2º) no Legislativo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais; 3º) no Judiciário, os subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, aplicável esse limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (CARVALHO FILHO; JOSÉ DOS SANTOS, 2005, p. 263).

Portanto, foi com a Emenda Constitucional 41/03, norma de eficácia plena, autoaplicável e de incidência imediata e geral, que ao alterar o inciso XI do artigo 37, tornou obrigatório o respeito ao teto constitucional.

Outrossim, vale ressaltar que no cômputo do teto remuneratório, inclui-se a remuneração, o vencimento, o subsídio, os proventos, as pensões, ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, exceto as parcelas indenizatórias e algumas parcelas por sua especial natureza, tais como, décimo terceiro salário, terço constitucional de férias, o adiantamento de férias, dentre outras.

2. Da Polêmica Aplicação do Teto Remuneratório

Com o advento da EC 41/2003, vários Tribunais de Justiça, notadamente o Mineiro, entendeu que somente os benefícios auferidos após a referida emenda constitucional estavam sujeitos à incidência do teto constitucional:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROVENTOS - TETO REMUNERATÓRIO - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº41/2003 - SENTENÇA REFORMADA.

- Toda a remuneração do servidor, aposentado e pensionista, incluindo-se as vantagens pessoais, passaram a integrar o montante da remuneração para os fins do cálculo do teto constitucional, conforme o art. 8º da EC nº41/2003.

-Assim, se antes de sua vigência não podiam ser abrangidas as parcelas integrantes da remuneração e já adquiridas, nada obsta que o teto seja aplicado, a partir de então, sobre o que o servidor venha a auferir, em excesso, a título de reajuste remuneratório e que supere o referido teto.

v.V. EMENTA: REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL. TETO REMUNERATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41, DE 19.12.2003. VANTAGENS PESSOAIS ANTERIORMENTE ADQUIRIDAS. DIREITO ADQUIRIDO INATINGÍVEL. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. As vantagens pessoais adquiridas antes da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, constituem direito adquirido pelo funcionário público e não integram o cálculo do teto remuneratório.

2. Os descontos relativos ao excedente do teto remuneratório não podem abranger as vantagens mencionadas.

3. Remessa oficial conhecida.
4. Sentença que concedeu em parte a segurança confirmada no reexame necessário[1].

Destoando do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, já havia fixado entendimento no sentido de que não há direito adquirido ao recebimento de remuneração, proventos ou pensão acima do teto remuneratório estabelecido pela EC nº 41/03, nem ato jurídico perfeito que se sobreponha ao mencionado teto. O STJ informou, ainda, que inexistente preponderância da garantia da irredutibilidade de vencimentos em face da nova ordem constitucional, nos termos do art. 17. Senão vejamos a decisão:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. PROCURADORES ESTADUAIS APOSENTADOS. TETO REMUNERATÓRIO. INCLUSÃO DE VANTAGENS PESSOAIS. EC Nº 41/2003. DIREITO ADQUIRIDO E IRREDUTIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de que não há direito adquirido ao recebimento de remuneração, proventos ou pensão acima do teto remuneratório estabelecido pela EC nº 41/2003, nem ato jurídico perfeito que se sobreponha ao mencionado teto. 2. Inexistente preponderância da garantia da irredutibilidade de vencimentos em face da nova ordem constitucional, nos termos

do art. 17 do ADCT. 3. As vantagens pessoais devem ser incluídas no cálculo do teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF, que é norma de eficácia plena e alcance imediato. 4. Agravo regimental a que se nega provimento^[2].

3. Da Repercussão Geral sobre a matéria do Teto Constitucional

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 609381, em outubro de 2014, com repercussão geral reconhecida, sedimentou que a regra do teto remuneratório dos servidores públicos é de eficácia imediata, admitindo, portanto, a redução de vencimentos daqueles que recebem acima do limite constitucional, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. Neste sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TETO DE RETRIBUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA FIXADOS. EXCESSOS. PERCEPÇÃO NÃO RESPALDADA PELA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE.

1. O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior.

2. A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de

legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. **Os valores que ultrapassam os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos.**

3. A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos: (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; e (b) que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal. **O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional.**

4. Recurso extraordinário provido.

Do excerto do voto do senhor Ministro Relator Teori Zavascki, verifica-se que não há transgressão ao postulado constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, tendo em vista ser inconstitucional a verba remuneratória que ultrapassar o valor do teto e não devem escapar ao comando redutor do inciso XI, do artigo 37, da Constituição da República/88:

Ao condicionar a fruição da garantia de irredutibilidade à observância do teto de retribuição, a literalidade destes dispositivos deixa fora de dúvida que o respeito ao teto

representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público.

Portanto, nada, nem mesmo concepções de estabilidade fundamentadas na cláusula do art. 5º, XXXVI, da CF, justificam o excepcionamento da imposição do teto de retribuição.

(...)

A garantia da irredutibilidade, que hoje assiste igualmente a todos os servidores, constitui salvaguarda que protege a sua remuneração de retrações nominais que venham a ser determinadas por meio de lei. É o que acontece, por exemplo, nos casos de modificação legal da composição remuneratória dos servidores, que, como seguidamente afirmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não pode provocar perda de retribuição. E é o que sucede, também, quando os entes federativos deliberam instituir tetos de retribuição inferiores àqueles estabelecidos pela Constituição Federal, os chamados “subtetos”. Na vigência da redação originária do art. 37, XI, da CF, o STF possuía jurisprudência que apontava claramente no sentido desta última conclusão (...)

(...)

Nesses precedentes, a Corte afirmou, com propriedade, que leis locais instituidoras de “subtetos” não poderiam provocar alteração negativa na remuneração nominal que estivesse sendo percebida pelos servidores. Isso tem todo

o sentido, porque a diferença entre o teto anterior, previamente fixado pela Constituição Federal, e o novo patamar máximo, fixado a título de subteto pelo respectivo legislador ordinário, deve observar a garantia constitucional da irredutibilidade, para impedir

que flutuações legislativas infraconstitucionais prejudiquem o padrão remuneratório dos servidores públicos.

O mesmo não ocorre, porém, quando a alteração do limite remuneratório é determinada pela reformulação da própria norma constitucional de teto de retribuição. Isso porque, como visto, a cláusula da irredutibilidade possui âmbito de incidência vinculado ao próprio conceito de teto de retribuição, operando somente dentro do intervalo remuneratório por ele definido.

Não há dúvida de que, como acentuou o Min. Sepúlveda Pertence no MS 24.875 e em outros precedentes, a irredutibilidade de vencimentos constitui modalidade qualificada de direito adquirido. Todavia, o seu âmbito de incidência exige a presença de pelo menos dois requisitos cumulativos: (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira juridicamente ilegítima, ainda que por equívoco da Administração Pública; e (b) que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal.

Os excessos eventualmente percebidos fora dessas condições, ainda que com o beneplácito de disciplinas normativas anteriores, não estão amparados pela regra da irredutibilidade. O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição, além de se contrapor a noções primárias de moralidade, de transparência e de austeridade na administração dos gastos com custeio, representa uma gravíssima quebra da coerência hierárquica essencial à organização do serviço público.

Antes, portanto, de constituir uma modalidade qualificada de direito adquirido, a percepção de rendimentos excedentes aos respectivos tetos de retribuição traduz exemplo de violação manifesta do texto constitucional, que, por tal razão, deve ser prontamente inibida pela ordem jurídica, e não o contrário. Justamente por isso, o artigo 9º da EC 41/03 fez remissão ao art. 17 do ADCT, dispondo o seguinte:

Art. 9º Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou

não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

É verdade que a constitucionalidade desta norma é objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3184) cuja apreciação, por essa Suprema Corte, se encontra suspensa. Isso não impede, contudo, que o Supremo Tribunal Federal faça impor a força normativa do próprio art. 37, XI, da Constituição, cujo enunciado é suficiente para coibir situações inconstitucionais de remuneração excessiva. Isto, aliás, foi ressaltado pelos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso em 29/11/2011, por ocasião dos debates realizados na última sessão de julgamento da ação direta acima referida.

(...)

De fato, na linha daquilo que já havia sido observado pelo Min. Cezar Peluso no voto proferido no MS 24.875, **o preceito constitucional do teto de retribuição possui comando normativo claro e eficiente, que veda o pagamento de excessos, ainda que adquiridos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, mesmo que a norma do art. 9º da EC 41/03 venha a ser invalidada, a mensagem enunciada pela Constituição será a mesma.** Vale dizer: os excessos que transbordam o valor do teto são inconstitucionais, e não escapam ao comando redutor estabelecido pelo art. 37, XI, da CF.

Em suma, ao conceder a segurança para permitir que os recorridos continuassem a perceber verbas de natureza remuneratória além dos limites do teto aplicável aos Estados-membros após a EC 41/03, endossando um regime de retribuição que destoa da norma constitucional do teto de retribuição, o acórdão recorrido infringiu o inciso XI do art. 37 da CF, razão pela qual deve ser reformado.

Nesta linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, após a repercussão geral no RE 609381, modificou seu entendimento sobre o teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI, da CR/88:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - TETO REMUNERATÓRIO - SUPERVENIENTE DECISÃO DO STF EM RECURSO PARADIGMA - RITO DO ART. 543-B DO CPC. I - **Sob o rito da repercussão geral, assentou a ex. Suprema Corte Constitucional ser incabível que servidores públicos estaduais percebam vencimentos superiores aos dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, ainda que as vantagens e/ou gratificações tenham sido adquiridas em data anterior à vigência da EC n.º 41/2003. II - A existência de fato superveniente, extintivo do direito reclamado, pode ser alegado e reconhecido na via dos embargos de declaração. (TJMG, Embargos de Declaração nº 1.0024.11.281427-**

2/003, Relator Des. (a) Peixoto Henriques, Julgamento 24/03/2015, Súmula 30/03/2015)

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - REMUNERAÇÃO - TETO - VANTAGENS DE COMISSIONAMENTO - EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003 - DESCONTOS - LEGALIDADE - STF: REPERCUSSÃO GERAL.

1. No período posterior à Emenda Constitucional nº 41/2003, as vantagens de comissionamento recebidas pelo servidor público integram o montante da remuneração para fins de incidência do teto remuneratório.

2. **Se os vencimentos do servidor ultrapassam o teto após a Emenda Constitucional nº 41/2003, ainda que computadas as vantagens pessoais anteriores, é legal o desconto do excedente para adequação ao limite remuneratório dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais.** 3. Em julgamento no qual reconhecida a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese de que "o teto de remuneração estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003 é de eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nela fixadas todas as verbas remuneratórias percebidas pelos servidores de União, estados e municípios, ainda que

adquiridas sob o regime legal anterior" (TJMG, Apelação Cível/Reex. Necessário 1.0024.13.024420-5/001, Relator Des. (a) Oliveira Firmo, Julgamento 24/03/2015, Publicação 30/03/2015).

EMBARGOS INFRINGENTES - DIREITO ADMINISTRATIVO - TETO REMUNERATÓRIO - EMENDA CONSTITUCIONAL 41, DE 2003 - NORMA DE APLICAÇÃO IMEDIATA - SERVIDORES APOSENTADOS ANTES DA ALTERAÇÃO - ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO - VALOR NOMINAL DOS VENCIMENTOS - AUSÊNCIA DE OFENSA À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS - REPERCUSSÃO GERAL NO STF - EMBARGOS ACOLHIDOS.

Conforme firmou entendimento o STF em regime de repercussão geral, os servidores públicos não têm direito adquirido à preservação do regime jurídico anterior, devendo se submeter ao teto constitucional de remuneração do serviço público, em razão da aplicação imediata da alteração promovida pela Emenda Constitucional 41, de 2003 (TJMG, Embargos Infringentes n. 1.0024.12.060457-4/006, Relator Des. Marcelo Rodrigues, Julgamento 10/03/2015, Publicação 24/03/2015).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - SERVIDORES

ESTADUAIS - TETO REMUNERATÓRIO - EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003 - VANTAGENS PESSOAIS - NÃO EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE CONSTITUCIONAL - IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS - OBSERVÂNCIA - JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fixação do teto remuneratório pela Emenda Constitucional n.º 41/2003 tem o condão de restringir as vantagens pessoais obtidas pelos servidores e já incorporadas ao seu patrimônio, donde incabível o acolhimento da pretensão de que fossem excluídas daquele teto, sob a invocação do direito adquirido, as vantagens adquiridas antes do poder de reforma constitucional.

2. Não subsiste a alegação de ofensa à garantia da irredutibilidade dos vencimentos se não se pode inferir, a partir da documentação juntada aos autos, que, na data da implantação do teto remuneratório da Emenda Constitucional n.º 41/2003, o somatório das parcelas remuneratórias percebidas pelos requerentes não extrapolava o limite constitucional.

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.14.102897-7/001, Relator Des. (a) Edgard Penna Amorim, Julgamento 05/03/2015, Publicação 16/03/2015).

Portanto, a partir da vigência da EC nº 41/2003, em conformidade com a jurisprudência do Excelso STF, não há

violação do direito adquirido e da segurança jurídica, em razão da irreduzibilidade de vencimentos em razão do teto constitucional (art. 37, inciso XI, CF/88).

4. Da Exclusão da Verba Indenizatória em relação ao Teto Constitucional

Conforme asseverado, as parcelas indenizatórias foram excluídas do teto remuneratório, de acordo com o §11, do artigo 37, CR/88, acrescentado pela Emenda Constitucional 47/05, a qual estabeleceu, em seu artigo 4º, que:

Enquanto não editada a lei a que se refere o §11 do art. 37, da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional n. 41, de 2003.

Trata-se o referido parágrafo de norma de eficácia transitória. Isto significa dizer que, enquanto não promulgada lei que defina de modo uniforme as hipóteses legais das parcelas indenizatórias excluídas do teto remuneratório, valem aquelas cujas normas definiram como tal.

Assim, a definição das parcelas indenizatórias continua sendo realizada por cada ente. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 13/2006, taxou as possibilidades do recebimento de verba indenizatória, sendo em linhas gerais: ajuda de custo para mudança e transporte, auxílio alimentação, auxílio moradia, diárias, auxílio funeral, auxílio reclusão, auxílio transporte, indenização de férias não gozadas, indenização de transporte, licença prêmio convertida em pecúnia, outras parcelas indenizatórias previstas em lei e, para os magistrados, as previstas

na Lei Orgânica da Magistratura Nacional de que trata o art. 93 da Constituição Federal aquelas devidas em razão do trabalho em outra comarca, auxílio mudança, etc.

De igual modo, o Conselho Nacional do Ministério Público disciplinou a matéria, por meio da Resolução 09/2006, em seu artigo 6º, que além de estabelecer que as verbas indenizatórias não estão sujeitas ao teto constitucional, informou quais, a saber, ajuda de custo para mudança e transporte; auxílio alimentação; auxílio moradia, diárias, auxílio funeral, indenização de férias não gozadas, indenização de transporte, licença prêmio convertida em pecúnia, outras parcelas indenizatórias previstas em lei.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 263) as verbas indenizatórias servem para compensar gastos efetuados pelo servidor, que não estejam atrelados à atividade inerente do cargo ou função:

Primeiramente, sujeita-se ao teto remuneratório qualquer tipo de remuneração dos servidores, além de proventos e pensões, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. Entretanto, não serão computadas no referido teto as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei, conforme dispõe o art. 37, §11, da CF, introduzido pela já referida EC 47/2005. Em consequência, só se inserem no limite constitucional as parcelas de caráter remuneratório, e isso pela simples razão de que somente estas se configuram efetivamente com rendimentos. As primeiras, como expressa o próprio vocábulo, espelham indenização, não sendo cabível que sejam incluídas no limite estipencial, ou de ganhos.

Referido entendimento foi corroborado, reiteradas vezes, pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Cite-se, como exemplo a consulta 725.867, de Relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa:

“A parcela indenizatória, que seria a compensação pecuniária de gastos efetuados pelo agente político no exercício de suas atribuições, pressupõe que tenha havido um gasto, que este gasto tenha sido devidamente comprovado e que a sua compensação se faça de acordo com este valor comprovado, por meio de regular prestação de contas. A possibilidade de indenização alcança a todos que são estipendiados mediante subsídio único e que tenham de realizar despesas que não são típicas das funções que legitimam o referido subsídio, atividades excedentes e que demandam gastos extras, sempre que ocorrentes, pagos mediante prestação de contas”.

Desta feita, o sistema remuneratório dos servidores públicos não define, com precisão, quais hipóteses pertencem à categoria da gratificação, do adicional e da indenização. Permite-se, com isso, que a lei infraconstitucional estabeleça seus próprios critérios de verbas indenizatórias, o que muitas vezes, escondem-se verdadeiros aumentos de salários, realizados de modo simulado, para tentar burlar o teto constitucional.

Conclusão

O presente trabalho teve por escopo ressaltar que o teto remuneratório previsto no artigo 37, inciso XI, CF/88, embora tenha sido instituído pela EC 19/88, somente veio a ser de fato aplicado com a Emenda Constitucional 41/03.

Neste sentido, o teto remuneratório foi um avanço à concretização da moralidade, transparência e controle dos denominados “supersalários”, tanto é que, recentemente, o

Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento que o teto de retribuição se aplica às referências de valor máximo nele discriminadas em relação a todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos, ainda que adquiridas antes da EC 41/03. Assim, em razão da ordem pública, o abate do teto não viola o princípio da irredutibilidade de vencimentos e nem o direito adquirido.

Por conseguinte, a Emenda Constitucional n. 47/2005 introduziu que do teto remuneratório excluam-se as parcelas de caráter indenizatório, conforme previsão no artigo 37, §11, CF/88. Neste contexto, aproveitando-se da dificuldade na identificação do que seria verba indenizatória, justamente no fato da inexistência da precisão de seus conceitos, cada legislação trata a matéria a seu modo, o que pode permitir a inclusão equivocada de espécies indenizatórias, muitas vezes, como brechas para legitimar segundo subsídio.

Portanto, não obstante ter sido uma grande conquista a regra do teto constitucional, principalmente diante da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que refutou as teses que vinham sendo levantadas em razão do princípio da irredutibilidade salarial e do direito adquirido, a questão ainda é bastante tormentosa em razão da não definição do que seria verba indenizatória, excluída do teto remuneratório.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual do Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

STF – Supremo Tribunal Federal – disponível em. Acesso em: 11 de agosto de 2015.

STJ – *Superior Tribunal de Justiça* – disponível em. Acesso em: 14 de julho de 2015.

TCEMG – Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – disponível em. Acesso em: 22 de julho de 2015.

TJMG – *Tribunal de Justiça de Minas Gerais* – disponível em. Acesso em: 07 de setembro de 2015.

NOTAS:

[1] TJMG. Reexame Necessário-Cv n. 1.0024.12.244634-7/002, Relator Des. Caetano Levi Lopes. Julgamento 26/08/2014, Publicação 09/09/2014.

[2] AgRg no RMS 27088 / RJ Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 2008/0136022-5, julgamento em 16/02/2012

DA VIABILIDADE JURÍDICA DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE FOMENTO POR PARTICULAR

LAÉRCIO VIEIRA MACHADO: Advogado da União. Membro integrante da Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional.

RESUMO: O presente artigo tem por fim o estudo acerca da possibilidade do exercício da atividade de fomento por ente diverso da Administração Pública. Na sequência, será aferida a possibilidade deste ente, integrante do setor privado, no exercício da atividade de fomento, ser qualificado como organização social.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Funções ou Atividades Administrativas. Atividade de Fomento. Não exclusividade. Exercício. Particular.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública pode ser conceituada como um conjunto de pessoas ou entidades jurídicas, de direito público ou de direito privado, de órgãos públicos e de agentes públicos que estão, por lei, incumbidos do dever-poder^[1] de exercer a função ou atividade administrativa, consistente em realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado.

Dentre as funções administrativas, temos a atividade de fomento, a qual consiste na ação destinada à promoção de atividades, estabelecimentos ou riquezas que satisfaçam necessidades públicas.

Lastreada na disposição supracitada, exsurge o questionamento se o exercício de tal atividade é exclusiva do Estado ou se pode ser desenvolvida por particular.

Diante da complexidade do tema e da necessidade de enfrentamento das questões que lhes são adstritas, é que o presente estudo se caracteriza como de maior relevância.

I – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS FUNÇÕES OU ATIVIDADES

A Administração Pública, como objeto específico do Direito Administrativo, pode ser concebida em duplo sentido: Subjetivo, formal ou orgânico e Objetivo, material ou funcional.

No sentido subjetivo, formal ou orgânico, a Administração Pública corresponde a um conjunto de pessoas jurídicas, de órgãos públicos e de agentes públicos que formam o aparelhamento ou estrutura da Administração.

No sentido objetivo, material ou funcional, a Administração Pública corresponde ao conjunto de funções ou atividades administrativas, que são públicas, consistentes em realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado.

Cotejando os dois sentidos, pode-se definir a Administração Pública pode ser conceituada como um conjunto de pessoas ou entidades jurídicas, de direito público ou de direito privado, de órgãos públicos e de agentes públicos que estão, por lei, incumbidos do dever-poder de exercer a função ou atividade administrativa, consistente em realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado.

Definindo o caráter objetivo da função ou atividade administrativa no que tange ao seu elemento conceitual, faz-se mister advertir que esta não se resume a serviços públicos. Esta compreende, no mais das vezes, a prestação dos serviços públicos, o exercício do poder de polícia administrativa, a atividade de fomento e atividade de intervenção, as quais, de maneira sucinta, podem ser assim conceituadas:

- a) Os serviços públicos consistem na atividade da Administração Pública, por seus próprios órgãos ou entidades da Administração Indireta ou por concessionários, permissionários ou autorizatários, de proporcionar utilidades ou comodidades a serem usufruídas pelos administrados como modo de satisfação de suas necessidades.
- b) A polícia administrativa consiste na atividade de conter ou restringir o exercício das liberdades e o uso, gozo e disposição da propriedade, tendo por fim adequá-las aos interesses públicos e ao bem estar social da comunidade.
- c) O fomento é a atividade de incentivo consistente na ação destinada à promoção de atividades, estabelecimentos ou riquezas que satisfaçam necessidades públicas.
- d) Por fim, tem-se a atividade de intervenção, que compreende a atuação direta do Estado no domínio econômico, através de suas entidades empresariais, e a atuação indireta do Estado, por meio da regulamentação e da fiscalização da atividade econômica de natureza privada, para conter certos abusos ocorrentes nesse domínio, como os cartéis, os trustes e os dumping's, que são práticas que visam a eliminação da concorrência, e, finalmente, a atuação do Estado sob a forma de monopólio de certas atividades.

Ante a sucinta conceituação, impende ressaltar que, com o crescimento das finalidades estatais, por vezes revela-se difícil identificar as funções ou atividades administrativas.

Por essa razão, a doutrina moderna^[2], entende melhor a conceituação da Administração Pública, sob o ângulo funcional, de forma remanescente ou por exclusão, como o conjunto de funções ou atividades públicas que não correspondem às legislativas e jurisdicionais.

II – DA ATIVIDADE DE FOMENTO

O fomento é a atividade administrativa que busca influenciar o comportamento dos particulares mediante a oferta de benefícios e estímulos, e não através de imposições, de modo a induzi-los a desempenharem atividades tidas como necessárias ao atendimento do interesse público.

Trata-se de uma forma de intervenção indireta do Estado na ordem econômica, o que significa dizer que a atividade tida como relevante para o interesse público é desempenhada não diretamente pelo ente estatal, mas sim pelos particulares, que são estimulados a exercê-la pela oferta de benefícios.

Através do fomento o Estado não impõe o dever de observar certa conduta, mas apenas estimula sua adoção, razão pela qual tal vinculação se constitui em faculdade dos agentes econômicos que se beneficiariam com os mecanismos de fomento criados em lei.

A medida de fomento tem caráter instrumental, vez que sua finalidade precípua do benefício oferecido aos particulares tem por finalidade única induzi-los a exercer atividade que é reputada como essencial ao atendimento de uma necessidade coletiva.

III – DA VIABILIDADE JURÍDICA DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE FOMENTO POR PARTICULAR

Nos dizeres de Luis Jordana de Pozas^[3], a atividade de fomento perpetrada pelo Estado pode ser conceituada como:

“a ação da administração encaminhada a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas desenvolvidas pelos particulares e que satisfaçam necessidades públicas ou se estimam de utilidade geral, **sem usar da coação** e nem criar serviços públicos.”. (destaque nosso)

Nos termos acima expostos afere-se que a atividade de fomento caracteriza-se **por não decorrer da coação**, ou seja, sua implementação pelo Estado não decorre do manejo do “*poder extroverso*”, que, segundo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello[4], configura como aquele:

“(...) que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações”.

Consoante disposição contida no Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado[5], especificamente, em seu item 5.1, as atividades exclusivas do Estado são aqueles serviços que somente o Estado pode realizar, posto que demandam a utilização do “*poder extroverso do Estado*”, ou seja, a categorização das atividades como exclusivas não decorrem de característica ínsita do serviço em si, mas sim da necessidade, para sua implementação, de provimentos que, ultrapassando a esfera jurídica do emitente, interferem na esfera jurídica dos administrados, constituindo-os unilateralmente em obrigações.

Em suma, são atividades exclusivas do Estado aquelas que derivam do poder de coerção do Poder Público, não podendo ser por prestadas por outros, tendo em vista que apenas o Estado se constitui na única organização que, de forma legítima, detém o poder de constituir unilateralmente obrigações em relação a terceiros.

Isso posto, embasado na conceituação do que seja atividade de fomento, pode-se afirmar que esta, em regra, por prescindir de qualquer ato de constituição unilateral de obrigações em relação a terceiros, não dependendo sua implementação do exercício do poder supremacia do Estado, afasta-se da caracterização de atividade exclusiva deste, podendo, por conseguinte, ser prestada por outras organização públicas não-estatais e privadas.

A referida conclusão encontra eco, *mutatis mutandis*, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual, no julgamento acerca da delegação do exercício do poder de polícia (atividade administrativa), categorizou como atividade exclusiva do Estado apenas aquelas frações componentes (legislação e sanção) que decorrem do diretamente do exercício do poder de coerção do Poder Público, deixando em aberto a possibilidade do exercício pelo particular das demais frações que prescindem para sua efetivação do exercício do “*poder extroverso*”, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). **5. Somente o atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.** 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por

particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação.” (RESP 200600252881, MAURO CAMPBELL MARQUES - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:10/12/2009 RIP VOL.:00059 PG:00267 RT VOL.:00894 PG:00147 ..DTPB:.) (destaque nosso)

Diante do exposto, resta claro a inexistência de óbice jurídico ao desenvolvimento da atividade de fomento por ente diverso do Estado, tendo em vista não ser esta atividade exclusiva deste.

IV - CONCLUSÃO

Conforme exposto, as atividades exclusivas do Estado são aquelas que demandam o exercício, pelo Estado, do seu poder de império.

Uma vez, restando exposto que a implementação da atividade de fomento prescinde de qualquer ato de constituição unilateral de obrigações em relação a terceiros, não dependendo sua efetivação do exercício do poder supremacia do Estado, tem-se esta afastada da caracterização de atividade exclusiva deste, podendo, por conseguinte, ser prestada por outras organização públicas não-estatais e privadas.

Não obstante a possibilidade normativa, ou melhor a ausência de óbice jurídico ao exercício da atividade de fomento fora âmbito da Administração Pública, tal cenário é de difícil visualização prática, posto que, o sistema econômico no qual o Brasil está inserido, lastreado no individualismo, se demonstra como elemento impeditivo quase que intransponível.

IV – REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da Republica Federativa Brasileira de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2013.

_____. Lei n^o 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal – Comentários   Lei n^o 9.784, de 29.1.1999*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Manual de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HELLY, Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licita es e contratos administrativos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

RIO DE JANEIRO, Lei Estadual n^o 5.427, de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument>. Acesso em 22 de agosto de 2013.

POZAS, Jordana de. *Ensayo de una Teoria del Fomento en el Derecho Administrativo*. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf. Acesso em: 03/09/2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17^a. Edi o, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 383.

NOTAS:

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. atual. amp., São Paulo, 2004, p. 69.

[2] CUNHA Jr. Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 3 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodium, 2004.

[3] POZAS, Jordana de. Ensayo de una Teoria del Fomento en el Derecho Administrativo. Disponível em:<http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf>. Acesso em: 20/08/2013.

[4] Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª. Edição, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 383.

[5] O Plano Diretor da Reforma do Estado foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e, depois de ampla discussão, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em sua reunião de 21 de setembro de 1995. Em seguida foi submetido ao Presidente da República, que o aprovou na forma ora publicada.

O DIVÓRCIO SEM PRÉVIA PARTILHA DE BENS E SEUS LIMITES

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

RESUMO: O presente escrito tem como finalidade abordar os limites à decretação do divórcio sem prévia partilha de bens. O casamento é o contrato mais importante do direito brasileiro e formaliza a família, que é a base da sociedade. Assim sendo, entende-se que o divórcio sem prévia partilha de bens não pode ser decretado a qualquer custo, sem considerar os outros efeitos do divórcio, além da óbvia consequência consistente no fim do casamento. Na verdade, o divórcio produz inúmeros efeitos, que alcançam tanto os cônjuges quanto a prole. Seria um erro desconsiderar os outros efeitos do divórcio (alimentos, etc) e focar-se apenas na extinção do vínculo matrimonial.

Atualmente existe uma crescente demanda judicial pela decretação do divórcio sem que haja prévia partilha de bens. Mas ao mesmo tempo em que aumentam os casos de pedidos de divórcio sem prévia partilha de bens, às vezes até alegando um suposto “direito potestativo”, surgem dúvidas sobre se haveria limites para tais pretensões ou se o divórcio sem prévia partilha de bens deveria ser decretado todas as vezes que fosse postulado pelas partes, independentemente de outras disposições.

Enfim, o presente artigo busca responder à pergunta quanto à existência ou não de limites à decretação pura e simples do divórcio sem prévia partilha de bens.

Inicialmente, o ordenamento jurídico impunha a prévia partilha dos bens até mesmo para dissolução da sociedade conjugal, através do instituto da separação judicial, conforme dispunha a Lei do Divórcio, *in verbis*:

“Art 7º - A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens”.

O dispositivo acima constava da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, também conhecida como a Lei do Divórcio.

Acontece que a própria Lei do Divórcio admitia que a separação judicial pudesse ser decretada sem prévia partilha dos bens, mas ressaltava que o divórcio teria obrigatoriamente que efetivar tal partilha. Vejamos a letra da Lei, literalmente:

“Art 31 - Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens”.

Atualmente, o Código Civil em vigor determina de forma clara o seguinte, *verbatim*:

“Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”.

A dicção do atual Diploma Substantivo Civil é de uma clareza solar, tão evidente que custa crer que pudesse render margem a dúvidas. A verdade, porém, é que vem surgindo dúvidas.

Veze sem conta, as partes, muitas vezes apressadas em contrair novo casamento, e portanto querendo ver-se livre do vínculo matrimonial anterior, pressionam a Justiça pela decretação imediata e urgente do divórcio, inclusive sem prévia partilha dos bens, para dar ainda mais rapidez ao que já está bastante dinamizado, que é o divórcio.

Um ou outro alega que as partes possuiriam inclusive um suposto “direito potestativo” de ver decretado seu divórcio sem prévia partilha de bens, pois alegam que tal partilha custaria tempo e desgastaria ainda mais a relação do casal.

Antes de mais nada, é preciso deixar claro que existem situações que realmente admitem tal divórcio sem prévia partilha de bens de forma imediata ou até mesmo “instantânea”, como querem algum. São os casos de divórcios consensuais sem filhos menores ou incapazes.

Sim, embora a família de hoje não possa ser definida apenas com base no propósito de procriação, diante do crescente número de casais que optam por não ter filhos, ainda é preciso reconhecer que os interesses dos filhos menores (ou incapazes) são superiores aos interesses dos próprios pais.

Tanto isso é verdade, que a legislação e a jurisprudência dos Tribunais têm ressaltado cada vez com maior ênfase a necessidade de intervenção do Ministério Público nos casos de divórcio com filhos menores (ou incapazes). É preciso entender que existem casos de filhos maiores porém incapazes, de forma absoluta ou relativa.

Não é possível ficar apenas no plano dos argumentos, faz-se necessário trazer ao debate a literal disposição da Lei.

O Código de Processo Civil vigente, com a redação dada pela Lei nº 11.441/2007, prevê, *verbo ad verbum*:

“Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.”

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei”.

Ora, se a própria legislação (Código de Processo Civil) limita os casos de separação e divórcio extrajudiciais às hipóteses consensuais e sem filhos menores ou incapazes, a Justiça precisa levar em conta os interesses superiores dos filhos menores ou incapazes no momento de apreciar o pedido de decretação imediata do divórcio sem prévia partilha de bens.

Os postulantes mais açodados, quiçá assim agindo por conta do sofrimento de uma convivência não feliz, insistem cada vez mais para que o divórcio sem prévia partilha de bens seja decretado não apenas de forma instantânea, mas inclusive sem qualquer análise de outras questões.

Pensamos que não pode ser assim sempre, pois quando houver prole, os superiores interesses dos filhos menores (ou incapazes) precisam ser levados em conta pelo Magistrado no momento de prolação da sentença.

Alguns dizem que se o casal está em acordo quanto à dissolução do vínculo matrimonial, isso seria o bastante para decretação

do divórcio sem prévia partilha de bens, sem maiores considerações, pois tratar-se-ia de uma “direito potestativo”.

E o que vem a ser o chamado “direito potestativo”? O direito potestativo viria a ser o direito sem contestação, ou seja, um direito sem oposição. O exemplo mais citado pela Doutrina é o caso do direito do empregado de despedir o empregado. Caberia ao empregado apenas aceitar a despedida. Mais cientificamente, o direito potestativo seria “*prerrogativa jurídica de impor a outrem, unilateralmente, a sujeição ao seu exercício*” (visto em <http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=19968>, acessado em 24 de junho de 2015).

Até mesmo no exemplo citado do empregado que exonera um empregado, é possível argumentar que o alegado “direito potestativo” não é tão absoluto sim, pois o empregado demitido sem justa causa tem direito a uma indenização, e mesmo o empregado demitido com justa causa tem direito à remuneração dos dias efetivamente trabalhados.

Logo, quando se afirma que as partes ou cônjuges possuem “direito potestativo” de pedir o divórcio, inclusive na modalidade de divórcio sem prévia partilha de bens, sem que seja necessário fazer qualquer outra consideração sobre os filhos menores ou incapazes, é preciso compreender melhor o tema.

Primeiramente, ousamos discordar, pois não há direito potestativo contra a Constituição.

Isso mesmo, a Constituição Federal de 1988 prevê, in verbis:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao

respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Logo no seu *caput*, o art. 227 da Carta Magna deixa claro que é dever da **família** assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, dentre outros.

E quem são a criança e o adolescente no âmbito da família? A resposta é óbvia: são os filhos menores.

E a Lei Maior ainda vai mais longe, *ipsis verbis et litteris*:

“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O vínculo de filiação é o mais forte de todos os laços de parentesco, só podendo ser extinto pela morte ou pela adoção.

Desse modo, salta à vista que o divórcio não pode ser decretado com ou sem prévia partilha de bens se deixar uma lacuna com relação aos superiores interesses dos filhos menores. Vejamos a dicção do atual Código Civil, *verbo ad verbum*:

“Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação

judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”.

O parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil determina que **“o juiz pode recusar a homologação ou não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”.**

Ora, se tal preceito vale para a separação judicial, que apenas efetiva a dissolução da sociedade conjugal, com maior razão tal dispositivo deve ser aplicado por analogia ao divórcio, que põe fim ao vínculo matrimonial.

Com toda certeza, uma sentença que decreta o divórcio, inclusive sem prévia partilha de bens, omitindo os superiores interesses dos filhos menores, incorrerá em vício insanável, pois estará deixando desprotegidos justamente os membros mais vulneráveis da família, que a Constituição Federal de 1988 em pelo menos duas oportunidades diferentes preconizou que fossem protegidos (art.227, *caput*, e art. 229).

O Código de Processo Civil é bastante didático quando expõe os temas que devem ser debatidos e resolvidos durante o processo de divórcio, *ad litteram*:

Art. 1.120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges.

§ 1º Se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição a rogo deles.

§ 2º As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião.

Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá:

I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;

II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas;

III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos;

IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

Dentre os quatro assuntos que a petição inicial deverá abordar, apenas a partilha de bens poderá ser deixada para momento posterior, por expressa previsão do art. 1.581 do Código Civil. Já em relação à guarda, ao regime de visitas dos filhos menores e aos alimentos para prole, tais temas não são passíveis de adiamento, devendo ser enfrentados por ocasião da sentença de divórcio.

A respeito do divórcio consensual, sustenta Dimas Messias de Carvalho o seguinte, *verbatim*:

“Existindo filhos menores, o acordo deve regular a guarda e o direito de visitas, de forma clara para evitar embates futuros, extremamente prejudiciais à prole.

[...]

Da mesma forma, o acordo deve estipular a pensão para criação e educação dos filhos, sendo incabível renúncia ao direito à pensão aos filhos

menores pelo cônjuge que de´tem a guarda, tratando-se de direito indisponível”(DIVÓRCIO: JUDICIAL E ADMINISTRATIVO – Belo Horizonte: Del Rey, 2010. págs. 60-61).

Com razão, o Professor Rolf Madaleno ensina que **“... o divórcio judicial implicará a transferência da guarda e companhia de um dos cônjuges...”** (CURSO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pág. 323). Mais adiante o mesmo professor afirma que **“o mote da guarda é interesse do filho, sua integral felicidade, não sendo outra a ilação extraída desta expressão contida no inciso II do art. 1.584 do Código Civil”(idem, ibidem).**

O mestre Rolf Madaleno fala ainda da questão dos alimentos, *ipsis verbis*:

“Para manutenção dos filhos, os cônjuges divorciados contribuirão na proporção de seus recursos (CC, art. 1.703), podendo estabelecer o modo e o montante da prestação desses alimentos em seu divórcio amistoso e até mesmo em acordo específico de alimentos, como podem, na hipótese de inconciliáveis desavenças, discutirem o valor desse direito alimentar em ação litigiosa de pedido ou de oferta de alimentos, ou de divórcio direto, deixando ao livre-arbítrio judicial a fixação do montante mensal dos alimentos a serem pagos pelo ascendente não custodiante da prole” (obra citada, págs. 330-331).

E no presente ordenamento jurídico brasileiro a conclusão não poderia ser diferente, pois o Diploma Substantivo Civil rege o seguinte, textualmente:

“Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

Merecem os aplausos de todos os que militam na seara jurídica os ensinamentos bastante claros e didáticos do jurista Paulo Nader, *ipsis litteris*:

“O Código Civil de 2002 optou por admitir a partilha de bens *a posteriori*, consoante a prescrição do art. 1.581.

A obrigação de alimentos, seja em favor do cônjuge ou da prole, bem como a responsabilidade pela guarda de filhos menores, regulamento do direito de visita e interesses correlatos devem ser definidos em termo de acordo do casal, suscetível de homologação, ou na sentença concessiva do divórcio. Diferentemente da partilha de bens, tal ordem de interesses não pode ser definida *a posteriori*” (CURSO DE DIREITO CIVIL. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pág. 251).

Ao tratar do tema dos efeitos do divórcio, especificamente quanto à guarda dos filhos menores, o mestre Arnaldo Rizzardo leciona, *verbo ad verbum*:

“É este um dos aspectos mais delicados do divórcio, cujos efeitos destilam sérios prejuízos na criação e formação dos filhos.

A guarda corresponde não apenas à residência dos filhos com um dos pais, em havendo separação. Envolve a responsabilização do exercício de direitos e deveres no concernente ao poder familiar sobre os filhos comuns, especialmente no que se refere à direção e à autoridade nas decisões sobre a criação, formação, educação, controle, orientação, vigilância e cuidados especiais” (DIREITO DE FAMÍLIA. 8ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2011. pág. 235).

Sobre o mesmo assunto, discorre o doutrinador Ozéias J. Santos, *ad litteram*:

“Na hipótese de divórcio resultante da ruptura da vida em comum, os filhos devem permanecer com o cônjuge em cuja companhia ficou durante este tempo.

Tal medida evita que a demanda se estenda apenas para discussão da guarda de filhos quando esta questão não havia sido objeto de litígio anterior” (DIVÓRCIO CONSTITUCIONAL. Syslook Editora, 2011. pág. 153).

O renomado civilista Arnaldo Rizzado aborda ainda a questão dos efeitos do divórcio quanto ao direito de visitas, *ipsis verbis et litteris*:

“A guarda dos filhos com um dos pais importa no direito de visita do outro, que não poderá ser negado por razões de ordem natural.

Na forma vista no item anterior, mesmo que optada a guarda compartilhada, não significa que não se regulamente o direito de visita, pois o

sentido de tal guarda não vai a ponto de entender-se que os filhos não tenham um lar fixo, ou que se garanta a liberdade de os pais terem os filhos consigo quando quiserem” (obra citada, pág. 239).

A ilustre professora Regina Beatriz Tavares da Silva (CURSO DE DIREITO CIVIL, 2: DIREITO DE FAMÍLIA. 42ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 335) e o conceituado mestre Sílvio de Salvo Venosa (DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA. 15ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015. Pág. 233) destacam que o fim do casamento é o efeito mais importante do divórcio, mas certamente não é o único dos efeitos, conforme vimos acima.

A festejada civilista Maria Helena Diniz destaca e elenca **15 (quinze) efeitos do divórcio**, conforme se vê às fls. 381 até 386 de sua obra Direito de Família (CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO, VOLUME 5: DIREITO DE FAMÍLIA. 27ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Págs. 381-386).

O egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu, *verbatim*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO, GUARDA E ALIMENTOS. SENTENÇA QUE DEFERIU A GUARDA À GENITORA E FIXOU ALIMENTOS EM FAVOR DO FILHO, QUE APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA ATINGIU A MAIORIDADE. A análise dos documentos juntados revela que o filho alcançou a maioria após a prolação da sentença, não devendo o recurso ser conhecido no ponto em que questiona a guarda, por perda de objeto. No respeitante aos alimentos, considerando que fixados quando o alimentando era menor de idade, em sede de apelo o pedido de exoneração não pode ser provido, pois deverá ser endereçado contra o alimentando em ação própria, agora maior de idade, portanto, não mais representado ou assistido pela genitora,

considerando que a ação de divórcio é personalíssima, cumprindo ao julgador decidir sobre a dissolução do vínculo matrimonial, alimentos, guarda dos filhos menores, direito de visitação e partilha de bens. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.(TJRS – Apelação Cível nº 70058855297, 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Sandra Brisolara Medeiros. j. 24.09.2014, DJe 30.09.2014)..

Vale a pena destacar o trecho do lapidar julgado do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bastante recente (2014), que preconiza o seguinte: “...**a ação de divórcio é personalíssima, cumprindo ao julgador decidir sobre a dissolução do vínculo matrimonial, alimentos, guarda dos filhos menores, direito de visitação e partilha de bens**” (ver acima).

Ora, o Tribunal de Justiça gaúcho, acima citado, foi bastante feliz em sua decisão, pois embora o objetivo principal do divórcio seja extinguir o vínculo matrimonial, esta nem sempre é a finalidade única do pedido de divórcio, que não pode simplesmente fazer abstração dos filhos menores, como se tal prole não existisse. Assim, o mais adequado é que o divórcio regule os alimentos a guarda e o direito de visitas referentes aos filhos menores, ainda que a partilha de bens fique parte posterior processo, em ação autônoma.

O excelso Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também já abordou o tema, chegando a conclusões semelhantes, *ad litteram*:

DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. ALIMENTOS. FILHO MENOR. FIXAÇÃO NA MESMA SENTENÇA QUE DECRETA O DIVÓRCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

Em observância aos princípios da celeridade, da economia processual e da efetividade da prestação jurisdicional e, ainda, do componente emocional que permeia as lides afetas às Varas de Família, que não recomenda a eternização dos litígios, a sentença que decreta o divórcio direto litigioso do casal pode perfeitamente dispor sobre alimentos devidos aos filhos menores do casal. (TJDFT – Acórdão n.290945, 20040910135247APC, Relator: NÍVIO GERALDO GONÇALVES, Revisor: NILSONI DE FREITAS, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/08/2007, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 18/12/2007. Pág.: 90).

À guisa de conclusão, considerando a legislação, a doutrina e a jurisprudência colacionadas na exposição acima, o mais acertado é entender que o divórcio, embora seja uma ação personalíssima, não é uma ação com finalidade única e exclusiva de extinguir o vínculo matrimonial, pois com frequência acontecem casos em que o divórcio precisa velar pelos superiores interesses dos filhos menores, como alimentos, guarda e visitas. Tais questões relativas aos filhos menores ou incapazes são inadiáveis, ao contrário da partilha de bens, que pode ser resolvida *a posteriori*. Acontece que a recíproca não é verdadeira. Isto significa que o divórcio sem prévia partilha de bens não pode olvidar os temas relativos aos filhos menores (guarda, alimentos, etc.).

DA UTILIZAÇÃO E PROTEÇÃO DA VEGETAÇÃO NATIVA DO BIOMA DA MATA ATLÂNTICA: APONTAMENTOS À LEI Nº 11.428/2006

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. Bioma da Mata Atlântica. Vegetação Nativa.

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 Da Utilização e Proteção da Vegetação Nativa do Bioma da Mata Atlântica: Apontamentos à Lei nº 11.428/2006.

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 N.º. 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 Nº. 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 Nº. 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, aprovou o 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 *ocaput* 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 *docaput* 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, instituiu 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 colocarem 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 desnaturalizar o seu aspecto característico. Trata-se,

comefeito, 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, independentemente 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* §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 Nº 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 inerte ao indivíduo, atuando como sedimento à concreção da 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 de 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 Da Utilização e Proteção da Vegetação Nativa do Bioma da Mata Atlântica: Apontamentos à Lei nº 11.428/2006

Em uma primeira exposição, para os efeitos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006^[21], que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências, consideram-se integrantes do Bioma Mata Atlântica as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, com as respectivas delimitações estabelecidas em mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, conforme regulamento: Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encaves florestais do Nordeste. Somente os remanescentes de vegetação nativa no estágio primário e nos estágios secundário inicial, médio e avançado de regeneração na área de abrangência definida no caput do artigo 2º terão seu uso e conservação regulados pela legislação em comento.

A proteção e a utilização do Bioma Mata Atlântica têm por objetivo geral o desenvolvimento sustentável e, por objetivos específicos, a salvaguarda da biodiversidade, da saúde humana, dos valores paisagísticos, estéticos e turísticos, do regime hídrico e da estabilidade social. Na proteção e na utilização do Bioma Mata Atlântica, serão observados os princípios da função socioambiental da propriedade, da equidade intergeracional, da prevenção, da precaução, do usuário-pagador, da transparência das informações e atos, da gestão democrática, da

celeridade procedimental, da gratuidade dos serviços administrativos prestados ao pequeno produtor rural e às populações tradicionais e do respeito ao direito de propriedade. A proteção e a utilização do Bioma Mata Atlântica far-se-ão dentro de condições que assegurem: (i) a manutenção e a recuperação da biodiversidade, vegetação, fauna e regime hídrico do Bioma Mata Atlântica para as presentes e futuras gerações; (ii) o estímulo à pesquisa, à difusão de tecnologias de manejo sustentável da vegetação e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de recuperação e manutenção dos ecossistemas; (iii) o fomento de atividades públicas e privadas compatíveis com a manutenção do equilíbrio ecológico; (iv) o disciplinamento da ocupação rural e urbana, de forma a harmonizar o crescimento econômico com a manutenção do equilíbrio ecológico.

O corte, a supressão e a exploração da vegetação do Bioma Mata Atlântica far-se-ão de maneira diferenciada, conforme se trate de vegetação primária ou secundária, nesta última levando-se em conta o estágio de regeneração. A exploração eventual, sem propósito comercial direto ou indireto, de espécies da flora nativa, para consumo nas propriedades ou posses das populações tradicionais ou de pequenos produtores rurais, independe de autorização dos órgãos competentes, conforme regulamento. Os órgãos competentes, sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, deverão assistir as populações tradicionais e os pequenos produtores no manejo e exploração sustentáveis das espécies da flora nativa. Ao lado disso, ainda nos termos do artigo 10 da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006[22], que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências, o Poder Público fomentará o enriquecimento ecológico da vegetação do Bioma Mata Atlântica, bem como o plantio e o reflorestamento com espécies nativas, em especial as iniciativas voluntárias de proprietários rurais. Nos casos em que o enriquecimento ecológico exigir a supressão de espécies nativas que gerem produtos ou subprodutos comercializáveis, será exigida a autorização do órgão estadual ou federal competente, mediante procedimento simplificado. Visando a controlar o efeito de borda nas áreas

de entorno de fragmentos de vegetação nativa, o poder público fomentará o plantio de espécies florestais, nativas ou exóticas.

O corte e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica ficam vedados quando: I - a vegetação: a) abrigar espécies da flora e da fauna silvestres ameaçadas de extinção, em território nacional ou em âmbito estadual, assim declaradas pela União ou pelos Estados, e a intervenção ou o parcelamento puserem em risco a sobrevivência dessas espécies; b) exercer a função de proteção de mananciais ou de prevenção e controle de erosão; c) formar corredores entre remanescentes de vegetação primária ou secundária em estágio avançado de regeneração; d) proteger o entorno das unidades de conservação; ou e) possuir excepcional valor paisagístico, reconhecido pelos órgãos executivos competentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA; II - o proprietário ou posseiro não cumprir os dispositivos da legislação ambiental, em especial as exigências da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, no que respeita às Áreas de Preservação Permanente e à Reserva Legal. Verificada a ocorrência do previsto na alínea a do inciso I do artigo 11, os órgãos competentes do Poder Executivo adotarão as medidas necessárias para proteger as espécies da flora e da fauna silvestres ameaçadas de extinção caso existam fatores que o exijam, ou fomentarão e apoiarão as ações e os proprietários de áreas que estejam mantendo ou sustentando a sobrevivência dessas espécies.

Os novos empreendimentos que impliquem o corte ou a supressão de vegetação do Bioma Mata Atlântica deverão ser implantados preferencialmente em áreas já substancialmente alteradas ou degradadas. Os órgãos competentes do Poder Executivo adotarão normas e procedimentos especiais para assegurar ao pequeno produtor e às populações tradicionais, nos pedidos de autorização de que trata a legislação em comento: (i) acesso fácil à autoridade administrativa, em local próximo ao seu lugar de moradia; (ii) procedimentos gratuitos, céleres e simplificados, compatíveis com o seu nível de instrução; (iii) análise e julgamento prioritários dos pedidos. A supressão de vegetação primária e

secundária no estágio avançado de regeneração somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública, sendo que a vegetação secundária em estágio médio de regeneração poderá ser suprimida nos casos de utilidade pública e interesse social, em todos os casos devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, ressalvado o disposto no inciso I do art. 30 e nos §§ 1º e 2º do art. 31 da legislação em comento.

A supressão de que trata o caput do artigo 14 dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º do mesmo dispositivo legal. A supressão de vegetação no estágio médio de regeneração situada em área urbana dependerá de autorização do órgão ambiental municipal competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente, com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico. Na proposta de declaração de utilidade pública disposta na alínea *b* do inciso VII do art. 3º da legislação em apreço, caberá ao proponente indicar de forma detalhada a alta relevância e o interesse nacional.

Na hipótese de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, o órgão competente exigirá a elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, ao qual se dará publicidade, assegurada a participação pública. O corte ou a supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, autorizados pela Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006[23], que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências, ficam condicionados à compensação ambiental, na forma da destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, e, nos casos previstos nos arts. 30 e 31, ambos da

legislação em destaque, em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana. Verificada pelo órgão ambiental a impossibilidade da compensação ambiental prevista no caput do artigo 17, será exigida a reposição florestal, com espécies nativas, em área equivalente à desmatada, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica. Ao lado disso, a compensação ambiental a que se refere o artigo 17 não se aplica aos casos previstos no inciso III do art. 23 da legislação em destaque ou de corte ou supressão ilegais.

No Bioma Mata Atlântica, é livre a coleta de subprodutos florestais tais como frutos, folhas ou sementes, bem como as atividades de uso indireto, desde que não coloquem em risco as espécies da fauna e flora, observando-se as limitações legais específicas e em particular as relativas ao acesso ao patrimônio genético, à proteção e ao acesso ao conhecimento tradicional associado e de biossegurança. O corte eventual de vegetação primária ou secundária nos estágios médio e avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, para fins de práticas preservacionistas e de pesquisa científica, será devidamente regulamentado pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente e autorizado pelo órgão competente do Sisnama. O corte e a supressão da vegetação primária do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados em caráter excepcional, quando necessários à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública, pesquisas científicas e práticas preservacionistas. O corte, a supressão e a exploração da vegetação secundária em estágio avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados: (i) em caráter excepcional, quando necessários à execução de obras, atividades ou projetos de utilidade pública, pesquisa científica e práticas preservacionistas; (ii) nos casos previstos no inciso I do art. 30 da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006[24], que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências.

Ainda nesta esteira, cuida apontar que o corte, a supressão e a exploração da vegetação secundária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados: (i) em caráter

excepcional, quando necessários à execução de obras, atividades ou projetos de utilidade pública ou de interesse social, pesquisa científica e práticas preservacionistas; (ii) quando necessários ao pequeno produtor rural e populações tradicionais para o exercício de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais imprescindíveis à sua subsistência e de sua família, ressalvadas as áreas de preservação permanente e, quando for o caso, após averbação da reserva legal, nos termos da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965; (iii) nos casos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 31 da legislação em comento.

O corte, a supressão e a exploração da vegetação secundária em estágio inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica serão autorizados pelo órgão estadual competente. O corte, a supressão e a exploração de que trata este artigo, nos Estados em que a vegetação primária e secundária remanescente do Bioma Mata Atlântica for inferior a 5% (cinco por cento) da área original, submeter-se-ão ao regime jurídico aplicável à vegetação secundária em estágio médio de regeneração, ressalvadas as áreas urbanas e regiões metropolitanas. Será admitida a prática agrícola do pousio nos Estados da Federação onde tal procedimento é utilizado tradicionalmente. O corte, a supressão e o manejo de espécies arbóreas pioneiras nativas em fragmentos florestais em estágio médio de regeneração, em que sua presença for superior a 60% (sessenta por cento) em relação às demais espécies, poderão ser autorizados pelo órgão estadual competente, observado o disposto na Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

É vedada a supressão de vegetação primária do Bioma Mata Atlântica, para fins de loteamento ou edificação, nas regiões metropolitanas e áreas urbanas consideradas como tal em lei específica, aplicando-se à supressão da vegetação secundária em estágio avançado de regeneração as seguintes restrições: (i) nos perímetros urbanos aprovados até a data de início de vigência da legislação em comento, a supressão de vegetação secundária em estágio avançado de regeneração dependerá de prévia autorização do órgão estadual competente e somente será admitida, para

fins de loteamento ou edificação, no caso de empreendimentos que garantam a preservação de vegetação nativa em estágio avançado de regeneração em no mínimo 50% (cinquenta por cento) da área total coberta por esta vegetação, ressalvado o disposto nos arts. 11, 12 e 17 da legislação em apreço e atendido o disposto no Plano Diretor do Município e demais normas urbanísticas e ambientais aplicáveis; (ii) nos perímetros urbanos aprovados após a data de início de vigência da legislação em comento, é vedada a supressão de vegetação secundária em estágio avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica para fins de loteamento ou edificação.

Nas regiões metropolitanas e áreas urbanas, assim consideradas em lei, o parcelamento do solo para fins de loteamento ou qualquer edificação em área de vegetação secundária, em estágio médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, devem obedecer ao disposto no Plano Diretor do Município e demais normas aplicáveis, e dependerão de prévia autorização do órgão estadual competente, ressalvado o disposto nos arts. 11, 12 e 17 da legislação em apreço. Nos perímetros urbanos aprovados até a data de início de vigência da legislação em destaque, a supressão de vegetação secundária em estágio médio de regeneração somente será admitida, para fins de loteamento ou edificação, no caso de empreendimentos que garantam a preservação de vegetação nativa em estágio médio de regeneração em no mínimo 30% (trinta por cento) da área total coberta por esta vegetação. Nos perímetros urbanos delimitados após a data de início de vigência da lei em exame, a supressão de vegetação secundária em estágio médio de regeneração fica condicionada à manutenção de vegetação em estágio médio de regeneração em no mínimo 50% (cinquenta por cento) da área total coberta por esta vegetação.

A supressão de vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração para fins de atividades minerárias somente será admitida mediante: (i) licenciamento ambiental, condicionado à apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, pelo empreendedor, e desde que demonstrada a

inexistência de alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto; (ii) adoção de medida compensatória que inclua a recuperação de área equivalente à área do empreendimento, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, independentemente do disposto no art. 36 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. O Poder Público, sem prejuízo das obrigações dos proprietários e posseiros estabelecidas na legislação ambiental, estimulará, com incentivos econômicos, a proteção e o uso sustentável do Bioma Mata Atlântica. Na regulamentação dos incentivos econômicos ambientais, serão observadas as seguintes características da área beneficiada: (i) a importância e representatividade ambientais do ecossistema e da gleba; (ii) a existência de espécies da fauna e flora ameaçadas de extinção; (iii) a relevância dos recursos hídricos; (iv) o valor paisagístico, estético e turístico; (v) o respeito às obrigações impostas pela legislação ambiental; (vi) a capacidade de uso real e sua produtividade atual.

A conservação, em imóvel rural ou urbano, da vegetação primária ou da vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração do Bioma Mata Atlântica cumpre função social e é de interesse público, podendo, a critério do proprietário, as áreas sujeitas à restrição de que trata esta Lei ser computadas para efeito da Reserva Legal e seu excedente utilizado para fins de compensação ambiental ou instituição de Cota de Reserva Ambiental - CRA. Parágrafo único. Ressalvadas as hipóteses previstas em lei, as áreas de preservação permanente não integrarão a reserva legal. Em consonância com o artigo 36 da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006^[25], que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências, fica instituído o Fundo de Restauração do Bioma Mata Atlântica destinado ao financiamento de projetos de restauração ambiental e de pesquisa científica. Constituirão recursos do Fundo de que trata ora mencionado: (i) dotações orçamentárias da União; (ii) recursos resultantes de doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou internacionais; (iii)

rendimentos de qualquer natureza, que venha a auferir como remuneração decorrente de aplicações do seu patrimônio; (iv) outros, destinados em lei.

Serão beneficiados com recursos do Fundo de Restauração do Bioma Mata Atlântica os projetos que envolvam conservação de remanescentes de vegetação nativa, pesquisa científica ou áreas a serem restauradas, implementados em Municípios que possuam plano municipal de conservação e recuperação da Mata Atlântica, devidamente aprovado pelo Conselho Municipal de Meio Ambiente. Terão prioridade de apoio os projetos destinados à conservação e recuperação das áreas de preservação permanente, reservas legais, reservas particulares do patrimônio natural e áreas do entorno de unidades de conservação. Os projetos poderão beneficiar áreas públicas e privadas e serão executados por órgãos públicos, instituições acadêmicas públicas e organizações da sociedade civil de interesse público que atuem na conservação, restauração ou pesquisa científica no Bioma Mata Atlântica. O proprietário ou posseiro que tenha vegetação primária ou secundária em estágios avançado e médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica receberá das instituições financeiras benefícios creditícios, entre os quais: (i) I - prioridade na concessão de crédito agrícola, para os pequenos produtores rurais e populações tradicionais. Os critérios, condições e mecanismos de controle dos benefícios referidos neste artigo serão definidos, anualmente, sob pena de responsabilidade, pelo órgão competente do Poder Executivo, após anuência do órgão competente do Ministério da Fazenda.

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: . 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: . 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: . Acesso em 30 jul. 2015.

_____. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em: . Acesso em 30 jul. 2015

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 30 jul. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: . 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: . 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: g.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: . 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: . 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: . 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: . 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: . 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: . 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: . 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 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: . 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 Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 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 Nº 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: . 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: . 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 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: . Acesso em 30 jul. 2015.

[16] BRASIL. **Lei N° 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: . Acesso em 30 jul. 2015.

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta

de Inconstitucionalidade N° 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 e 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 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. 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 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 equilíbrio entre as exigências da economia e 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 da ecologia, subordinada, no entanto, à invocação desse postulado, quando ocorrer 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 uma intervenção 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 11.428, de 22 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 30 jul. 2015.

[22] BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 30 jul. 2015.

[23] BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 30 jul. 2015.

[24] BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 30 jul. 2015.

[25] BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 30 jul. 2015.

DA AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO, DO DIREITO MATERIAL E DANOS MORAIS

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE: Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

Segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, diz-se do enriquecimento ilícito ser "o acréscimo de bens que, em detrimento de outrem, se verificou no patrimônio de alguém, sem que para isso tenha havido fundamento jurídico", podendo também ser utilizadas as expressões enriquecimento indébito, enriquecimento injusto ou enriquecimento sem causa como sinônimos.

DESENVOLVIMENTO

O doutrinador Limongi França, defendendo essa ideia e conceituando o enriquecimento sem causa, assim se expressa:

"Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico".

Para Acquaviva enriquecimento ilícito é o "aumento de patrimônio de alguém, pelo empobrecimento injusto de outrem. Consiste no locupletamento à custa alheia, justificando a ação de *in rem verso*".

"É o proveito que, embora não necessariamente ilegal, configura o abuso de direito, insejando uma reparação".

O enriquecimento compreende em todo aumento patrimonial e todo prejuízo que se evite. O empobrecimento, toda diminuição efetiva do patrimônio ou a frustração de vantagem legítima. Entre o enriquecimento de uma pessoa e o empobrecimento de outra é necessário que haja um vínculo, ou seja, um nexo causal, fazendo com que o primeiro enriqueça às custas do segundo. Consiste, como geralmente ocorre na deslocação de um valor de um patrimônio para outro.

Neste sentido cabe decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

“ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (OU SEM CAUSA) - PRESCRIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - I. Não se há negar que o enriquecimento sem causa é fonte de obrigações, embora não venha expresso no Código Civil, o fato é que o simples deslocamento de parcela patrimonial de um acervo que se empobrece para outro que se

enriquece é o bastante para criar efeitos obrigacionais. II. Norma que estabelece o elenco de causas interruptivas da prescrição inclui também como tal qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito pelo devedor. Inteligência do art. 172 do Código Civil. (STJ - Resp 11.025 - SP - 3ª T -Rel. Min. Waldemar Zveiter - DJU 24.02.92)”.

O nosso ordenamento jurídico prevê em seus artigos 876 e 884 do Código Civil, acerca do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa, respectivamente, como sendo:

“Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida condição”.

“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer á custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é

obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”.

O Código Civil em seu artigo 927 estabelece que acerca da obrigação de indenizar e reparar pelos danos causados por atos ilícitos causados a outrem, vejamos:

“Art. 927 CC/02 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

E mais: os artigos 186 e 187 disciplinam que, respectivamente:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Desta feita, o tema, traz-se a lume fundamento do ato ilícito previsto no Art. 186 do Novo Código Civil, segundo o qual:

“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência,

viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Sobre o tema, define o autor Clayton Reis em Avaliação do Dano Moral:

“[...] Trata-se de uma "lesão que atinge valores físicos e espirituais, a honra, nossas ideologias, a paz íntima, a vida nos seus múltiplos aspectos, a personalidade da pessoa, enfim, aquela que afeta de forma profunda não os bens patrimoniais, mas que causa fissuras no âmago do ser, perturbando-lhe a paz de que todos nós necessitamos para nos conduzir de forma equilibrada nos tortuosos caminhos da existência." (Avaliação do Dano Moral, 1998, ed. Forense).

E a obrigatoriedade de reparar o dano moral é material encontrando-se consagrada na Constituição Federal, precisamente em seu art. 5º, V, onde a todo cidadão é “assegurado o direito de resposta, proporcionalmente ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem” bem como no mesmo artigo no inc. X, onde “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Os danos aos bens imateriais, ou seja, os danos morais, na definição do renomado civilista Carlos Alberto Bittar^[1],

são “lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade. Em razão de investidas injustas de outrem. São aquelas que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas.”

Trata-se exatamente desse bem jurídico imaterial, composto de sentimento, de caráter, de dignidade e de honradez, que caso venha ser injustamente agravado e ofendido, dará azo ao pleito de indenização.

É bem sabido que, no aspecto do dano moral, também consoante a jurisprudência, sequer há a necessidade da prova do ato lesivo:

"O dano simplesmente moral, não há como ser provado. Ele existe tão somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo bastante para justificar a indenização. (TJPR – 4 Câ. – Ap. Rel. Wilson Reback – j. 12.12.90 – RT 681/163)".

Sendo o dano devidamente comprovado através de documentos colacionados aos autos, poderá postular o autor coerentemente requerendo a reparação dos valores concernentes aos danos morais e materiais sofridos.

Sobre dano moral a Egrégia Corte do Superior Tribunal de Justiça entende que:

“Ementa: Dano moral puro. Caracterização. Sobrevindo em razão de ato ilícito, perturbação nas relações

psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização. (STJ, Min. Barros Monteiro, T. 04, REsp 0008768, decisão 18/02/92, DJ 06/04/1998, p. 04499)”.

E na aferição do *quantum* indenizatório, Clayton Reis, em suas conclusões, assevera que deve ser levado em conta o grau de compreensão das pessoas sobre os seus direitos e obrigações, pois “quanto maior, maior será a sua responsabilidade no cometimento de atos ilícitos e, por dedução lógica, maior será o grau de apenamento quando ele romper com o equilíbrio necessário na condução de sua vida social”. (Avaliação do Dano Moral, 1998, Forense).

São valiosas as palavras do Min. Oscar Correa, a respeito da Indenização, *in verbis*:

“Não se trata de pecúnia *doloris* ou *pretium doloris*, que se não pode avaliar e pagar; mas, satisfação de ordem moral, que não ressarcir prejuízos e danos e abalos e tribulações irressarsíveis, mas representa a consagração e o reconhecimento, pelo direito, do valor e importância desse bem, que se deve proteger tanto quanto, senão mais do que os bens materiais e interesses que a lei protege” (voto do Min. Oscar

Corrêa, no RE 97.097, in RTJ, vol. 108/194).

Outrossim, deve ser levado em conta, ainda, o poder econômico da ofensora fato que a função sancionadora da indenização por dano busca o efeito de atingir o patrimônio daquele que ofende, de forma a coibir que outras pessoas venham a ser novamente lesadas/prejudicadas/enganadas pelo mesmo ofensor.

É princípio de responsabilidade civil que, aquele que causa dano ao outrem fica obrigado a reparar os prejuízos decorrentes do seu ato, de forma integral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Clayton Reis, Avaliação do Dano Moral, 1998, Forense.

BITTAR, Carlos Alberto – Reparação Civil por Danos Morais, artigo publicado na Revista do Advogado/AASP. n° 44, 1994, p.24.

[1] BITTAR, Carlos Alberto – Reparação Civil por Danos Morais, artigo publicado na Revista do Advogado/AASP. n° 44, 1994, p.24.

O USO DO SOFTWARE LIVRE COMO FATOR DE ECONOMIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

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: O aumento de custos na administração pública é uma constante em boa parte da administração no Brasil, luta-se então para que os custos sejam diminuídos e para que as receitas sejam suficientes para pagamentos das despesas, e com isto buscam-se formas de economizar com o gasto com a máquina pública. O gasto com Tecnologia da Informação é uma crescente, com o mesmo busca-se uma maior eficiência e redução do gasto com um planejamento mais eficiente. Neste cenário então surge o Software Livre como uma opção para reduzir os gastos com Software, que é a ferramenta principal em um ambiente onde a informação é primordial para tomada de decisão. 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, fica-se a esperança de aumento de uso para uma economia crescente dos gastos públicos e que os dispêndios ocorram com o que realmente é necessário fazer.

Palavras-chave: Software Livre. Economia, Administração Pública. Custos. Informação.

1 INTRODUÇÃO

Os custos de insumos e mão de obra vem crescendo consideravelmente, e isto faz com que novas formas de economia façam parte de uma busca constante da gestão responsável.

A crescente valorização salarial tem feito com que os gastos com a folha de pessoal tenham, cada vez mais, um impacto maior no orçamento da organização pública, e como fazer para reduzir esse impacto? Como fazer para economizar e de onde tirar essas economias?

Um das formas de diminuir este impacto é investir constantemente em aumento de produtividade dos servidores/empregados públicos. Uma das formas é investir constantemente em Tecnologia de Informação, pode-se conseguir melhorar a eficiência nos trabalhos do dia-a-dia e melhorar a gestão como um todo, além de permitir economias diretamente no fluxo do trabalho, além de prover o corpo gerencial de ferramentas que permitem uma gestão mais eficiente da organização.

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.

Os custos estão cada vez maiores e os recursos diminuindo gradativamente, o software livre vem como uma opção para ajudar os gestores a economizar onde podem, sem que isto implique que a qualidade do serviço prestado diminua.

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

O fato do software ser livre e não ser necessário pagar por sua licença já é um grande motivo para utilizá-lo, mas só isto não basta. Em algumas instituições há uma cultura estabelecida de uso de softwares e as vezes é preciso um bom trabalho para que se mude o cenário.

Mas contra números fica difícil relutar, uma Instituição que possui 1000 microcomputadores provavelmente teria que comprar 1000 suítes de escritórios, contendo editor de texto, planilha e no mínimo gerador de apresentação, se cada cópia custar R\$ 500, já seriam R\$ 500.000,00 de economia.

Infelizmente os gastos em software não param por ai, é preciso adquirir Sistemas de controle de acesso a rede de computadores, Sistemas gerenciadores de Bancos de Dados, softwares de desenvolvimento de Sistemas e antivírus. Em uma instituição que dá valor a sua área de Tecnologia de Informação, possivelmente terá outras categorias de software que podem ser trocados por softwares livres, e isto trará ainda mais economia.

O Software livre deixou de ser uma promessa para ser uma realidade, a grande maioria dos usuários de textos não usa nem 10% dos recursos do mesmo, então para que pagar por um produto quando pode-se economizar com software livre e poder contar com um orçamento mais enxuto, permitindo ao Gestor Público direcionar seus recursos a área fim, permitindo um aumento contínuo de qualidade e produtividade.

2 ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS DO USO DE SOFTWARE LIVRE

2.1 AUTONOMIA PARA ESCOLHA DO FORNECEDOR

A adoção de software livre proporciona ao consumidor a liberdade de escolha do fornecedor, haja vista que o método de trabalho das empresas que oferecem software proprietário favorece o uso de práticas para controlar as escolhas e, também, para dificultar que seu cliente substitua ou busque os serviços de outros fornecedores, isso porque o consumidor não tem acesso ao código-fonte.

A autonomia para escolher o fornecedor permite ao consumidor, seja ele pessoa física ou jurídica, 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.

2.2 CUSTOS

Outro aspecto importante a ser analisado em relação ao uso de software livre está relacionado ao custo. Ao realizar um projeto para a implementação de tecnologia, o custo inicial de implementação de um software livre, ordinariamente, é muito menor que o custo de um software proprietário, na medida em não inclui o custo para licença de uso, contratos de manutenção, dentre outros, o que gera um grande impacto no custo final de implementação.

Por outro lado, o uso de software livre pode causar um aumento no custo de mão de obra, porque pode ser necessário personalizar o software para adequá-lo ao serviço a que se destina.

2.3 SEGURANÇA

Qualquer espécie de software está sujeito a *bugs* que podem comprometer a disponibilidade, integridade e a confiabilidade dos sistemas, contudo, os aspectos relativos à segurança entre sistemas proprietários e livres, constata-se que sem o código-fonte fica mais difícil encontrar os erros e problemas que o sistema pode apresentar, o que não ocorre com o software livre, isso porque, com o código-fonte é mais fácil localizar os problemas existentes.

A maior parte dos especialistas concorda em afirmar que a possibilidade de ter acesso ao código faz com que diferentes pessoas possam inspecionar e verificar o mesmo código, aumentando a sua qualidade.

Um determinado erro pode ser de conhecimento de algumas pessoas, antes da publicação da correção, colocando em risco o sistema por uma grande quantidade de tempo, isto é comum de acontecer em códigos fechados. Algumas vezes estes erros ficam escondidos, por não fazerem parte de a estratégia empresarial publicar um problema tão grave de segurança. Um caso emblemático neste sentido foi o software Audio Galaxy, muito utilizado logo que a justiça estadunidense proibiu a rede Napster. Ele possuía um *spyware* que só foi descoberto anos depois, e que foi distribuído por eles junto com o seu software, mas que era de propriedade de terceiros. Outro caso similar foi descoberto recentemente onde softwares existentes em discos rígidos de televisores da LG e Samsung que possuíam serviço de internet, enviavam dados para os servidores dos fabricantes sobre conteúdo assistido.

Outro aspecto importante está relacionado ao ciclo de atualização e lançamento e o marketing empresarial. O software proprietário por ser de apenas uma empresa, é conduzido na estratégia mais lucrativa para ela. No

caso de, por exemplo, uma empresa descobrir uma grande falha de segurança, sua tendência vai ser atualizar o software da maneira mais discreta possível. Além disto, o mercado de software proprietário é coordenado muitas vezes por um departamento de marketing interessado em cumprir datas de lançamento. Já um projeto Software Livre, por ser organizado por uma comunidade, geralmente não tem a mesma pressão e pode lançar o seu produto quando ele efetivamente estiver pronto, elevando a sua qualidade e estabilidade no momento de lançamento.

3 ADOÇÃO DE SOFTWARE LIVRE NO GOVERNO BRASILEIRO

No Governo Federal do Brasil, o assunto começou a ser debatido em 2003, logo no início da gestão do Presidente Lula. Havia uma expectativa de que a adoção de Software Livre fosse realizada usando como referência as experiências de outros governos do Partido dos Trabalhadores, notadamente o Governo do Estado do Rio Grande do Sul e da Prefeitura Municipal de São Paulo, mesmo que esta ação não estivesse no Programa de Governo apresentado na eleição.

Inicialmente este assunto foi abordado de maneira desestruturada e dependia unicamente das lideranças oriundas de governos que já haviam adotado esta política e de iniciativas de órgãos com maior especialidade na área de Tecnologia da Informação.

O primeiro ato oficial relacionado a Software Livre foi o Decreto de 29 de outubro de 2003 (Brasil, 2003) que instituiu oito comitês executivos do programa Governo Eletrônico, entre eles o Comitê Técnico de Implementação de Software Livre (CISL). Este comitê coordenado pelo

Instituto Nacional de Tecnologia da Informação começou a atuar como órgão central da ainda inicial política de Software Livre.

As diretrizes da implementação do Software Livre no Governo Federal, estabelecidas como planejamento estratégico do CISL de 2003 são as seguintes:

- 01) Priorizar soluções, programas e serviços baseados em software livre que promovam a otimização de recursos e investimentos em tecnologia da informação.
- 02) Priorizar a plataforma Web no desenvolvimento de sistemas e interfaces de usuários.
- 03) Adotar padrões abertos no desenvolvimento de tecnologia da informação e comunicação e o desenvolvimento multiplataforma de serviços e aplicativos.
- 04) Popularizar o uso do software livre.
- 05) Ampliar a malha de serviços prestados ao cidadão através de software livre.
- 06) Garantir ao cidadão o direito de acesso aos serviços públicos sem obrigá-lo a usar plataformas específicas.
- 07) Utilizar o software livre como base dos programas de inclusão digital.
- 08) Garantir a auditabilidade plena e a segurança dos sistemas, respeitando-se a legislação de sigilo e segurança.
- 09) Buscar a interoperabilidade com os sistemas legados
- 10) Restringir o crescimento do legado baseado em tecnologia proprietária.

- 11) Realizar a migração gradativa dos sistemas proprietários.
- 12) Priorizar a aquisição de hardware compatível às plataformas livres.
- 13) Garantir a livre distribuição dos sistemas em software livre de forma colaborativa e voluntária.
- 14) Fortalecer e compartilhar as ações existentes de software livre dentro e fora do governo.
- 15) Incentivar e fomentar o mercado nacional a adotar novos modelos de negócios em tecnologia da informação e comunicação baseados em software livre.
- 16) Promover as condições para a mudança da cultura organizacional para adoção do software livre.
- 17) Promover capacitação/formação de servidores públicos para utilização de software livre.
- 18) Formular uma política nacional para o software livre¹.

Podemos dizer que o principal benefício trazido pelo Software Livre não é o seu uso, mas sim a adoção de sua prática para o desenvolvimento colaborativo. Entre os trabalhos que demonstram a vantagem do desenvolvimento colaborativo podemos destacar o clássico A Cathedral e o Bazar publicado em 1997, pelo desenvolvedor Eric Raymond (Raymond, 2000). Este trabalho mostra as vantagens que o novo modelo de desenvolvimento colaborativo, surgido a partir de projetos como o Linux, podem tornar o desenvolvimento mais eficiente ao atrair os usuários de cada

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/2003/Dnn10007.htm

software como contribuidores tanto no desenvolvimento como em outras etapas do ciclo de produção de um software.

Várias iniciativas do Governo Federal na produção e compartilhamento de Software Livre podem ser destacadas, entre elas projetos como Demoiselle, utilizado pelas principais empresas públicas de informática do Brasil. O projeto Expresso, que nasceu no Governo do estado do Paraná, mas que teve um grande impulso com o uso no Governo Federal. Em termos de repositório de software temos como exemplo o Agrolivre da Embrapa. Vários dos programas que foram colocados como Software Livre pelo Governo, se encontram no Portal Software Público.

A iniciativa do Software Público não é apenas um repositório de concentração de Software Livre, mas sim uma iniciativa realizada pelo Ministério do Planejamento para disponibilizar software com licenciamento livre, facilitando o fluxo de disponibilização de software. Este fluxo excede o simples licenciamento como Software Livre, pois, além do licenciamento como CC-GPL, tradução não oficial da GPL versão 2 da Free Software Foundation, existe uma série de obrigações extras que devem ser realizadas pela instituição de governo, empresa ou indivíduo que queira disponibilizar uma solução.

3.1 PROPOSTA DE POLÍTICA PÚBLICA DE SOFTWARE LIVRE

A desestruturação do tema Tecnologia da Informação fez com que não fosse possível realizar dentro do governo federal uma abordagem tão completa ao ponto de propor este tipo de política. A excessiva fragmentação da Tecnologia da Informação e Comunicação foi, e continua sendo, um entrave importante para qualquer política na área.

A completa desestruturação em que as áreas de Tecnologia da Informação estavam, no início do Governo Lula, transformaram os poucos trabalhadores ocupantes de cargos nos ministérios em simples executares, sem capacidade de planejamento. A estrutura de Governo Eletrônico, não foi eficiente para tratar as questões fundamentais, tanto para a gestão pública, como para o país.

Em termos de política pública o Governo Federal chegou a incluir o setor de software como prioridade na sua Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior – PITCE, mas poucas ações foram executadas para ampliar o setor.

Analisando os discursos presidenciais sobre Software Livre, as afirmações de alguns Ministros e o que está contido no programa de governo, verifica-se uma completa falta de organização e coordenação dentro do Governo para essa área, constatando a necessidade de construção de uma política pública integrada para a Adoção de Software Livre.

3.2 USO E ADOÇÃO DE SOFTWARE LIVRE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A implantação de Software Livre como parte da infraestrutura de funcionamento do Governo é, muitas vezes, a primeira preocupação de qualquer nova administração.

Uma política pública para Software Livre deve iniciar com a adoção desta tecnologia por parte do Governo tanto pela importância que este setor possui na economia como por sua capacidade de alavancar e criar efeitos de rede.

Para o sucesso de um processo de mudança tão amplo e transversal e que atinja todo o Governo, é fundamental determinar uma estrutura com capacidade de definir diretrizes de Tecnologia da Informação para todos os órgãos da administração pública. Essas diretrizes devem conter formas para acompanhar e eventualmente apoiar ações de avaliação, planejamento e implantação de Software Livre e possuir capacidade de imposição perante os demais órgãos.

A adoção de Software Livre nem sempre é um problema apenas de estrutura e de coordenação. Para movimentar o Estado é necessário, muitas vezes, a definição de normas e regulamentos que conduzam a uma ação inequívoca e consiste de todo o Governo.

Dessa forma, se pensarmos em toda a Administração Pública, incluindo também os poderes Judiciários e Legislativo e também Estados e Municípios, devemos considerar que o instrumento mais adequado seria uma lei com capacidade de levar toda e qualquer administração pública à adoção de Software Livre.

3.3 PLANEJAMENTO PARA ADOÇÃO DE SOFTWARE LIVRE

Cada órgão da administração pública deve estabelecer um planejamento de longo prazo específico para a adoção de Software Livre. Este planejamento deverá estar disponível para que a sociedade possa acompanhar devidamente. Para garantir a efetividade deste planejamento, ele deverá ser aprovado pela autoridade de maior nível hierárquico dentro do órgão e deverá ser relacionado e considerado tanto no plano diretor de Tecnologia da Informação - PDTI da instituição como do planejamento estratégico da instituição.

O órgão central da política de adoção de Software Livre deve listar e tornar público todos os planejamentos, mantendo eles atualizados à medida que as ações sejam executadas.

3.4 CAPACITAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS

Um dos processos fundamentais para implantação de Software Livre é a capacitação dos funcionários públicos. Uma das formas mais eficientes para treinamentos dos funcionários públicos tem sido o treinamento à distância, a oferta de cursos nesta plataforma democratiza o acesso, facilitando os estudos, independente do horário de trabalho. Entre os cursos comumente ofertados encontram-se: BrOffice.org, Linux, Apache, PostgreSQL, Zope, etc.

Uma das grandes necessidades no campo de Tecnologia da Informação e especialmente em Software Livre é a falta de corpo técnico qualificado no país. Um projeto com grande impacto em pouco tempo é realizar projetos de qualificação profissional em Software Livre.

Uma medida de grande impacto seria a ampliação do investimento no projeto CDTC para que contemple um número maior de pessoas e especialmente assuntos e cursos mais aprofundados, reforçando especialmente a parte de desenvolvimento de software. Além de cursos a distância, também deveríamos recriar um projeto semelhante ao Técnico Cidadão, que possa qualificar profissionais, especialmente àqueles que se encontram desempregados para se reciclar e ampliar os conhecimentos em Software Livre.

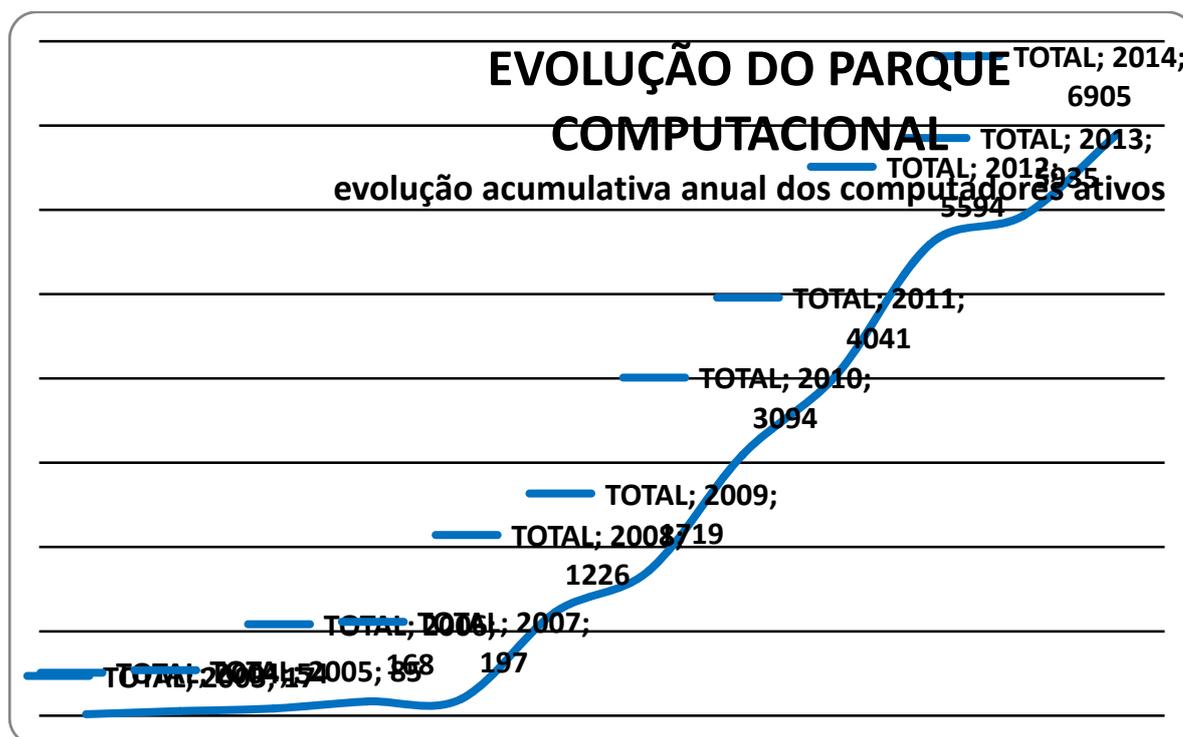
4 SOFTWARE LIVRE E A ECONOMIA NO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

A política de uso de Software Livre no MPMG é uma prioridade para a gestão de TI, não há mais aquisições de licenças de suites Microsoft Office, aquisição de ferramentas para desenvolvimento de sistemas e toda demanda para aquisição de software é analisada para que possa dar a alternativa de software livre. Apenas em casos mais restritos ou de inviabilidade técnica o software proprietário é adquirido.

A expansão do parque de computadores tem acompanhado o crescimento do número de servidores da instituição, que teve um salto grande nos últimos 5 anos. Conforme demonstrado abaixo, nos últimos anos houve um crescimento de aproximadamente 500 computadores por ano. O sistema operacional utilizado no MPMG é o Windows, que é pago e comprado em forma de O&M , onde o custo é reduzido e agregado ao hardware. Fez-e então a escolha de não adquirir uma suíte de escritório – pacote de softwares com Editor de texto, planilha e criador de apresentação -, utiliza-se então a suíte Libre Office. Levando em conta que cada computador disponibilizado no MPMG vem com uma suíte, houve uma economia de mais de R\$ 1.000.000,00 (Hum milhão de Reais). A previsão para a economia no ano de 2015 é de R\$ 120.000,00 (Cento e vinte mil reais) apenas como a suíte de escritório.

Mas a economia não se restringe ao uso de suíte de escritório, todo o ambiente de desenvolvimento de sistemas dos Analistas e Programadores também são formados em sua maioria por softwares livres, com isto gerou-se uma economia de mais de R\$ 200.000,00 (Duzentos mil reais) em licenças de ambientes de desenvolvimento, licenças de bancos de dados, ferramentas de correio, ferramentas para administração de dados,

servidores de aplicação e uma gama enorme de ferramentas para que os analistas de sistemas/programadores possam criar os softwares que os funcionários irão utilizar no seu dia-a-dia.



Há uma constante preocupação em escolher ferramentas que não apenas sejam gratuitas, mas que agreguem valores aos serviços prestados pela equipe de TI os negócios da instituição e conseqüentemente as necessidades dos cidadãos.

Uma equipe trabalha sempre na busca das melhores alternativas que contribuam com a otimização dos esforços de toda a equipe envolvida em projetos garantindo uma maior produtividade e com melhor qualidade,

gerando assim uma maximização dos resultados positivos que os Softwares Livres possam vir a trazer para toda a instituição.

5 CONCLUSÃO

Com a ordem vigente na economia global o aumento dos custos versus a busca da qualidade é uma luta constante para a administração. Os custos da máquina administrativa têm crescido de forma exorbitante e as fontes de arrecadação nem sempre tem suprido a necessidades orçamentárias dos governos.

Faz-se necessário, neste cenário, uma busca constante em aumentar a eficiência e baixar os custos, o que nem sempre é fácil. O aumento de eficiência na administração pública passa sempre por investimento em TI (Tecnologia da Informação), e conseqüentemente além de contratação de funcionários/empregados com alta qualificação técnica, treinamento e aquisição de hardware, tem-se a aquisição de software para atender as demandas que crescem de forma exponencial.

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.

As áreas atendidas por softwares livres são diversas dentro da necessidade da administração pública. Vai desde o sistema operacional do servidor de banco de dados ou processos, até o editor de texto para utilização dos servidores. Diversas necessidades da administração pública contam com Softwares Livres maciçamente testados e homologados por entidades de todo e qualquer tamanho.

O Software Livre pode ser tratado com uma opção para extinguir o software pago em uma determinada organização, mas comumente é visto

como opção para minimizar os gastos com licenças, auxiliando o gestor na economia das receitas com gastos em Tecnologia da Informação.

Cabe ao gestor público, junto com sua equipe, analisar suas demandas e confrontá-las com as opções de software livre existente no mercado, implantando sempre as opções que irão contribuir com o bom andamento do trabalho e gerando economias à administração, buscando manter a qualidade do serviço prestado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Decreto de 29 de outubro de 2003. Institui comitês técnicos do Comitê Executivo do Governo Eletrônico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/2003/Dnn10007.htm>. Acesso em: 30 nov. 2014.

FREE SOFTWARE FOUNDATION. 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.

MACHADO, Carlos R; HERNANDEZ, Juliana; KUHN, Deivi; CAMARA, Frederico; PASTORE, Paulo F. Uso de Software Livre no Governo Federal: Investigando o Estágio Atual e definindo (novos) Parâmetros de Acompanhamento In: WORKSHOP DE COMPUTAÇÃO APLICADA EM GOVERNO ELETRÔNICO, 2., 2010, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte, 2010. 1 CD-ROM. Disponível em: <http://www.inf.pucminas.br/sbc2010/anais/ISO/CSBC_2010.iso>. Acesso em: 03 fev. 2015.

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

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carls E. Introdução a Microeconomia. Rio de Janeiro, campus, 2013.

