

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 520

(ano VIII)

(15/01/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá):* **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/Argentina):** *Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.*

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

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



15/01/2016 Mauricio Antonacci Krieger
» [Processo trabalhista: recurso ordinário](#)

ARTIGOS

- 15/01/2016 Thiago Carneiro de Santana Santos
» [Da fixa o de "astreintes" em face da Fazenda Pública à luz do princípio da proporcionalidade](#)
- 15/01/2016 Diego Garcia Oliveira
» [Da imunidade tributária dos "E-Readers"](#)
- 15/01/2016 Tayson Ribeiro Teles
» [Licita o: algumas nuances do instituto](#)
- 15/01/2016 André de Farias Albuquerque
» [Publicidade enganosa, simulada e abusiva no Código de Defesa do Consumidor](#)
- 15/01/2016 Tau  Lima Verdun Rangel
» [Apontamentos   Carta para a Preserva o do Patrimônio Arquivístico Digital](#)
- 15/01/2016 Eduardo Araujo Rocha Ximenes
» [A natureza jurídica das san es previstas na Lei de Improbidade Administrativa](#)

PROCESSO TRABALHISTA: RECURSO ORDINÁRIO

MAURICIO ANTONACCI KRIEGER: Advogado militante (OAB/RS 73.357), trabalha nas áreas cível e trabalhista. Formado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS no ano de 2007. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo IDC-RS no ano de 2010. Mestre em Direito Processual Civil pela PUCRS no ano de 2014. Professor de Direito da Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC.

Introdução

O objetivo a ser traçado neste ensaio remete o leitor aos aspectos principais que norteiam o recurso ordinário.

Como se sabe o direito do trabalho, bem como o processo trabalhista são conhecidos por suas características próprias, pois possuem peculiaridades estranhas a outros ramos do direito. A fase recursal não é diferente, por isso faz-se necessário uma abordagem sobre os recursos trabalhistas, e neste artigo o foco passa a ser o recurso ordinário.

Dito recurso, é talvez o mais conhecido na justiça do trabalho, pois é o que ocorre com mais frequência, e corresponde ao recurso de apelação do processo civil.

Sendo assim, a pretensão é de apontar as principais características do recurso ordinário trabalhista, como as hipóteses de cabimento, os pressupostos de admissibilidade e a competência para julgamento do mesmo.

Do recurso ordinário

A previsão legal do recurso ordinário encontra-se no art. 895 da CLT *in verbis*: Cabe recurso ordinário para a instância superior: I- das decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias; e II- das decisões definitivas ou terminativas dos Tribunais Regionais, em processos de sua

competência originária, no prazo de 8 (oito) dias, quer nos dissídios individuais, quer nos dissídios coletivos.

Bem verdade, que antes mesmo da previsão legal acima exposta, o recurso ordinário já aparece no rol de recursos trabalhistas do art. 893 da CLT que traz a seguinte reda o: Das decisões são admitidos os seguintes recursos: (...) II- recurso ordinário. Ora, todo recurso tem uma razão de ser, e a principal razão que se pode apresentar para o recurso é a inconformidade da parte, ou seja, o recurso decorre do próprio direito de a o em que a parte que se sinta prejudicada tenha, em tese, uma alternativa para ver a sua a o reexaminada e possa ter a decisão reformada, ou totalmente, ou pelo menos de forma parcial. [1]

Nestes termos, pode-se afirmar que já   característica do ser humano o inconformismo, as pessoas nunca se dão por satisfeitas com decisões contrárias a suas pretensões, basta analisar esse sentimento desde o início da vida, em que as crianças que recebem um “não” dos pais tendem a questionar e perguntar o motivo pelo qual seu pedido foi rejeitado. Em todos os pontos da vida, de uma ou de outra forma o ser humano irá receber uma resposta negativa e na maioria das vezes não se dará por vencido, tentando de alguma maneira mudar o resultado. Nos processos judiciais isso se faz presente, na verdade, é o maior exemplo de inconformidade do ser humano, visto o alto  ndice de recursos, até mesmo pelo fato de que quem proferiu a decisão foi um juiz ou um colegiado de juízes, formado por seres humanos, ou seja, passíveis de erro. Com isso, os recursos buscarão sempre corrigir eventuais erros cometidos pelo julgador e fazer justiça no processo. [2]

No que tange ao recurso específico chamado de ordinário, cerne da pesquisa, muitas considera es devem ser feitas. O primeiro ponto a ser analisado é referente a que tipo de decisão que caberá o recurso ordinário, visto que o artigo 895 da CLT, mostrado acima diz que cabe o R.O das decisões definitivas ou terminativas,

portanto cabe fazer aqui a diferenciação. Como bem ensina Renato Saraiva, decisões definitivas são aquelas que possuem a resolução do mérito, ao passo que as terminativas são decisões sem exame do mérito. [3] O autor ilustra de maneira clara as possibilidades de sentença terminativa apresentando os exemplos: “Nesta esteira, indeferida a petição inicial, extinto o processo sem resolução do mérito por ausência das condições da ação ou dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo ou mesmo arquivada a reclamação trabalhista em função da ausência do reclamante à audiência, restará ao prejudicado a opção de interpor recurso ordinário, em função da sentença terminativa proferida”. [4]

Importante que se diga que das decisões interlocutórias no processo do trabalho, via regra geral, não cabe nenhum recurso, no entanto em algumas situações é possível atacar tal decisão, mas não com o agravo de instrumento, como poderia parecer em um primeiro momento e sim com o recurso ordinário, como é o caso da Súmula 214 do TST [5] quando o juiz acolhe exceção de incompetência territorial e remete os autos para alguma Vara do Trabalho pertencente à jurisdição de outro Tribunal Regional do Trabalho. Além disso, no caso do juiz declarar a incompetência absoluta, aquela relativa à matéria, como uma possível relação de consumo e determinar a remessa para a Justiça Comum. [6]

O recurso ordinário se presta também, dentre outras hipóteses a atacar decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho em ação rescisória para julgamento do Tribunal Superior do Trabalho como bem estabelece a Súmula 158 do TST, ou das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho que julgam mandado de segurança. Nesse caso, também com a remessa para o Tribunal Superior do Trabalho de acordo com a Súmula 201 do TST. [7]

Percebe-se, portanto, que os Tribunais Regionais do Trabalho possuem competência originária em alguns casos [8], como ocorre com os dissídios coletivos, e da decisão que for proferida pelos Regionais em um dissídio coletivo caberá o recurso ordinário, para a instância superior, nesse caso para o Tribunal Superior do Trabalho. [9]

O recurso ordinário, assim como todos os demais recursos trabalhistas, necessita do preenchimento de alguns pressupostos de admissibilidade para ter seu mérito analisado. O primeiro dos pressupostos de admissibilidade é o prazo, ou seja, a parte que quiser recorrer terá que interpor seu recurso no prazo de até 8 dias da publica o da sentença ou do acórdão. É o pressuposto objetivo chamado de tempestividade e a outra parte tem igual prazo para contra-arrazoar. [10]

Cabe aqui fazer o registro que o prazo de 8 dias para recorrer   o prazo geral dos recursos trabalhistas, muito embora nem todos os recurso trabalhistas tenham esse prazo. Nestes termos, a regra geral decorre da Lei 5.584/1970 que em seu artigo 6.é assim dispõe: Será de 8 dias o prazo para interpor e contra-arrazoar qualquer recurso (CLT, art. 893).

O segundo pressuposto que merece destaque é o que diz respeito a recorribilidade do ato, que significa dizer que deve existir uma previsão legal para um recurso de determinada decisão, e no caso em análise existe, das decisões definitivas ou terminativas das Varas e dos Tribunais caberá o recurso ordinário. Tal pressuposto tem sentido de ser, visto que algumas decisões não comportam recurso, pelo menos de imediato como   o caso das interlocutórias ou dos despachos. Tal pressuposto não deve ser confundido com o da adequa o, que pressupõe o recurso adequado para aquela decisão, portanto, em decisões que comportam recurso ordinário, a parte não deverá interpor um recurso de revista ou de embargos, ou qualquer outro que seja. No entanto,   possível que nos casos da

parte estar se valendo do *jus postulandi*, o juiz admitir o princípio da fungibilidade e aceitar o recurso errado como certo. Ora, nada mais justo, já que a Justiça do Trabalho permite que as partes demandem no processo sem a presença do advogado, pelo menos até o momento de interpor recurso para o segundo grau de jurisdição, nada mais aceitável que o juiz não seja tão rigoroso quanto ao uso das técnicas jurídicas, que obviamente a parte não tem maiores conhecimentos. [11]

Por falar na possibilidade da parte entrar com ação trabalhista sem a presença ou necessidade de um advogado valendo-se da regra do art. 791 da CLT, é preciso que se diga que outro pressuposto de admissibilidade recursal é a regularidade de representação, que é exigido caso a parte esteja assistida por advogado. [12] Sendo assim, o advogado da parte deverá ter procuração nos autos ou ao menos estar com o chamado mandato tácito, quando o advogado pratica os atos durante o processo, inclusive participando das audiências e tendo seu nome registrado na ata. Nesses casos, poderá fazer uso do recurso ordinário conforme estabelece o art. 791, § 3.º da CLT e Súmula 164 do TST. [13] [14]

Por fim, ainda cabe destacar o pressuposto objetivo de admissibilidade conhecido como preparo. Na palavras de Gustavo Filipe Barbosa Garcia “o preparo é pressuposto recursal voltado a exigir que o recorrente recolha e comprove as custas e despesas processuais relativas ao recurso interposto, sob pena de deserção. No processo do trabalho, quanto ao preparo, merecem destaque as custas e o depósito recursal”. [15]

Oportuno mencionar, que de acordo com o art. 790-A da CLT os beneficiários da justiça gratuita são isentos do pagamento das custas, além é claro, da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias e fundações públicas federais, estaduais e municipais que não explorem atividade econômica e o

Ministério Público do Trabalho, conforme os incisos do mesmo dispositivo legal. Já o depósito recursal será exigido como requisito recursal quando houver condenação em pecúnia. [16]

Já quanto aos pressupostos subjetivos dos recursos em geral, e portanto aproveitáveis no recurso ordinário, tem-se a legitimação, a capacidade e o interesse. O primeiro pressuposto condizente com a legitimidade significa dizer quem possui legitimidade para recorrer, e nesse ponto é possível apontar as próprias partes da demanda, os terceiros que se sentirem prejudicados e o Ministério Público do Trabalho. A capacidade por sua vez, “significa que o recorrente, além de legitimidade, deve ter capacidade para estar em juízo, que corresponde à capacidade de exercício dos direitos. Não tendo capacidade para estar em juízo, o recorrente deve estar representado ou assistido”. [17]

O interesse recursal aponta como parte interessada no recurso àquela que teve prejuízos, ou em outras palavras que foi derrotada na decisão do juiz. Assim, a parte vencida terá interesse em ver a decisão reformada, o que obviamente não terá a parte vencedora. No entanto, se a decisão for parcialmente procedente ou de alguma outra forma possa causar algum prejuízo para ambas as partes, tanto reclamante como reclamado teriam, em tese o interesse recursal.

No que toca aos possíveis efeitos do recurso ordinário, cabe lembrar que em regra os recursos trabalhistas possuem apenas o efeito devolutivo como estabelece a regra do art. 899 da CLT *in verbis*: Os recursos serão interpostos por simples petição e terão **efeito meramente devolutivo**, salvo as exceções previstas nesse Título, permitida a execução provisória até a sentença. (Grifou-se) Note-se porém, que como estabelece a Súmula 414 do TST é possível que se tenha efeito suspensivo no recurso ordinário, por meio de ação cautelar, mas isso apenas em casos excepcionais

como por exemplo em sentença que determina a imediata reintegração de empregado na empresa. [18]

Por fim, com o Novo Código de Processo Civil, muitas inovações foram trazidas ao processo comum e por consequência ao processo do trabalho e isso afeta inclusive o sistema recursal. Anteriormente o procedimento do recurso ordinário obedecia a seguinte formalidade: se o recorrente não respeitasse alguns ou até mesmo apenas um dos pressupostos processuais de admissibilidade o juízo *a quo* faria o primeiro juízo de admissibilidade e caso percebesse a falta de um dos referidos pressupostos não daria seguimento ao recurso para julgamento pelo juízo *ad quem*. Caso entendesse que o recurso estava apto remeteria o mesmo para o juízo *ad quem* que iria fazer o segundo juízo de admissibilidade e se estivesse tudo certo passaria a analisar o mérito do recurso. Em caso do juiz que proferiu a decisão (juízo de primeiro grau) entendesse pela falta de um dos pressupostos de admissibilidade e não desse seguimento ao mesmo, o remédio apto para atacar essa decisão era o agravo de instrumento, recurso apropriado para destrancar outro recurso.

Com o CPC de 2015, esse primeiro juízo de admissibilidade deixou de existir no recurso de apelação conforme estabelece o art. 1.010, § 3.º do NCPC: Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade. Cristina Zugno Pinto Ribeiro explica que o NCPC inovou ao retirar o juízo de admissibilidade do juiz de primeiro grau, conferindo tal competência exclusivamente ao segundo grau de jurisdição, para respeitar a celeridade processual retirando procedimentos desnecessários. [19]

Portanto, o procedimento foi alterado em sede de processo civil, e assim cabe fazer a análise se tal regra é compatível com o processo do trabalho. Ora o processo comum é fonte

subsidiária do processo trabalhista, por meio da “porta de entrada” que é o art. 769 da CLT que reza: Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as normas deste título. Nestes termos, para que o processo comum seja fonte subsidiária do processo do trabalho devem ser respeitados dois requisitos. O primeiro que haja omissão da CLT sobre a norma legal que se pretende aproveitar. Neste caso concreto a primeira observação que cabe fazer é que o recurso ordinário corresponde ao recurso de apelação do processo civil, mas corresponder não quer dizer que seja o mesmo recurso com todas as mesmas características tanto que os prazos são diferentes. A CLT não é omissa quanto ao recurso para decisões definitivas ou terminativas, no entanto, é omissa quanto à inovação, da desnecessidade de juízo de admissibilidade do juízo de primeiro grau. Assim sendo, o primeiro requisito foi superado. Quanto ao segundo se existe compatibilidade com as normas e princípios do processo do trabalho, resta evidente que sim, visto que o processo do trabalho, exatamente por lidar com verbas alimentares prima pela celeridade como consagração da razoável duração do processo, ou seja, tudo que vier a favorecer de alguma forma a celeridade do processo do trabalho e evitar procedimentos desnecessários que acabam por prejudicar o andamento do processo deverão ser muito bem vindos na seara trabalhista.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia compartilha desse mesmo entendimento de que não caberá mais a análise dos pressupostos de admissibilidade do juízo de primeiro grau. Nas palavras do autor “o juízo de primeiro grau, portanto, não mais verifica os pressupostos processuais, não podendo, assim, negar seguimento ao recurso, se ausente um ou mais pressupostos recursais” [20]

O NCCP trouxe muitas inovações a todo processo, embora a maior parte do Código siga inalterada. Caberá a todos os

operadores do direito esperar o funcionamento dos novos mecanismos para ver como exatamente irá funcionar e se as alterações foram positivas ou se poderiam ter sido melhor elaboradas.

Considerações finais

Diante do estudo realizado sobre os principais aspectos referentes ao recurso ordinário é possível tecer algumas considerações finais a título de conclusão. O recurso ordinário é um recurso que visa reformar eventuais injustiças e apesar de ter que respeitar os pressupostos processuais gerais relativos a todos os recursos trabalhistas se presta a reexame de fatos e provas, além de devolver ao tribunal matéria de direito.

A parte que interpor o recurso ordinário deverá respeitar todos os pressupostos de admissibilidade, como prazo, interesse, adequação, preparo quando for o caso, dentre outros para que o tribunal possa apreciar o mérito do recurso.

O recurso ordinário trabalhista corresponde ao recurso de apelação do processo comum e com isso respeita a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, permitindo que um colegiado em tese mais preparado que o juiz de primeiro grau analise a demanda. Por outro lado, os recursos tendem a prolongar o processo e prejudicar de alguma forma a razoável duração do processo, e a celeridade tão esperada nas lides trabalhistas. Os novos mecanismos inovadores do NCPC tendem a amenizar esse problema.

Referências

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito processual do trabalho**: teoria geral e processo de conhecimento. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 35. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Organizador. ZAINAGHI, Domingos Sávio. Coordenador. **CLT Interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri, SP: Manole, 2007.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de... [et al]. **Manual de prática trabalhista**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico: 2013.

RIBEIRO, Cristina Zugno Pinto. Anotações aos artigos 1.009 a 1.011. In. **Novo Código de Processo Civil anotado**. OAB – Porto Alegre: OAB/RS, 2015.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Método, 2006.

Notas:

1. MINHARRO, Erotilde S. Ribeiro; CUNHA, Maria Inês M. S. A. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Organizador. ZAINAGHI, Domingos Sávio. Coordenador. **CLT Interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 882.

2. CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito processual do trabalho**: teoria geral e processo de conhecimento. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 500.

3. SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Método, 2006, p. 474.

4. idem, p. 474.

5. **Decisão interlocutória. Irrecorribilidade** Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1.º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: (...) c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2.º, da CLT.

6. SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Método, 2006, p. 475.

7. OLIVEIRA, Cínthia Machado de... [et al]. **Manual de prática trabalhista**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico: 2013, p. 109.

8. De acordo com Valentin Carrion “a competência originária dos Tribunais Regionais ocorre no dissídios coletivos (inclusive revisão e extensão), mandados de segurança, ações rescisórias habeas corpus e conflitos de competência. Caso a decisão seja contrária ao interesse da parte, o recurso cabível é o Recurso Ordinário e sua confusão com o Recurso de Revista é erro grosseiro, insuscetível, havendo impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade”. CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 35. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 881.

9. OLIVEIRA, Cínthia Machado de... [et al]. **Manual de prática trabalhista**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico: 2013, p. 107.

10. LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 356.

11. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 653-4.

12. idem, p. 659.

13. Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final. (...) § 3.º A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada.

14. Súmula 164 do TST. **Procuração. Juntada** O não cumprimento das determinações dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, e do art. 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil importa o não conhecimento de recurso, por inexistente, exceto na hipótese de mandato tácito.

15. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 589.

16. idem, p. 590-2.

17. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 578-9.

18. OLIVEIRA, Cínthia Machado de... [et al]. **Manual de prática trabalhista**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico: 2013, p. 110.

19. RIBEIRO, Cristina Zugno Pinto. Anotações aos artigos 1.009 a 1.011. In. **Novo Código de Processo Civil anotado**. OAB – Porto Alegre: OAB/RS, 2015, p. 778.

20. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 618.

DA FIXAÇÃO DE "ASTREINTES" EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

THIAGO CARNEIRO DE SANTANA SANTOS:
Procurador do Município de Aracaju (SE), Advogado,
Especialista em Direito Tributário e Direito Público.

Resumo: As “*astreintes*” se destacaram como a mais utilizada das medidas de apoio, gerando a preocupação pelo seu uso indiscriminado em face da Fazenda Pública, visto que inobstante sejam de duvidável efetividade, têm sido causa de enriquecimento sem causa dos autores/exequentes e de endividamento do Ente Público.

Palavras-Chave: Obrigação de Fazer - Multa cominatória – Princípio da Proporcionalidade – Fazenda Pública – Inadequação.

Abstract: The “*astreintes*” (punitive fine) , stood out as the most used of support measures , generating concern for their indiscriminate use in the face of the Treasury , as regardless of whether it is of doubtful effectiveness , it has been the cause of unjust enrichment of the authors / exequentes and indebtedness of Public Ente.

Keywords: Obligation to Make - Fine injunction - Principle of Proportionality - Treasury - Inadequacy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da inadequação da aplicação de “*astreintes*” à Fazenda Pública. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO.

A sociedade pré-estatal não detinha aptidão para assegurar a paz social necessária ao desenvolvimento da humanidade, de sorte que a única forma de preservação do bem comum foi a estruturação do poder em um único centro, o Estado, dotado de Soberania, cujas origens são estudadas pela Ciência Política.

Logo após a geração, estruturação e funcionamento do ente estatal surgem as primeiras tensões entre o Poder Público e o

Povo que lhe é subjacente. Estas, por sua vez, eram inicialmente decorrentes do abuso do poder estatal que culminava na aniquilação das liberdades públicas, levando, através de eventos revolucionários, sobretudo a Revolução Francesa, à cristalização dos direitos fundamentais de primeira geração, que se caracterizam por criar limites ao Estado frente aos cidadãos, tais como: o direito à propriedade e à intimidade.

Entretanto, como dito, tais conquistas apenas limitavam o Poder mas não representavam ganhos existências à população, de sorte que novamente a história foi a força motriz do Direito, diante das terríveis condições de trabalho e opressão econômica que emergiram no século XIX e início do século XX, passando-se ao questionamento da ideologia liberal.

O problema passa a ser a omissão do Estado diante um cenário de gritante desigualdade material. Autores como Charles Fourier, Robert Owen e Luis Blanc, Marx e Engels, destacaram-se, seja por seu socialismo utópico, seja pelo socialismo científico.

A ordem do dia passou a ser a crítica ao individualismo exacerbado, à “mais valia”, à exploração do capital sobre o trabalho e o destaque a luta de classes. Tais fatores desempenharam um papel fundamental para o nascimento dos direitos do trabalhador, da igualdade material e da intervenção Estatal na economia.

No Brasil, a ideologia do Estado do Bem-Estar social encontra-se explicitada, sobretudo no art.3º da Constituição Federal, vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É justamente com a consolidação e efetivação dos Direitos Sociais, ou de segunda geração, que chegamos especificamente ao tema do presente articulado. Isso porque, a Constituição da República Federativa do Brasil, impõe à União, Estados e aos Municípios a formulação, implementação e execução de diversas Políticas Públicas, às quais, conforme o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, podem ser cobradas judicialmente, quando constatadas omissões injustificadas.

Para permitir a plena efetividade da Constituição Federal, não bastava capitular em seu corpo os direitos em tela, sendo necessário um movimento de adaptação do direito processual aos novos anseios sociais através da regulação das ações coletivas e com a previsão de meios processuais para reforçar a coercitividade das tutelas de obrigação de fazer, as ditas medidas de apoio.

Nesse novo cenário, as “*astreintes*” (multa cominatória), se destacaram como a mais utilizada das medidas de apoio, gerando a preocupação pelo seu uso indiscriminado em face da Fazenda Pública, visto que inobstante seja de duvidável efetividade, tem sido causa de enriquecimento sem causa dos autores/exequentes e de endividamento do Ente Público.

É importante salientar que tal ente não se confunde com o Poder Político que o governa e que o Erário a este não pertence.

Perceba-se que ao se aumentar o passivo de uma Pessoa Jurídica de Direito Público, sob o mero argumento da desobediência da ordem judicial incorre-se no equívoco de presumir que o Estado possui vontade própria e que deliberadamente não cumpriu a tutela mandamental, quando em verdade o descumprimento ocorre ou por deficiência de gestão, por entraves de índole administrativa (como, por exemplo, licitações desertas) ou

mesmo por defeitos da própria decisão judicial (prazos curtos, obrigações demasiadamente genéricas, etc).

Tais posturas decorrem de um processo psicológico de redução do Estado à Gestão e da dificuldade de nos reconhecermos como parte integrante e sobretudo, financiadora, da Unidade Política. Absorvemos demais a ideia de Democracia Representativa, de modo a deixar em segundo plano o fato de que o todo Poder Emanar do Povo, que também constitui o Estado e é por este responsável.

É por isso, que a aplicação indiscriminada de “astreintes” está longe de ser a panaceia dos problemas da ineficácia do Catálogo Constitucional de Direitos.

2. DA INADEQUAÇÃO DA APLICAÇÃO DE “ASTREINTES” À FAZENDA PÚBLICA.

Para o fiel cumprimento das decisões judiciais, os entes Públicos dependem da adoção de inúmeras e sequenciais providências inerentes à Administração Pública.

Tem-se, pois, que não se pode atribuir eventual demora no cumprimento do *decisum* a má vontade da Administração para com as ordens emanadas do Judiciário, tampouco ao desleixo de seus agentes.

Ao contrário, todos os órgãos dão prioridade e imprimem celeridade no atendimento dos comandos judiciais.

Não poderiam, contudo, em nome dessa prioridade, ignorar ou violar os procedimentos normais da Administração Pública, instituídos para preservar o patrimônio público e conferir maior segurança aos atos estatais.

Inclusive, tem sido reconhecida pelos Tribunais Pátrios essa submissão como obstáculo inafastável à imposição de multa diária por descumprimento de ordem judicial. Nesse sentido, milita, inclusive, a jurisprudência majoritária do TRF da 1ª Região:

PROCESSO CIVIL – DESCUMPRIMENTO
DE DECISÃO JUDICIAL – FAZENDA PÚBLICA
– IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA – ART. 460 §

40, CPC – IMPROPRIEDADE – MULTA AFASTADA – AGRAVO PROVIDO. A imposição de multas diárias como instrumento vocacionado à efetiva satisfação das obrigações de fazer, conquanto dotada de indubitável coerção em se tratando de conflitos interindividuais, não se afina com a disciplina normativa imposta à Administração Pública, que por conta da própria natureza do serviço público, muitas vezes posterga o cumprimento de ordens não por vontade de seus agentes, mas porque premido pelas circunstâncias e a tanto obrigado em face do princípio da legalidade. No caso de multas pecuniárias, some-se à burocracia e aos entraves operacionais, a dificuldade no efetivo pagamento das dívidas do Estado, por meio da tormentosa via do precatório. Precedentes deste Tribunal (AG 2001.01.00.0202209/ DF, Relator JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN; SEGUNDA TURMA; DJ 28/09/2001 P. 123); (AG 1999.01.00.024524-1/ DF; Relator JUIZ CATÃO ALVES; PRIMEIRA TURMA: DJ13/12/1999, P.20). Agravo provido. (TRF 1ª Região; Classe: AO – Agravo de instrumento – 01000183576; Processo: 2002010q01835).

O TRF da 5ª Região, por sua vez, não discrepa desse entendimento. Sendo assim, vale a pena transcrever decisão proferida pelo Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima no Agravo de Instrumento nº 52497- SE (2003.05.00.031894-5):

A fixação de multa diária tem o nítido objetivo de constranger o devedor a cumprir a obrigação. Visa

minar-lhe a resistência, afastar a teimosia, dobrar-lhe a têmpera. Pressupõe, portanto, o ânimo de resistir ao cumprimento da obrigação e ânimo, resistência teimosia, são atributos das pessoas físicas. **No que diz respeito à imposição de multa diária à União Federal, entendo que não merece prosperar. As astreintes impostas defalcam os recursos da União, diga-se da coletividade, imprescindíveis para sua manutenção, em detrimento da vontade pessoal de seu representante legal. Além do mais, mostra-se imprópria vez que serve para constranger o devedor ao cumprimento da obrigação. Ora, fácil de verificar que tal recurso se torna inútil no âmbito da Administração vez que esta nem ânimo possui.** Diante do exposto, recebo o presente recurso nos efeitos DEVOLUTIVO e SUSPENSIVO, para suspender a incidência das astreintes aplicadas a União, pelo fato de defalcá-la de seus recursos, diga-se da coletividade, imprescindíveis para sua manutenção, em detrimento da vontade pessoal do seu representante legal.

Oficie-se o MM. Juízo a quo.

Assim, a aplicação das “astreintes” contra a Fazenda Pública não se mostra adequada, na medida em que estas funcionam como meio coercitivo indireto para que o devedor cumpra a obrigação de fazer no prazo assinado.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

Dado ao seu caráter nitidamente punitivo, e não compensatório, a sua aplicação contra a Fazenda Pública, representante da coletividade, consubstancia uma verdadeira socialização da punição, o que é inconcebível.

Por outro lado, há que se ressaltar que o administrador público submetido que está ao princípio da legalidade (art. 37 da

CF/88), não tem outra opção para agir, senão o cumprimento da lei e, se deixar de cumprir uma ordem judicial injustificadamente, poderá vir a ser responsabilizado administrativamente e penalmente por isso.

Outro ponto de relevo é que a aplicação indiscriminada da multa cominatória subverte o próprio sistema do cumprimento das obrigações de fazer, visto que a regra é que seja concedida a tutela específica da forma mais eficiente possível, sendo a referida multa menos indicada para os casos em que, por exemplo, seja possível a realização do sequestro judicial.

Imagine-se uma situação em que foi prolatada decisão obrigando ao fornecimento, no prazo de 10 dias, de 20 caixas de um determinado medicamento, cujo valor unitário seja R\$ 100,00 (cem reais), sob pena de multa diária no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) até o limite de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Tratar-se-ia de decisão comum na praxe e que vem sendo diuturnamente prolatada pelos juízos e tribunais pátrios, mas que nos leva a uma certa perplexidade por ocasião da execução. Vejamos!

É sabido que as “*astreintes*” não estão limitadas ao valor da obrigação principal, pois não se confundem com a cláusula penal do Direito Civil, por esta razão, caso o ente público demorasse 30 (trinta) dias além do prazo de cumprimento já seria responsável pelo teto de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e ainda teria o gasto de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), totalizando R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Ora, à primeira vista, os defensores de um ativismo judicial monocromático nos diriam que caso o Estado estivesse preocupado com o gasto excessivo e desnecessário deveria ter cumprido a decisão no prazo. Entretanto, como abordamos na

introdução, não estamos diante de um ser dotado de vontade real e capacidade de autodeterminação.

Para piorar, o Patrimônio Público é formado não só de receitas originárias, mas dos tributos pagos por toda sociedade, de sorte que o julgador não deve estar alheio à realidade que circunda o seu campo de decisão. Perceba-se que a mesma decisão poderia ser prolatada do seguinte modo: condeno o ente público a fornecer o medicamento tal, no prazo de 10 dias, sob pena de ser sequestrado o valor necessário à sua aquisição. Intime-se desde já o autor para apresentar 3 (três) orçamentos e na sequência a Fazenda Pública para se manifestar.

Ora, se é possível prevenir o endividamento do Estado, do qual tanto faz parte o Poder Executivo quanto o Judiciário, porque dar margem ao esvaziamento dos cofres públicos. Noutra prisma, qual seria a decisão mais eficiente? Sem dúvida, a segunda pois assegura o provimento judicial postulado sem possibilitar o enriquecimento sem causa do autor.

É de bom alvitre salientar que na aplicação de eventual medida de apoio deve-se levar em consideração os princípios da proporcionalidade e da menor onerosidade do devedor. Dentro do âmbito principiológico-constitucional, a proporcionalidade, ocupa papel de destaque, na proteção dos direitos fundamentais e também na harmonização de interesses, até mesmo entre princípios e direitos fundamentais.

“A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público”. (CRISTÓVAM, 2006. p. 211)

Gilmar Mendes, comentando o modelo alemão, assevera que “A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.”

3. CONCLUSÃO:

Ante ao fato do erário ser formado de considerável parcela das riquezas da Sociedade, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem a responsabilidade pela sua preservação, devendo o juiz considerar a proporcionalidade não só quantificação da multa cominatória, mas atentar para a sua adequação à situação posta sob apreciação, de modo que se houver solução menos onerosa à satisfação do direito reconhecido pelo juízo esta deve ser obrigatoriamente adotada.

REFERÊNCIAS

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria Geral do Estado. 24.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.285

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

MARX e ENGELS, Manifesto do Partido Comunista. São Paulo: Martin Claret, 2003

DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS "E-READERS"

DIEGO GARCIA OLIVEIRA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Tributário e em Direito Penal. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O presente artigo tem como escopo a análise da extensão da regra imunizante do art. 150, VI, "d", da Constituição Federal de 1988, que exonera de impostos os livros e o papel destinado à sua impressão, e aos leitores digitais de livros, conhecidos como *e-reader*. A investida sobre o assunto será iniciada com breves considerações acerca do conceito de imunidade tributária e da imunidade dos livros e papéis necessários à sua impressão. Após a conceituação, será apresentado o tratamento da questão na doutrina e jurisprudência.

PALVRAS-CHAVE: Constitucional. Tributário. Imunidade de impostos para livros. Art. 150, VI, 'd' Constituição Federal. *E-readers*.

INTRODUÇÃO

A finalidade da imunidade de impostos conferida aos livros (art. 150, VI, 'd' da Carta Magna) é incentivar a divulgação do conhecimento. Desse modo, a concessão de interpretação sistemática e teleológica ao texto constitucional importa em alcançar o objetivo da regra.

CONCEITO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

A imunidade tributária consiste em impedimento absoluto à incidência da norma tributária, pois retira o poder de tributar da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Portanto, referidas pessoas político-constitucionais não podem cobrar

impostos nas situações descritas na Constituição Federal. Tal imunidade trata-se de não-incidência constitucionalmente qualificada.

Interessante ainda a transcrição do conceito de imunidade do Professor PAULO DE BARROS CARVALHO:

“A classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, que estabelecem de modo expresse a incompetência das pessoas políticas de direito interno, para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.”

As imunidades previstas no artigo 150 da Constituição Federal só existem para impostos, mas não se pode esquecer que existem imunidades distribuídas na Constituição em relação às taxas e contribuições especiais.

Permanecem hígdas as obrigações acessórias, uma vez que a imunidade tributária atinge apenas a obrigação principal.

DA IMUNIDADE DOS LIVROS E O PAPEL NECESSÁRIO À SUA IMPRESSÃO (ART. 150, VI, “D”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) E SUA FINALIDADE.

Trata-se de imunidade puramente objetiva, impedindo a cobrança dos impostos incidentes de forma direta sobre livros, jornais, periódicos e sobre o papel destinado a sua impressão (art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal).

Quanto à sua finalidade, ensina o professor IVES GANDRA MARTINS:

“A imunidade de impostos destinada aos meios de comunicação, culturais e educacionais lastreiam-se, como disse, no mesmo princípio de uma vedação absoluta ao poder de tributar, objetivando permitir: a) liberdade de imprensa; b) liberdade de veiculação de ideias; c) liberdade de difusão cultural; d) liberdade no âmbito da educação.”

Importante consignar ainda que *“O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil”* (STF, 2ª T., RE 221.239/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 25.05.2004, DJ 06.08.2004, p. 61).

Tal imunidade não é extensiva às livrarias, as quais devem, por exemplo, pagar Imposto de Renda sobre o rendimento com a venda de livros.

Coadunando com o exposto, há jurisprudência pacífica do STF:

“IPMF. Empresa dedicada à edição, distribuição e comercialização de livros, jornais, revistas e periódicos. Imunidade que contempla, exclusivamente, veículos de comunicação e informação escrita, e o papel destinado a sua impressão, sendo, portanto, de natureza objetiva, razão pela

qual não se estende às editoras, autores, empresas jornalísticas ou de publicidade - que permanecem sujeitas à tributa o pelas receitas e pelos lucros auferidos. Consequentemente, não há falar em imunidade ao tributo sob enfoque, que incide sobre atos subjetivados (moviment o ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira)" (STF, 1  T., RE-ED 206.774/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j.04.04.2000, DJ 09.06.2000, p. 30).

Já os chamados "e-readers" consistem em dispositivos de leitura digital, por meio dos quais se podem ler, eletronicamente, textos. Em outras palavras, em vez de serem impressos, em papel, os livros podem ser lidos por meio dos "e-readers", que, em tradu o livre, seriam "leitores de livros eletrônicos".

Se a fun o primordial do livro   difundir a expressão do conhecimento humano e assegurar a liberdade de expressão, o e-reader, enquanto suporte para livros cumpre bem com a finalidade constitucional, ainda mais pelo baixo custo do título literário que esses dispositivos digitais disponibilizam para aquisi o, o que contribui para que mais pessoas tenham acesso. Assim, entende-se que o leitor digital faz jus à imunidade constitucional tributária.

Especificamente em rela o   imunidade tributária para livros eletrônicos, essa matéria é tema de repercussão geral. O ministro do STF, **Dias Toffoli**, explica a controvérsia que surge em razão da interpreta o da alínea d, do inciso VI, do artigo 150, da Constitui o Federal, tratando, assim, das duas principais correntes – a restritiva e a extensiva:

“(...) A corrente restritiva possui um forte viés literal e concebe que a imunidade alcança somente aquilo que puder ser compreendido dentro da expressão ‘papel destinado a sua impressão’. Aqueles que defendem tal posicionamento aduzem que, ao tempo da elaboração da Constituição Federal, já existiam diversos outros meios de difusão de cultura e que o constituinte originário teria optado por contemplar o papel. Estender a benesse da norma imunizante importaria em desvirtuar essa vontade expressa do constituinte originário”.

“(...) Em contraposição à corrente restritiva, os partidários da corrente extensiva sustentam que, segundo uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, a imunidade serviria para se conferir efetividade aos princípios da livre manifestação do pensamento e da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, o que, em última análise, revelaria a intenção do legislador constituinte em difundir o livre acesso à cultura e à informação”.

Diversos Tribunais pátrios têm enfrentado a matéria e decidido pela extensão da imunidade aos chamados livros eletrônicos:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMUNIDADE DE IMPOSTOS PARA LIVROS. ART. 150, VI, 'D' DA CARTA MAGNA. EXTENSÃO AO 'KINDLE'. 1. Se a finalidade precípua da imunidade de impostos conferida aos livros (art. 150, VI, 'd' da Carta Magna) é incentivar a divulgação do conhecimento, não é menos verdade que se

imaginava a sua divulgação pela forma escrita, pois, se a lei não emprega palavras inúteis, esta é a conclusão a que se chega com a leitura da parte final do dispositivo transcrito. Isto se deve ao fato de que o Constituinte de 88 legislou a partir do conceito tradicional de livro, a de objeto escrito, impresso. 2. (...) Destarte, o leitor digital 'Kindle', ainda que não incluído no conceito tradicional de livro, se presta ao mesmo objetivo, pelo que entendo estar abrangido na imunidade do art. 150, IV, 'd', da Lei Maior. 3. Dessa forma privilegia-se o fim objetivado (divulgação do conhecimento), não o meio utilizado (livro impresso em papel)". (TRF4, APELREEX 5003444-83.200.404.7201, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, D.E. 01/03/2012).

“TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. IMPOSTOS. IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTO. LEITOR DE LIVRO DIGITAL, DENOMINADO KINDLE . CF/88. ART. 150, VI, ALÍNEA D.

O Supremo Tribunal Federal, em que pese ter entendimento restritivo quanto à concessão da imunidade tributária no tocante a livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, vem autorizando a extensão deste benefício tributário aos materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, em consequência, para esse efeito, os filmes e papéis fotográficos (RE 495385 AgR, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29.09.2009).

“(...) Portanto, considerando que o equipamento em questão, leitor de livros digitais, denominado Kindle, tem a função específica de, com vênia da redundância, permitir a leitura dos livros digitais, este equipamento equipara-se a materiais assimiláveis ao papel, para o fim da concessão da imunidade tributária (CF/88, 150, VI, d), a teor da jurisprudência do STF”. (TRF4, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5014246-64.2010.404.7000, 2ª TURMA, DESA. FEDERAL LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, POR UNANIMIDADE, PUBLICADO EM 11.07.2011)

“o que a norma em apreço busca garantir com a imunidade fornecida, é o livre acesso a cultura a todos os cidadãos, e não a cobrança de imposto, por sua produção em determinado material, sendo irrelevante qual meio deva ser usado na sua prestação” (TJ/SP, Processo 0002600-78.2013.8.26.0053)

“Restringir essa imunidade ao formato papel é fechar os olhos diante dos inegáveis avanços que a tecnologia proporciona, tributando-se ainda mais a liberdade ao conhecimento, à cultura e à manifestação do pensamento deste país.” (TJ/GO, Processo 254550-47.2014.8.09.0000)

“(...) a evolução social autoriza e exige que se amplie o alcance também das normas constitucionais, devendo-se fazer em projeção

teleológica, sob pena de distanciar a Constituição da sociedade a que se destina. No caso em apreço, não se tergiversa mais que a referida imunidade tributária tem por escopo proteger a liberdade de expressão, universalizar o acesso à cultura, incentivar a leitura etc., sendo irrelevante se o conteúdo da transmissão de ideias foi posto em livro de papel ou eletrônico, cumprindo relativizar a referência do texto constitucional a “papel destinado a sua impressão”. (TJ/PB, Processo 2009058-14.2014.815.000).

No mesmo sentido, **Ives Granda Martins** assevera:

“Não está escrito, no texto constitucional, que os livros, os jornais e os periódicos só serão imunes quando forem confeccionados de papel. [...] ... admitir que só os veículos de papel são imunes e que qualquer outra manifestação cultural, educacional ou de imprensa seja passível de manipulação governamental, por tributos, é reduzir a intenção do constituinte a sua expressão nenhuma. Uma tal interpretação equivalente a considerar que a liberdade de expressão só pode manifesta-se através de veículos de papel!!! – representa, inclusive, um pensamento retrógrado, de retrocesso institucional e intelectual. Significaria considerar que a comunicação social eletrônica pelos meios modernos não merece ser protegida, porque o constituinte teria desejado que o País não evoluísse na difusão cultural e na obtenção de informações. [...] Se se

admitisse que quem não tem o direito de tributar, pudesse, ‘pro domo sua’, interpretar restritivamente a lei impeditiva, poder-se-ia amesquinhar a intenção do constituinte de afastar da área impositiva aquelas situações e pessoas em atividades consideradas essenciais para a preservação do Estado Democrático de Direito. [...] Com base na Constituição, entendo que são livros aqueles cujo conteúdo seja próprio de um livro, jornal ou periódicos, qualquer que seja a forma de sua veiculação. O que define o livro é o seu conteúdo e não a sua forma. ... perante a Constituição, livro é definido por seu conteúdo e não por sua forma”.

Desse modo, concorda-se com o entendimento de que se deve conceder interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, visando conceder o benefício da imunidade tanto aos livros digitais quanto aos leitores digitais (e-reader). Tal posição, embasada nos artigos art., 5º, IV, IX, XIV, 205, 206, II, da Constituição Federal, objetiva “*dar efetividade aos princípios da livre manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, de acesso à informação aos meios necessários para tal, o que deságua, em última análise, no direito de educação (...)*” (TJ/DF, Processo 20140020228830).

CONCLUSÃO

Tem sido o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais pátrios de que a imunidade tributária deve ser estendida aos livros digitais e ao suporte físico que os contenham desde que revele os valores que são imanentes ao livro e, assim sendo,

estarão imunes aos impostos, por força do art. 150, VI, d, da Constituição Federal.

O livro digital e a sua visualização por meio de dispositivos virtuais não se afastam do objetivo da regra imunizante constitucional, que é difundir conhecimento e cultura como formas primordiais de liberdade de expressão.

Referências bibliográficas:

Carvalho, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 178.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos Referentes à Imunidade dos Livros Eletrônicos. RDDT 180/156, set/2010.

STF, 2ª T., RE 221.239/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 25.05.2004, DJ 06.08.2004, p. 61.

STF, 1ª T., RE-ED 206.774/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j.04.04.2000, DJ 09.06.2000, p. 30.

STF, Imunidade tributária de livro eletrônico é tema de repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=223771>>, acesso em 29.12.2015).

TRF4, APELREEX 5003444-83.200.404.7201, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, D.E. 01/03/2012.

TRF4, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5014246-64.2010.404.7000, 2ª TURMA, DESA. FEDERAL LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, POR UNANIMIDADE, PUBLICADO EM 11.07.2011.

TJ/SP, Processo 0002600-78.2013.8.26.0053.

TJ/GO, Processo 254550-47.2014.8.09.0000.

TJ/PB, Processo 2009058-14.2014.8.15.000.

TJ/DF, Processo 20140020228830.

LICITAÇÃO: ALGUMAS NUANCES DO INSTITUTO

TAYSON RIBEIRO TELES: Mestrando do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* - Mestrado em Letras: Linguagem e Identidade da Universidade Federal do Acre (UFAC). Especialista em Gestão Administrativa na Educação pela ESAB, de Vila Velha-ES (2014). Graduado, na Área de Administração, em Tecnologia em Gestão Financeira, pelo Centro Universitário Oswaldo Cruz, de Ribeirão Preto-SP (2013). Servidor Público Federal Efetivo do Ministério da Educação. Membro do Conselho Regional de Administração do Acre (CRA/AC), assentado no Registro n.º6-0079. Bem como, atualmente, é Acadêmico do 7.º Período do Curso de Direito da Ufac.

RESUMO: O presente trabalho tem o escopo de analisar de forma percuciente os conceitos básicos sobre licitação erigidos pela doutrina e pelo diploma estatal que regula o instituto, qual seja: a Lei Federal n.º 8.666/1993. A grosso vernáculo, o trabalho visa expor um aspecto baldrâmico sobre o que seja a licitação e algumas de suas principais nuances. No que atine à metodologia de pesquisa, optou-se pela tipologia da fonte de pesquisa bibliográfica e pelo método indutivo. Basicamente, a discussão proposta é pertinente a saber o que é a licitação no direito brasileiro e quais algumas de suas nuances. A conclusão a que se pode chegar é a de que a licitação é um procedimento legal destinado a regular a compra de bens por parte da administração pública, que para isso têm que seguir diversos critérios/requisitos. *Dessemodus*, tal instituto existe pelo escopo do Estado de regular sua própria existência. Isto é, para suprir suas necessidades materiais.

Palavras-chave: Licitação. Doutrina. Lei Federal n.º 8.666/1993. Conceitos básicos.

Abstract : This study has the scope to analyze insightful way the basics of bidding erected by the doctrine and the state diploma that regulates the institute, namely: the Federal Law No. 8.666 / 1993. Roughly vernacular, the work aims to expose a baldrâmico aspect of what is the bidding and some of its main nuances. As atine the research methodology, we opted for the type of literature source and

the inductive method. Basically, the proposed discussion is relevant to know what the bid in Brazilian law and what some of its nuances. The conclusion one can reach is that the bid is a legal procedure to regulate the purchase of goods by the government, which for this have to follow several criteria / requirements. This modus such institute exists for the state to regulate the scope of its own existence. That is, to meet their material needs.

Keywords: Auction. Doctrine. Federal Law No. 8.666 / 1993. Basic concepts.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DESENVOLVIMENTO. 1.1 Definição de Licitação. 1.2 Princípios Aplicáveis. 2 O FRACIONAMENTO DE DESPESA. 3 O PROJETO BÁSICO E O PROJETO EXECUTIVO. 4 ORÇAMENTO, CUSTO (DIRETO E INDIRETO), PREÇO, INSUMO, SERVIÇO E COMPRA. 5 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS (SRP). 6 OS TIPOS DE LICITAÇÃO. 7 DEFINIÇÃO, REQUISITOS E IMPLICAÇÃO DO EDITAL. 8 METODOLOGIA. 8.1 Método. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo precípuo erigir análise sobre o tema Licitações Públicas e a Lei Federal n.º 8.666/1993. A metodologia de pesquisa foi a exploração bibliográfica, bem como o método de estudo é o indutivo com valoração qualitativa. Optou-se por estes procedimentos, porquanto, como preceituam Lakatos e Marconi (2011), a indução é um processo intelectual em que, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universalizável, não integrante dos fragmentos analisados.

Nesse rumo, após analisarmos os dados primários constantes nas referências, produzimos o presente trabalho, o qual pode ser considerado como um dado secundário. Não por ter inovado cientificamente, mas apenas por trazer à luz nova organização teórica sobre a temática estudada.

1 DESENVOLVIMENTO

Oliveira (2014) diz que os pressupostos (elementos essenciais) de existência do Estado, como informa a tradução conceitual de Estado, podem ser elencados de forma tríade, compreendendo o elemento físico do território, o elemento humano do povo e o elemento subjetivo da soberania.

Nesse foco, frisa o autor que o instituto da Licitação Pública existe com o desiderato do Estado de regular sua própria existência. Isto é, para suprir suas necessidades materiais, o Estado necessita adquirir e/ou bens. Assim, para garantir o cumprimento da lei e o respeito a princípios, foram produzidos normas e princípios para estes procedimentos, os quais integram a chama Licitação Pública, que será estudada nas seções seguintes.

1.1 Definição de Licitação

Consoante Alexandre e Deus (2015), Licitação é um procedimento administrativo mediante o qual a administração, antes de celebrar um contrato administrativo, abre a todos os interessados que com ela pretendam contratar e que atendam às condições previstas no instrumento convocatório a possibilidade de apresentar suas propostas, com o objetivo de que seja escolhida aquela que melhor atenda ao interesse público.

1.2 Princípios Aplicáveis

Assevera Di Pietro (2013) que os principais princípios aplicáveis ao instituto da Licitação são: Moralidade administrativa, Legalidade, Igualdade, Probidade administrativa e Impessoalidade. A Moralidade administrativa foi qualificada como princípio constitucional pelo art. 37, caput, da CF/88, devendo nortear toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia. A licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa.

A Legalidade, conforme a autora impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.

A Igualdade significa, conforme Filho (2010), que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. Consequência do princípio da igualdade é a proibição de se estabelecerem diferenças em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes, ou a proibição de tratamento diverso de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária entre empresas brasileiras e estrangeiras.

A Probidade administrativa exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível. Se, ao contrário, a improbidade frustra o objetivo da licitação, o responsável pela distorção deve sofrer a aplicação das sanções civis, penais e administrativas cabíveis.

A Impessoalidade se encontra diretamente interligada com os princípios da igualdade e do julgamento objetivo. Garantindo tratamento igual a todos os licitantes, com relação aos seus direitos e obrigações. Em suas decisões, deve a administração sempre pautar-se por critérios objetivos, sem considerar aspectos pessoais dos licitantes ou aceitar vantagens por ele oferecidas para favorecimento.

A Vinculação ao instrumento convocatório advém do art. 41 da Lei 8.666/93, vedando à administração o descumprimento das

normas e condições do edital. O instrumento vincula tanto a administração como os licitantes. O princípio também vale para a carta convite, instrumento específico da modalidade convite de licitação.

Por fim, a Adjudicação compulsória significa atribuir a execução/fornecimento do objeto licitado ao vencedor do certame, vedando que a administração, concluído o procedimento, atribua seu objeto a outro que não seja o vencedor. Tal princípio não garante a execução do contrato, este tendo caráter declaratório. O que ele garante é que o objeto não será atribuído a outro licitante e que não se abra outra licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

2 O FRACIONAMENTO DE DESPESA

Para Oliveira (2014), fracionamento, a luz da Lei de Licitações, caracteriza-se quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior a recomendada pela legislação para o total da despesa ou para efetuar contratação direta.

Diz o autor que a Lei no 8.666/1993 veda no art. 23, § 5º, o fracionamento de despesa. Impede, por exemplo, a utilização da modalidade convite para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços de idêntica natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente sempre que a soma dos valores caracterizar o caso de tomada de preços. De igual forma, a utilização de várias tomadas de preços para se abster de realizar concorrência.

Para o autor, a norma não autoriza que o fracionamento das contratações acarrete a dispensa de licitação. Frise-se que a lei não veda genericamente o fracionamento das contratações, mas apenas a utilização do fracionamento com o intuito de dispensar a licitação. Em casos de contratações homogêneas, com objetos similares, deve ser levado em consideração o valor global dessas contratações.

Mazza (2014) assevera que se houver fracionamento do objeto, cada parte deverá ser licitada utilizando a modalidade

cabível para o valor integral (art. 23, § 2º, da Lei n. 8.666/93). Essa regra impede que a divisão do objeto funcione como mecanismo de fuga da modalidade correta. Bem como, é bom lembrar que o fracionamento refere-se à despesa, ou seja, à divisão do valor da despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada na legislação.

3 PROJETO BÁSICO E PROJETO EXECUTIVO

Projeto básico é, para Oliveira (2014), o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar obra ou serviço ou complexo de obras ou serviços. É imprescindível para realização de qualquer obra ou serviço de engenharia. Tradicionalmente, a realização de obras e a prestação de serviços pressupõem a elaboração do “projeto básico” (art. 6.º, IX, da Lei 8.666/1993) e do “projeto executivo” (art. 6.º, X, da Lei 8.666/1993), que devem estabelecer, de maneira clara e precisa, todos os aspectos técnicos e econômicos do objeto a ser contratado, tendo em vista o dever de planejamento estatal .

Projeto básico, diz o autor, é documento prévio ao procedimento licitatório, que serve de base para elaboração do ato convocatório. Deve ser elaborado pelo setor requisitante do objeto da licitação e confirmado pela autoridade que aprovou a realização do certame.

Projeto Básico, para o mesmo autor, também pode ser o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução”. Os elementos que devem constar do projeto básico estão enumerados nos arts. 6.º, IX, e 12 da Lei de Licitações.

A licitação para contratação de obras e serviços depende do cumprimento das seguintes exigências (art. 7.º, § 2.º, da Lei 8.666/1993):

a) elaboração do projeto básico que deve ser aprovado pela autoridade competente e disponibilizado para consulta dos interessados em participar do processo licitatório;

b) existência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

c) previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, na forma do respectivo cronograma;

d) o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, quando for o caso.

Ressalte-se, contudo, conforme diz Oliveira (2014), que a licitação pode ser iniciada sem a elaboração prévia do projeto executivo, desde que haja decisão motivada por parte da autoridade administrativa, hipótese em que o projeto deverá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços (arts. 7.º, § 1.º, e 9.º, § 2.º, da Lei 8.666/1993).

Adita o autor que não podem participar da licitação para contratação de obras e serviços (art. 9.º, I e II, da Lei 8.666/1993):

a) os autores do projeto básico ou executivo; e b) as empresas responsáveis pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado.

Por fim, afirma o autor que para realização de procedimento licitatório não há obrigatoriedade da existência previa de projeto executivo, uma vez que este poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução de obras e prestação de serviços, se autorizado pela Administração. No caso, a licitação deverá prever a elaboração do competente projeto executivo por parte do contratado e preço previamente fixado pela Administração.

4 ORÇAMENTO, CUSTO (DIRETO E INDIRETO), PREÇO, INSUMO, SERVIÇO E COMPRA

Segundo Padoveze (2004), orçamento pode ser entendido como a expressão monetária e quantitativa de um plano, cujo objetivo, é atingir um resultado final, anteriormente traçado pelos responsáveis pela sua elaboração, com a participação de todos os setores da empresa.

O autor diz que, de acordo com a NPC 2 do IBRACON, custo é a soma dos gastos incorridos e necessários para a aquisição, conversão e outros procedimentos necessários para trazer os estoques à sua condição e localização atuais, e compreende todos os gastos incorridos na sua aquisição ou produção, de modo a colocá-los em condições de serem vendidos, transformados, utilizados na elaboração de produtos ou na prestação de serviços que façam parte do objeto social da entidade, ou realizados de qualquer outra forma.

Bem como, para o autor, custo direto é aquele que pode ser identificado e diretamente apropriado a cada tipo de obra a ser custeado, no momento de sua ocorrência, isto é, está ligado diretamente a cada tipo de bem ou função de custo. É aquele que pode ser atribuído (ou identificado) direto a um produto, linha de produto, centro de custo ou departamento.

Segundo o autor tal custo não necessita de rateios para ser atribuído ao objeto custeado. Ou ainda, são aqueles diretamente incluídos no cálculo dos produtos. Exemplos de custos diretos: matérias-primas usados na fabricação do produto; mão de obra

direta; serviços subcontratados e aplicados diretamente nos produtos ou serviços.

Os custos diretos, para este autor, tem a propriedade de ser perfeitamente mensuráveis de maneira objetiva. Os custos são qualificados aos portadores finais (produtos), individualmente considerados. Tais custos constituem todos aqueles elementos de custo individualizáveis com respeito ao produto ou serviço, isto é, se identificam imediatamente com a produção dos mesmos, mantendo uma correspondência proporcional. Um mero ato de medição é necessário para determinar estes custos.

Assevera o referido autor que Indireto é o custo que não se pode apropriar diretamente a cada tipo de bem ou função de custo no momento de sua ocorrência. Os custos indiretos são apropriados aos portadores finais mediante o emprego de critérios pré-determinados e vinculados a causas correlatas, como mão de obra indireta, rateada por horas/homem da mão de obra direta, gastos com energia, com base em horas/máquinas utilizadas, etc. Nesse foco, atribui-se parcelas de custos a cada tipo de bem ou função por meio de critérios de rateio.

Deixa claro o autor que este é um custo comum a muitos tipos diferentes de bens, sem que se possa separar a parcela referente a cada um, no momento de sua ocorrência. Ou ainda, pode ser entendido, como aquele custo que não pode ser atribuído (ou identificado) diretamente a um produto, linha de produto, centro de custo ou departamento. Necessita de taxas/critérios de rateio ou parâmetros para atribuição ao objeto custeado. São aqueles que apenas mediante aproximação podem ser atribuídos aos produtos por algum critério de rateio.

Preço estimado, para o autor em análise, é um dos parâmetros de que dispõe a Administração para julgar licitações e efetivar contratações. Deve refletir o preço de mercado, levando em consideração todos os fatores que influenciam na formação dos custos. Preço unitário é o correspondente a cada unidade licitada e preço global, o total da proposta.

Preço médio, para Oliveira (2014) é o elaborado com base em pesquisa de preços realizada no mercado onde será realizada a contratação. Preço de mercado de determinado produto é aquele que se estabelece na praça pesquisada, com base na oferta e na procura. Diz-se também que é o corrente na praça pesquisada. Preço praticado pela Administração contratante é aquele pago ao contratado.

Preço médio, segundo o referido autor, é o elaborado com base em pesquisa de preços realizada no mercado onde será realizada a contratação. Preço de mercado de determinado produto é aquele que se estabelece na praça pesquisada, com base na oferta e na procura. Diz-se também que é o corrente na praça pesquisada. Preço praticado pela Administração contratante é aquele pago ao contratado.

Pesquisa de preços é, para o dito autor, procedimento prévio e indispensável à verificação de existência de recursos suficientes para cobrir despesas decorrentes de contratação pública. Serve de base também para confronto e exame de propostas em licitação. Pesquisar preços é procedimento obrigatório e prévio à realização de processos de contratação pública.

Insumo, para Mazza (2014), é toda mão de obra, materiais e equipamentos utilizados na produção de materiais e serviços. Bem como, serviço é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais e compra é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.

5 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS (SRP)

Sistema de Registro de Preços (SRP), como deixa claro Oliveira (2014), é o conjunto de procedimentos adotados pela Administração para registro formal de preços relativos a execução de serviços e fornecimento de bens. Trata-se de cadastro de

produtos e fornecedores, selecionados mediante prévio processo de licitação, para eventual e futura contratação de bens e serviços por parte da Administração.

Diz o autor que o Decreto 7.892/2013, que revogou o Decreto 3.931/2001, regulamenta o registro de preços em âmbito federal, não se aplicando aos demais Entes federados que deverão editar as suas respectivas regulamentações.    possível, inclusive, que o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e os Tribunais de Contas tenham regulamentações próprias sobre o SRP.

Assevera o autor que o Registro de preços, na forma do art. 3.   do Decreto 7.892/2013, poderá ser adotado nas seguintes hipóteses: a) necessidade de contratações frequentes, tendo em vista as características do bem ou serviço; b) conveniência da aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou da contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; c) conveniência da aquisição de bens ou da contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e d) impossibilidade de definição prévia, em razão da natureza do objeto, do quantitativo a ser demandado pela Administração.

Mazza (2014) consigna que a Lei de Licitações, Lei n. 8.666/93, estabelece algumas condições para a manutenção do sistema de registro de preços: a) utilização de concorrência pública, exceto quando couber o preço; b) deve haver sistema de controle e atualização dos preços; c) a validade do registro não pode superar um ano; d) os registros devem ser publicados trimestralmente na imprensa oficial.

Deve o SRP, para o autor, ser adotado preferencialmente quando: pelas características do bem ou serviço houver necessidade de contratações frequentes; pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração; for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários a Administração para o desempenho das atribuições; e

for vantajosa a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade ou a programas de governo.

De acordo com Oliveira (2014) a Orientação Normativa n. 21 da AGU sobre Licitações e Contratos: “É vedada aos órgãos públicos federais a adesão à Ata de Registro de Preços, quando a licitação tiver sido realizada pela Administração Pública Estadual, Municipal ou do Distrito Federal”.

Diz o autor que, em âmbito federal, o Decreto 7.892/2013 proíbe que órgãos e entidades da Administração Pública federal utilizem a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual (art. 22, § 8.º). Todavia, o mesmo diploma normativo admite a utilização da ata de registro de preços da Administração federal por outros entes da Federação (art. 22, § 9.º).

Assim, propala o autor que deve o SRP ser adotado preferencialmente quando: pelas características do bem ou serviço houver necessidade de contratações frequentes; pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração; for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários a Administração para o desempenho das atribuições; e for vantajosa a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade ou a programas de governo (BRASIL, 2010).

6 OS TIPOS DE LICITAÇÃO

Segundo Di Pietro (2014), os tipos de licitação, estão previstos no § 1º do artigo 45 da Lei 8.666/93) e compreendem quatro categorias:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações

do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço;

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Para esse fim, frisa a autora que o edital mencionará qual o tipo de licitação que será adotado para critério de julgamento. Além disso, o edital deverá mencionar os fatores que serão levados em consideração, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle; podem ser indicados critérios relativos a prazo, qualidade, rendimento, tipo de material e outros expressamente previstos, vedado levar em consideração qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes (art. 44, § 1º); também não poderá ser considerada qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes (§ 2º).

A Lei nº 8.666/93 deu preferência à licitação de menor preço, que é a que permite escolha mais objetiva e dificulta a apreciação discricionária por parte da Comissão. Ficou limitada a utilização da "melhor técnica" ou "técnica e preço" à hipótese de contratos que tenham por objeto serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art. 46).

Excepcionalmente, narra a doutrinadora, essa modalidade pode ser utilizada também, "por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento São os

definidos no § 1º, do art. 45, da Lei nº 8.666/93: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

Segundo o art. 45, *caput*, da Lei nº 8.666/93 preceitua o seguinte:

“Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição e controle.”

O tipo padrão para as licitações, diz a autora, é o de menor preço. A Lei nº 8.666/93 deu preferência ao julgamento das licitações pelo critério do menor preço. É evidente que outros elementos, tais como qualidade, durabilidade, garantias ou aparência do produto ou serviço etc., devem ser considerados ao ser realizada a licitação, ainda que se trate de licitação do tipo menor preço. Nesse tipo de licitação, porém, o único e exclusivo critério que poderá ser utilizado para determinar se a proposta do licitante A é melhor que a proposta apresentada pelo licitante B é seu preço.

Entretanto, é preciso estar atento para evitar a contratação de produtos de má qualidade. Para isso, se faz necessário que seja feita a descrição detalhada, já no ato convocatório da licitação, do produto ou serviço a ser contratado é medida que se impõe, pois dessa forma é evitado o dissabor de ser constatado que o produto de menor qualidade e que ofereceu o menor preço, venha a ser declarado o vencedor do certame licitatório.

Em se tratando de licitação do tipo menor preço, e havendo empate das propostas apresentadas o critério de desempate previsto em lei será primeiro critério que é o previsto na Lei nº 8.666/93, art. 3º, § 2º, que é do seguinte teor:

“Art. 3º. [...]”

§ 2º. Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

- I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;
- II – produzidos no País;
- III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.”

Em persistindo o empate, aplicar-se-á o art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, que determina seja efetuado o sorteio⁴, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados.

Em se tratando de licitação do tipo menor preço, Oliveira (2014) observa, ao comentar o art. 3º, da Lei nº 8.666/93, que Consoante o § 3º, na licitação de menor preço, tão logo seja feita a qualificação dos licitantes, procede-se ao ordenamento sequencial crescente dos preços propostos.

Bem como, diz o autor, em relação aos critérios objetivos que poderão ser utilizados para escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público, a legislação também consagra novidades em relação à legislação tradicional de licitações e contratos.

7 DEFINIÇÃO, REQUISITOS E IMPLICAÇÃO DO EDITAL

Segundo Di Pietro (2014), o edital é o ato pelo qual a Administração divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação, define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas. Em síntese, o edital é o ato pelo qual a Administração faz uma oferta de contrato a todos os interessados que atendam às exigências nele estabelecidas.

Para a autora, é costume tratar o edital como a lei da licitação, porém é preferível dizer que é a lei da licitação e do contrato, uma vez que seu conteúdo deve ser rigorosamente cumprido, sob pena

de nulidade. É a aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Bem como, consigna a autora que o art. 40 da Lei 8.666/93 estabelece os requisitos que deve observar o edital, alguns deles concernindo ao próprio procedimento da licitação e outros referentes ao contrato. Na redação do termo do contrato ou instrumento equivalente, nada pode ser inserido em discordância com o que determina o edital.

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos,

critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

XII - (Vetado).

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data a ser definida nos termos da alínea a deste inciso até a data do efetivo pagamento;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada

parcela até a data do efetivo pagamento;
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação. (BRASIL, 1993).

Di Pietro (2014), em sua análise da lei anteriormente citada diz que publicado o edital, com observância das normas de publicidade já referidas (art. 21), o interessado que tenha alguma objeção deve argui-la até o momento da abertura dos envelopes de habilitação, pois o artigo 41, § 2º, estabelece que "decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização do leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso".

A norma, diz a autora, tem o evidente intuito de evitar que os licitantes deixem transcorrer o procedimento da licitação sem levantar objeções ao edital, somente as arguindo, posteriormente, quando as decisões da Comissão lhes sejam desfavoráveis. De acordo com o § 3º do mesmo dispositivo, "a impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente". Embora a lei fale em trânsito em julgado, parece, na

realidade, referir-se à decisão final da própria Administração e não do Poder Judiciário; à terminologia é, evidentemente, inadequada.

Também, para autora, ao cidadão é dado o direito de impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da lei, devendo protocolar o pedido até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, cabendo à Administração julgar e responder à impugnação em até três dias úteis (art. 41, § 1º).

Tanto o § 1º como o § 2º têm caráter ordinatório da própria atividade administrativa; mas, como todo prazo estabelecido em benefício da Administração e não do servidor ou do administrado, o previsto nos referidos parágrafos também pode e deve ser relevado quando as impugnações, mesmo sendo feitas fora de prazo, sejam procedentes; razões de economia processual aconselham essa medida, pois evitará que a ilegalidade venha a ser apontada depois pelos próprios órgãos administrativos de controle ou mesmo pelos órgãos de controle externo (Tribunal de Contas e Poder Judiciário). Também a vinculação ao princípio da legalidade obriga a Administração a rever seus próprios atos quando irregularidades sejam descobertas por ela mesma ou por terceiros.

Acresce, a autora, que o cidadão, além de ter o direito de petição já assegurado pelo artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal, ainda pode, sem prejuízo da impugnação referida no § 1º do artigo 41, representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da lei (art. 113, § 1º); e ainda pode provocar a iniciativa do Ministério Público para os fins previstos no artigo 101.

Art. 101. Qualquer pessoa poderá provocar, para os efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência.

Quando se tratar de concorrência de âmbito internacional, o artigo 42 manda que o edital se ajuste às diretrizes de política monetária e do comércio exterior e atenda às exigências dos órgãos competentes.

8 METODOLOGIA

No que se refere às fontes de pesquisa, o presente estudo foi desenvolvido preconizando-se a tipologia da fonte bibliográfica, tendo efetuado-se cotejo e cruzamento entre pensamentos de vários autores especialistas na área. Optou-se por este método de estudo, pois, como primam Bastos e Keller (1997), neste tipo de pesquisa exploratória, baseada na leitura dados secundários de livros ou outros tipos de documentação escrita (artigos, periódicos, dissertações, teses etc.) é factível obter-se subsídios para a interpretação e compreensão de um fenômeno ou responder a perguntas de pesquisa.

8.1 Método

Quanto ao procedimento de pesquisa, basicamente o método utilizado foi o indutivo. Escolheu-se agir assim, porquanto, como dizem Lakatos e Marconi (2011), a indução é um processo intelectual em que, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universalizável, não integrante dos fragmentos analisados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo precípua analisar acurada e pormenorizadamente as principais nuances dos estudos iniciais do instituto da licitação, como conteúdo do direito administrativo.

O propósito foi proporcionar novas discussões sobre o tema na medida em que foram reinterpretados pensamentos de vários autores da área. Isso, porquanto foram trazidos à baila tópicos como: definição de licitação, princípios aplicáveis à licitação, definição fracionamento de despesa, projeto básico e projeto executivo, orçamento, custo (direito e indireto), preço, insumo,

serviço, compra, sistema de registro de preço, tipos de licitação, além de definição, requisitos e implicações do edital.

Percebeu-se que há a possibilidade de aprofundamento sobre o tema, pois a licitação possui outras várias, diversas e adversas nuances que merecem detalhamento e estudo profícuo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito administrativo esquematizado**. 1 ed. São Paulo: Método, 2015.

BASTOS, C.; KELLER, V. **Introdução à metodologia científica**. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, P. 1, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoco mpilado.htm>. Acesso em: 29 dez. 2015.

_____. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 24 dez. 2015.

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

_____. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, Marçal Junsten. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 3ª. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PADOVEZE, Clóvis Luiz. **Contabilidade gerencial: um enfoque em sistema de informação contábil**. São Paulo: Atlas, 2004.

PUBLICIDADE ENGANOSA, SIMULADA E ABUSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

ANDRÉ DE FARIAS ALBUQUERQUE: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, pós-graduado em Direito Constitucional e pós-graduando em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Instituto Elpídio Donizetti, além de técnico judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - TJPE desde o ano de 2012. Autor dos livros Arbitragem: método alternativo de resolução de conflitos (Livro rápido, 2015) e Controle de ato administrativo discricionário (Livro rápido, 2016), além de artigos publicados nas áreas do direito trabalhista (A aplicação da arbitragem ao dissídio trabalhista - Conteúdo Jurídico, 2015), internacional, administrativo, consumidor e processual civil.

SUMÁRIO: 1. Introdução e conceito de publicidade. 2. Previsão legal e dever de informar. 3. Publicidade x propaganda. 4. Distinção entre os diversos tipos de publicidade . 4.1 Publicidade enganosa. 4.2 Publicidade simulada. 4.3 Publicidade abusiva. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução e conceito de publicidade

A publicidade é uma atividade profissional dedicada à difusão pública de ideias associadas a empresas, produtos ou serviços, ou seja, é uma forma de comunicação com a sociedade de consumo, tornando conhecido um produto, um serviço ou uma empresa. Seu intuito é despertar nos consumidores o desejo pelo produto anunciado, ou criar prestígio ao anunciante, bem como, desenvolver atitudes que irão corresponder para o anunciante o consumo almejado, seja de produto ou serviço.

Conforme leciona Armando Sant'Anna:

“A publicidade é uma técnica de comunicação de massa, paga com a finalidade precípua de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas para os anunciantes, geralmente para vender produtos ou serviços. A publicidade serve para realizar as tarefas de comunicação de massa com

economia, velocidade e volume maiores que os obtidos através de quaisquer outros meios”[\[1\]](#).

A importância da publicidade é divulgar e esclarecer o consumidor acerca do bem e/ou serviço ofertado, com suas especificações e peculiaridades, pois o direito à informação foi inserido na Constituição Federal de modo a proteger o consumidor, passando de ente despersonalizado, como elo final da cadeia de produção e distribuição; a sujeito titular de direitos constitucionalmente protegidos.

Isso se dá, pois, para adquirir um produto, o consumidor passa por uma enormidade de informações que se materializam através da publicidade, a qual acaba resultando na maioria das vezes no consumo. Assim, toda publicidade tem por finalidade atingir a sensibilidade do consumidor e de tudo que afeta suas decisões, ou seja, a publicidade é formadora de opinião e age sobre a vontade do consumidor, incentivando-o ao consumo.

2. Previsão legal e dever de informar

O Código de Defesa do Consumidor destina um de seus capítulos, especialmente o Capítulo V da Lei 8.078/90 para discorrer e regulamentar as práticas comerciais. Neste são tratados os temas da publicidade e propaganda – formas essenciais de informação da sociedade de consumo, pois o consumidor tem o direito de ser informado.

O consumidor é o titular do direito à informação. Porém, esse direito não pode ser tratado como individual e concreto, pois o dever de informar é objetivamente concebido em relação à massa consumerista, visto como um grupo indeterminado de pessoas ou mesmo determináveis. Assim, o direito à informação é destinado a todos os consumidores individualmente considerados, bem como à coletividade aqui demonstrada através de seu caráter difuso com relação à publicidade.

O direito de informar vem previsto como prerrogativa na Constituição Federal, conforme dito, e como dever dos fornecedores disposto no Código de Defesa do Consumidor. Esse último, previsto no artigo 6º do referido diploma em seus incisos III e IV que tratam da “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços” e da “proteção contra a publicidade enganosa e abusiva” respectivamente, é princípio fundamental da lei e juntamente com o princípio da transparência (artigo 4º, CDC) confere aos consumidores maior proteção, sendo esta a razão de ser do diploma em comento.

É obrigação do fornecedor de produtos e serviços prestar todas as informações relativas aos mesmos, como suas características, preços, de maneira clara e precisa. Os produtos e serviços disponíveis para venda não podem ser colocados no mercado sem essas informações, bem como as cláusulas contratuais estipuladas para a relação de consumo que se formará. Observe-se, portanto que os princípios transparência e dever de informar caminham lado a lado de modo a deixar a relação consumerista equilibrada.

Por isso, existe o controle às práticas abusivas e enganosas que são limites ao exercício dos fornecedores. A publicidade anuncia, divulga, oferece, propaga, espalha, expressa, etc.; e tem por finalidade influenciar seus destinatários. Representa a produção e serve como meio para anunciar os produtos e serviços a fim de que sejam vendidos aos consumidores, gerando o lucro – mola propulsora das relações comerciais. Dada sua importância no mercado de consumo, tornou-se necessária sua regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor.

O fornecedor tem o direito de informar e de informar-se através das ferramentas de *marketing*. Enquanto direito de informar, o fornecedor pode divulgar seus produtos e enquanto de direito de informar-se pode utilizar-se de meios para obter informações sobre os procedimentos, consumidores ligados em sua atividade desenvolvida.

O fornecedor é obrigado a prestar todas as informações sobre o produto ou serviço de maneira clara sem omissões, isto é, a mesma deve

ser facilmente assimilada pelo consumidor não deixando dúvida qualquer. Deve ser feita em linguagem simples e compreensível para o homem médio, esclarecedora quanto ao seu uso e os perigos que podem fornecer se a utilização for inadequada. Ainda, deve ser completa, uma vez que o artigo 31 do Código em testilha traz um rol exemplificativo dos elementos que devem estar presentes na oferta e apresentação dos produtos, a saber: (...) qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como os riscos que apresentam à sua saúde e segurança dos consumidores.

3. Publicidade x propaganda

Primeiramente é essencial que se diferencie publicidade e propaganda no direito consumerista. Para o direito do consumidor, publicidade e propaganda são institutos distintos. Enquanto a publicidade diz respeito às questões comerciais, mercantis, de compra e venda de produtos e marcas, a propaganda tem cunho ideológico, ou seja, sua proposta está ligada a transmissão de uma ideologia, seja ela política, social, etc. Assim, temos a propaganda eleitoral, as propagandas governamentais (campanhas contra uso de drogas, contra a violência, de educação para o trânsito, etc.) e, por outro lado, temos as publicidades de veículos, de serviços de turismo, de eletrônicos, etc.

Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

O objetivo de lucro, de vantagem econômica, parece ser o âmago da distinção entre a publicidade e a propaganda: a primeira tem a intenção de gerar lucro e o segundo em regra exclui o benefício econômico. Enquanto a publicidade tem a finalidade de divulgar comercialmente um produto ou um serviço, a propaganda visa a um objetivo ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social.[\[2\]](#)

Portanto, publicidade e propaganda são institutos dispares que tem como única semelhança o fato de se utilizarem de meios de divulgação em massa, como televisão, rádio, jornais, revistas e portais de internet. Enquanto a propaganda teria como objetivo a difusão de uma ideia ou de uma ideologia a publicidade faz a divulgação comercial direta ou indireta de produtos ou serviços.

A garantia constitucional contra ofensas ao consumidor através da propaganda é paralela à garantia do fornecedor à livre concorrência.

O publicitário está limitado às possibilidades de utilização da publicidade através do resguardo constitucional para atrair a atenção do consumidor para determinado produto ou serviço.

Dispõe o artigo 220, § 3º, II e § 4º da Carta Maior:

“§ 3º Compete à lei federal:

II-estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família as possibilidades de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

Vê-se, portanto, que a liberdade de criação, expressão e informação encontra seus limites nos valores da família no valor ético fundamental da verdade. Não poderá haver omissão da verdade naquilo que é anunciado a fim de manipular frases ou imagens de maneira confusa que possa iludir os destinatários do anúncio.

A publicidade é técnica de comunicação usada pelo fornecedor para persuadir o consumidor na aquisição dos produtos e serviços ofertados e vem regulamentada no Brasil pelo Código Brasileiro de Auto – Regulamentação Publicitária e seus preceitos devem ser respeitados por todos àqueles envolvidos na atividade publicitária tais como o anunciante, a agência publicitária, o veículo de divulgação, etc.

A veiculação da publicidade deve ser feita de tal forma que se entenda que se trata de uma propaganda comercial, explicitando claramente sua finalidade. Esse limite é encontrado no artigo 36 do CDC, *in verbis*:

“Artigo 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação de seus legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.”

São proibidas as formas de mensagem subliminares, que são aquelas percebidas pelo subconsciente e clandestinas que se revestem em reportagens ou notícias, dificilmente identificadas como tais pelo homem médio, bem como é proibida a publicidade feita em novelas, clipes de música filmes, desenhos animados, conhecida como ‘merchandising’, conforme dispõe o artigo 37 do Código Consumerista.

Deste modo, podemos verificar que a publicidade tem papel importante na relação de consumo, movimentando o mercado para atrair consumidores à utilização de produtos ou serviços veiculados na mídia, no qual o fim precípua do fornecedor é auferir lucro. Para tanto, esta deve ser devidamente fiscalizada para que não haja abusos ou enganação, equilibrando a relação aqui demonstrada.

4. Distinção entre os diversos tipos de publicidade

Há previsão, no código de defesa do consumidor (CDC), de três tipos de publicidade que fere os direitos do consumidor, a saber: publicidade enganosa, publicidade simulada e a publicidade abusiva.

4.1 Publicidade enganosa

A *publicidade enganosa* é aquela que induz o consumidor ao erro, e pode ser por *comissão ou omissão*. A repressão da publicidade enganosa pelo Código de Defesa do Consumidor é consequência imediata do princípio da veracidade da informação publicitária albergado nos termos do caput do art. 37 da Lei n. 8.078/90.

A enganabilidade *por comissão*, que se revela por uma afirmação inteira ou parcialmente falsa sobre produto ou serviço, se destaca por macular a declaração de vontade do consumidor. O CDC, a par do escopo de reequilibrar a situação do hipossuficiente no mercado, se preocupa com a tutela da boa-fé e da livre expressão do direito de contratar. A falsa publicidade gera expectativas inverídicas, que levam o adquirente de produtos e serviços a uma informação equivocada sobre as características, preço, quantidade, qualidade e outros dados sobre o bem de consumo.

Explica João Batista de Almeida:

“A publicidade enganosa vicia a vontade do consumidor, que, iludido, acaba adquirindo produto ou serviço em desconformidade com o pretendido. A falsidade está diretamente ligada ao erro, numa relação de causalidade”^[3].

A gravidade da publicidade enganosa repousa no fato de que, se o consumidor tivesse conhecimento de que a mensagem era falsa, não adquiriria o produto ou o serviço, o que, ao final, representa violência ao próprio princípio da autonomia da vontade, desde que esta se expressa de modo viciado pela enganabilidade da mensagem publicitária.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin refere que:

"na caracteriza o da publicidade enganosa, não tem qualquer importância a consuma o do dano material. O consumidor não precisa chegar às últimas consequências e adquirir, de fato, o produto ou serviço com base no  ncio. Basta que este tenha a mera capacidade de induzi-lo ao erro para evidenciar-se a publicidade enganosa. O que importa não são os efeitos reais da publicidade, mas, ao contrário, sua capacidade de afetar decisões de compra"[\[4\]](#).

Por sua vez, a publicidade enganosa *por omissão* se verifica quando se omitem dados essenciais quanto   aquisi o do produto ou serviço, como, nos casos de pacote turístico, a classifica o do hotel e as condi es de hospedagem (quartos individuais, ou não, com TV, frigobar, telefone, ou não). A omissão relevante é aquela que, ciente dos dados sonegados, levaria o consumidor a não celebrar o contrato com o fornecedor.

A enganositade por omissão, nesse sentido, se caracteriza na hipótese de se revelar de tal forma importante o dado omitido que tal consumidor-padrão, deixaria de concretizar o negócio se dele soubesse anteriormente.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin esclarece que "*já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que  *" (ob. cit., p. 216).

4.2 Publicidade simulada

A *publicidade simulada* procura ocultar o caráter de propaganda ou que interfere no inconsciente do consumidor. É a vedac o do uso de técnicas psicológicas, com fins publicitários; interdita-se o recurso da mensagem implícita, indireta, aquela que não   ostensiva e clara, mas velada, dirigida ao subconsciente. D -se com a inser o de  ncios medidos em fra es de segundo. É de uso concentrado em filmes, propagados em cinema e na televisão.

Nessa toada, a publicidade simulada também se expressa sob a forma de patrocínio indireto de serviço como em entrevistas e artigos em jornais e em outros meios de comunicação que, a pretexto de ventilar novidades, se presta, na verdade, a veicular anúncios publicitários de produtos e serviços, iludindo o consumidor acerca do verdadeiro objetivo da reportagem, de puro merchandising. É prática condenada pelo Código de Defesa do Consumidor porque oculta, e não ostensiva, ferindo o princípio da identificação.

É forma reprovada porque se vale de subterfúgio, sobre constituir expediente desconhecido do destinatário. O enxerto publicitário tem que se apresentar expresso, direto, indubitável como uma peça de publicidade. A *ratio legis* é, além de proporcionar ao consumidor a imediata identificação do anúncio, permitir-lhe posicionar-se defensivamente em face do apelo que se lhe dirige.

Em outros termos, não se tolera que os fornecedores logrem proveito comercial com a ignorância, com a influência do subconsciente do consumidor, quer dizer, as técnicas de persuasão devem voltar-se para o convencimento honesto e espontâneo do destinatário da mensagem, que tem o direito de optar por adquirir, ou não, o bem de consumo, e não ser forçado a tanto.

4.3 Publicidade abusiva

A publicidade *abusiva* não chega a ser mentirosa, mas é distorcida, desvirtuada dos padrões de publicidade escorreita e violadora de valores éticos que a sociedade deve preservar. Além disso, deturpa a vontade do consumidor, que pode, inclusive, ser induzido a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde e segurança.

Os meios de comunicação e a publicidade devem ajustar-se aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, V, Constituição Federal de 1988). Assim, fica vedada a difusão de mensagens publicitárias ofensivas a esses cânones. Eis a origem da proibição da publicidade

considerada abusiva, que é aquela que incite a violência, a discriminação, a exploração do medo, que corrompa a integridade infantil ou os valores ambientais, ou que ameace a saúde e a segurança (art. 37, § 2º, CDC).

O código de defesa do consumidor proíbe a publicidade abusiva discriminatória no 2º do artigo 37. A publicidade abusiva é aquela que agredi os valores sociais. Propagandas de teor racistas, machistas, lesiva ao meio ambiente e aquelas que fazem apologia ao crime e violência. Palavrões, nudez, etc. não podem ser considerados abusivos, dependendo do contexto onde são aplicados.

A publicidade, por ser meio de influenciar pensamentos, valores, comportamentos e modificar condutas, tem que ser controlada quanto ao seu eventual caráter abusivo, sob pena de ameaça à própria sociedade e aos valores que são o alicerce dela, aos quais os anunciantes devem respeitar, em nome da própria estabilidade jurídico-social vigente, tutelada pela Lei Maior, sob pena de responsabilidade.

Portanto, a realização desses tipos de publicidade ilícitas geram responsabilidades civil, penal e administrativo. Sendo assim o indivíduo que por ventura vier a utilizar esses tipos de publicidade deve indenizar moralmente e material o consumidor, além de responder por prática de crime.

5. Conclusão

A publicidade, na sociedade atual de consumo, influência significativamente nas atitudes das pessoas, no modo de ter e até mesmo no modo de ser. Nesse sentido, utiliza de artifícios argumentativos e simbólicos para convencer as pessoas de que elas realmente necessitam do bem que a publicidade oferece para melhorias na qualidade de vida, para alcançar um *status* elevado e aceitação na sociedade e até para o entretenimento e lazer no mundo moderno.

Por consequência, a sociedade necessita de uma educação para saber perceber as estratégias de mercado que a publicidade usa, sabendo separar o que é essencial e o que não é, para que não se deixe contaminar por toda essa quantidade de marcas que são passadas a cada milésimo de segundo. Além disso, os atuantes na área de publicidade devem considerar todas as questões éticas e ambientais para que possam utilizá-la com responsabilidade e bom senso.

Em suma, verifica-se o papel relevante da publicidade e da informação na sociedade massificada.

A informação clara e precisa torna-se elemento essencial para que o consumidor conheça o produto e o adquira, utilizando-o de forma adequada sem colocar em risco sua saúde, atendendo finalmente suas necessidades. Para tanto, é através da publicidade que tais informações são repassadas ao destinatário final do consumo.

Assim, a publicidade não é considerada apenas informativa, mas também como forma de indução e persuasão para aquisição de produtos ou serviços. Se transmitida com algum vício, em desconformidade com os preceitos já analisados, pode levar o consumidor a erro e conseqüentemente à aquisição de produto indesejado.

Portanto, apesar de todos os esforços para coibir as propagandas enganosas ou abusivas, estas continuam a existir e a perturbar o mercado de consumo. Assim, faz-se necessário, paralelamente ao controle estatal, um esforço de cada consumidor em reclamar perante os órgãos responsáveis pelas práticas abusivas toda vez que sentir lesado, para que haja punição e correção das empresas infratoras e conseqüentemente alertando a sociedade para existência desses abusos e que os mesmos podem ser combatidos.

6. Bibliografia

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

_____, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4a. ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

NOTAS:

[1] SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 76.

[2] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 266. Os autores ainda asseveram que o Código de Defesa do Consumidor trata apenas da publicidade, não se preocupando com a propaganda, conforme GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit., p. 267.

[3] ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.88.

[4] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4a. ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 219.

APONTAMENTOS À CARTA PARA A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO ARQUIVÍSTICO DIGITAL

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: O objetivo do presente está assentado na análise da Carta para a Preservação do Patrimônio Arquivístico Digital. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja

conserva o seja de interesse público, por sua vincula o a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural Material. Patrimônio Arquivístico Digital. Tutela Jurídica.

Sumário: 1 Pondera es Introdutórias: Breves notas   constru o teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários   concep o de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Apontamentos   Carta para a Preserva o do Patrimônio Arquivístico Digital.

1 Pondera es Introdutórias: Breves notas   constru o teórica do Direito Ambiental

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 ramifica es que a integram, reclama uma interpreta o alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estrutura o. Neste almir , 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 aplica o das leis, sendo, em decorrência dos anseios da popula o, suplantados em uma nova sistemática.

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

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

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

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a

conservação e recuperação das áreas degradadas, primordialmente 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.º. 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 gera o (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 condi o de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupa o 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 g nero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirma o 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 Constitui o de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolu o e concretiza o dos direitos fundamentais.

2 Comentários   concep o de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3  da Lei N . 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formula o e aplica o, 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 acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver

desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, 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 *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.

Assim, decorrente de tal fato, 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, o direito à interidade 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.

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, 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 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introductórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “*A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos*”^[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo

incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental” [17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente.

especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que *“expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo”*[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, *“o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente”*[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional

do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Apontamentos à Carta para a Preservação do Patrimônio Arquivístico Digital

Em um primeiro comentário, cuida destacar que a informação arquivística, produzida, recebida, utilizada e conservada em sistemas informatizados, vem constituindo um novo tipo de legado: o patrimônio arquivístico digital. Ao lado disso, é necessário destacar que este patrimônio arquivístico digital se encontra em perigo de desaparecimento e de falta de confiabilidade, e que sua preservação em benefício das gerações atuais e futuras é uma preocupação urgente no mundo inteiro. As organizações públicas e privadas e os cidadãos vêm cada vez mais transformando ou produzindo documentos arquivístico exclusivamente em formato

digital, como textos, bases de dados, planilhas, mensagens eletrônicas, imagens fixas ou em movimento, gravações sonoras, material gráfico, sítios da internet, dentre muitos outros formatos e apresentações possíveis de um vasto repertório de diversidade crescente. As facilidades proporcionadas pelos meios e tecnologias digitais de processamento, transmissão e armazenamento de informações reduziram custos e aumentaram a eficácia dos processos de criação, troca e difusão da informação arquivística. O início do século XXI apresenta um mundo fortemente dependente do documento arquivístico digital como um meio para registrar as funções e atividades de indivíduos, organizações e governos.

Os documentos arquivísticos são gerados e mantidos por organizações e pessoas para registrar suas atividades e servirem como fontes de prova e informação. Eles precisam ser fidedignos e autênticos para fornecer evidência das suas ações e devem contribuir para a ampliação da memória de uma comunidade ou da sociedade como um todo, vez que registram informações culturais, históricas, científicas, técnicas, econômicas e administrativas. A eficácia de um documento arquivístico depende da qualidade e do rigor dos procedimentos de produção e manutenção realizados pelas organizações produtoras de documentos. Entretanto, como a informação em formato digital é extremamente suscetível à degradação física e à obsolescência tecnológica – de hardware, software e formatos –, essas novas facilidades trazem consequências e desafios importantes para assegurar sua integridade e acessibilidade.

A preservação dos documentos arquivísticos digitais requer ações arquivísticas, a serem incorporadas em todo o seu ciclo de vida, antes mesmo de terem sido criados, incluindo as etapas de planejamento e concepção de sistemas eletrônicos, a fim de que não haja perda nem adulteração dos registros. Somente desta forma se garantirá que esses documentos permaneçam

disponíveis, recuperáveis e compreensíveis pelo tempo que se fizer necessário. A preservação de documentos arquivísticos tem por objetivo garantir a autenticidade e a integridade da informação, enquanto o acesso depende dos documentos estarem em condições de serem utilizados e compreendidos. O desafio da preservação dos documentos arquivísticos digitais está em garantir o acesso contínuo a seus conteúdos e funcionalidades, por meio de recursos tecnológicos disponíveis à época em que ocorrer a sua utilização.

Assim, é importante alertar os governos, as organizações públicas e privadas, as instituições de ensino e pesquisa e todos os setores da sociedade brasileira comprometidos com a inclusão informacional para os seguintes problemas: (i) Dependência social da informação digital: O governo, a administração pública e privada, a pesquisa científica e tecnológica e a expressão cultural dependem cada vez mais de documentos digitais, não disponíveis em outra forma, para o exercício de suas atividades;. (ii) Rápida obsolescência da tecnologia digital: A preservação de longo prazo das informações digitais está seriamente ameaçada pela vida curta das mídias, pelo ciclo cada vez mais rápido de obsolescência dos equipamentos de informática, dos softwares e dos formatos; (iii) Incapacidade dos atuais sistemas eletrônicos de informação em assegurar a preservação de longo prazo: Atualmente, não obstante os pesados investimentos em tecnologia da informação, há uma crescente debilidade estrutural dos sistemas eletrônicos de informação, que os incapacitam de assegurar a preservação de longo prazo e o acesso contínuo às informações geradas num contexto de rápido avanço tecnológico; (iv) Fragilidade intrínseca do armazenamento digital: A tecnologia digital é comprovadamente um meio mais frágil e mais instável de armazenamento, comparado com os meios convencionais de registrar informações, tendo um impacto profundo sobre a gestão dos documentos digitais no presente para que se tenha garantia de acesso no futuro.; (v) Complexidade e custos da

preservação digital: A preservação de documentos digitais pressupõe uma constante atualização de suporte e de formato, além de estratégias para possibilitar a recuperação das informações, que passam pela preservação da plataforma de hardware e software em que foram criados, pela migração ou pela emulação.

Estas são algumas iniciativas que vêm sendo tomadas, mas que não são ainda respostas definitivas para o problema da preservação de longo prazo. Não há soluções únicas e todas elas exigem investimento financeiro elevado e contínuo em infraestrutura tecnológica, pesquisa científica aplicada e capacitação de recursos humanos. A preservação da informação em formato digital não se limita ao domínio tecnológico, envolve também questões administrativas, legais, políticas, econômico-financeiras e, sobretudo, de descrição dessa informação através de estruturas de metadados que viabilizem o gerenciamento da preservação digital e o acesso no futuro. Desta forma, preservar exige compromissos de longo prazo entre os vários segmentos da sociedade: poderes públicos, indústria de tecnologia da informação, instituições de ensino e pesquisa, arquivos e bibliotecas nacionais e demais organizações públicas e privadas. Reconhecida a instabilidade da informação arquivística digital, é necessário o estabelecimento de políticas públicas, diretrizes, programas e projetos específicos, legislação, metodologias, normas, padrões e protocolos que minimizem os efeitos da fragilidade e da obsolescência de hardware, software e formatos e que assegurem, ao longo do tempo, a autenticidade, a integridade, o acesso contínuo e o uso pleno da informação a todos os segmentos da sociedade brasileira. Isto só será possível se houver uma ampla articulação entre os diversos setores comprometidos com a preservação do patrimônio arquivístico digital, e em cooperação com os organismos nacionais e internacionais.

Desta forma, manifestamos a importância das instituições arquivísticas, do poder público, da indústria de tecnologia da informação e comunicação e das instituições de ensino e pesquisa, implementarem ações, especialmente no que concerne a elaboração de estratégias e políticas: (i) Gestão arquivística de documentos; (ii) Definir procedimentos e estratégias de gestão arquivística de documentos quando da criação, transmissão e preservação de documentos em formatos digitais, com o objetivo de garantir a produção e manutenção de documentos fidedignos, autênticos, acessíveis, compreensíveis e preserváveis; (iii) Instrumentalização dos arquivos; (iv) Orientar quanto à criação de infraestrutura nas instituições arquivísticas e nas organizações produtoras e acumuladoras de documentos, no que concerne a equipamentos, sistemas, metodologias e recursos humanos capacitados, para que possam desempenhar um papel ativo na gestão da preservação dos documentos digitais; (v) Promover a participação de representantes das instituições arquivísticas nos projetos de governo eletrônico, para a definição de estratégias, padrões e normas de gestão, preservação e acesso a documentos e informações, conforme orientação do Conselho Internacional de Arquivos e da UNESCO.

Ações cooperativas Incentivar programas cooperativos de preservação de documentos digitais para aplicação e compartilhamento de recursos sob a forma de acordos, consórcios, convênios e parcerias. No que concerne ao estabelecimento de normas: (i) Definir e/ou recomendar a utilização de padrões e protocolos abertos e de aceitação ampla na criação, uso, transmissão e armazenamento de documentos digitais; e desenvolver soluções em cooperação com organizações de pesquisa e a indústria de tecnologia da informação e comunicação; (ii) Definir os requisitos funcionais e estimular sua adoção para orientar o desenvolvimento e a aquisição de sistemas eletrônicos de gestão arquivística, que sejam adequados às especificidades da

legislação e das práticas arquivísticas brasileiras; (iii) Definir estruturas padronizadas de metadados e determinar a sua utilização nos sistemas eletrônicos de gestão arquivística, com o propósito de gerir a preservação e a acessibilidade dos documentos digitais. Segurança da informação digital; (iv) Definir política de segurança da informação, que considere os aspectos legais, organizacionais, humanos e tecnológicos, de modo a garantir a autenticidade dos documentos digitais e o sigilo da informação, bem como a proteção contra perdas, acidentes e intervenções não autorizadas.

No que atina à promoção do conhecimento: (i) Desenvolver uma agenda nacional de pesquisa para a preservação e longevidade dos documentos digitais, alinhada com as principais iniciativas nacionais e internacionais, com a participação das agências governamentais de fomento e de amparo à pesquisa, universidades e outras entidades dos setores público e privado (ii) Estimular a inserção do tema; (iii) Preservação do Patrimônio Arquivístico Digital na formação dos profissionais de informação, especialmente dos arquivistas, nos cursos de graduação e pós-graduação; (iv) Estabelecer ações de identificação, disseminação e compartilhamento do conhecimento e a utilização de metodologias e técnicas para a gestão e a preservação de documentos arquivísticos digitais.

Referência:

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

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 set. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 set. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 set. 2015.

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 set. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 set. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 26 set. 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, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 26 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 26 set. 2015.

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

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 26 set. 2015.

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

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

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

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 set. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 set. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão emArguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 set. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 26 set. 2015.

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

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 set. 2015.

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

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

[9] BRASIL. **Lei N° 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 set. 2015.

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

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

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N° 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 set. 2015.

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

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 set. 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] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização

da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 set. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 26 set. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor

incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 26 set. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 set. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

EDUARDO ARAUJO ROCHA XIMENES: Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: O presente estudo se propõe a analisar o conteúdo das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92) aplicáveis aos agentes públicos que por meio de suas condutas se enriquecem ilícitamente, causam dano ao erário ou violam princípios da administração pública. Conceder-se-á especial enfoque à natureza jurídica de tais sanções, objeto de intensa discussão no âmbito doutrinário.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Lei nº 8.429/92. Sanções legais. Enriquecimento ilícito. Prejuízo ao erário. Violação aos princípios administrativos. Natureza Jurídica.

INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa constitui relevante marco histórico na proteção da moralidade administrativa e do erário público, sobretudo considerando a história nacional repleta de casos de corrupção praticados por agentes públicos.

A fim de que a Lei de Improbidade fosse dotada de efetividade no controle das condutas ímprobas é que o legislador previu sanções taxativas seguindo o comando constitucional do art. 37, §4º, da Constituição Federal. No entanto, em razão de conterem uma gama variada de comandos, abrangendo desde uma simples multa a própria perda da função pública, ainda discute-se, no âmbito doutrinário, a real natureza jurídica de tais sanções legais.

DAS SANÇÕES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Nos dizeres de Waldo Fazzio Junior, (2008, p. 340.) “a lei 8.429/92, como norma regulamentadora do art. 37, §4º, da Constituição Federal tem caráter predominantemente sancionador.” Tais sanções, continua o autor (ibid., p. 340), “podem ser vistas como reações sociais, plasmadas nas normas, em face da inobservância de deveres relevantes para a produção e reprodução da vida em sociedade.”

É certo que o artigo 37, §4º estabelece quatro consequências legais para a prática do ato de improbidade: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e obrigação de ressarcir o erário.

No entanto, o dispositivo constitucional estatuiu um espectro mínimo de sanções ou, conforme lição de Fazzo Junior, um “ piso de previsão sancionatória” (ibid., p. 342) que poderia ser ampliado por legislação ordinária, sem que isso acarretasse sua inconstitucionalidade.

Além disso, conforme observa pertinentemente Ruy Alberto Gatto (1993, p. 161:57), vislumbra-se que as sanções (previstas na Lei de Improbidade) têm um caráter autônomo, figurando-se, portanto, independentes das possíveis sanções aplicadas pela esfera penal ou administrativa ao agente público.

Tal entendimento deriva do próprio texto constitucional que utilizou a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”, aliado ao disposto expressamente no *caput* do artigo 12 da legislação ordinária atinente, o qual enuncia que as penalidades serão aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.”

Com efeito, o agente pode muito bem ter sido condenado a cumprir pena de detenção por sentença penal transitada em julgado, além

de ter sido demitido após o devido processo administrativo, que, ainda assim, ele não escapará da penalização conforme as sanções presentes na Lei de Improbidade administrativa, podendo, dessa forma, ter seus direitos políticos suspensos ou ser proibido de contratar com o poder público durante determinado período de tempo.

A lei foi bastante sistemática ao designar um bloco de sanções para cada espécie de ato de improbidade. Sendo assim, para uma conduta que se configure em enriquecimento ilícito serão aplicadas as sanções presentes exclusivamente no artigo 12, I, da Lei 8429/92. Assim se repete para as condutas que lesionaram ao erário, sendo o inciso II do referido artigo o correspondente e, para as condutas atentatórias aos princípios da administração pública, o artigo 12, III, estabelece taxativamente as devidas sanções.

Tais sanções são constituídas de provimentos condenatórios (ressarcimento do dano, pagamento de multa civil, perda dos bens), desconstitutivos (perda da função pública) e restritivos de direitos (proibição de contratar com o Poder Público, de receber benefícios fiscais ou creditícios e suspensão dos direitos políticos).

Insta relatar que a Lei previu uma relevante graduação para as sanções, estatuinto penalidades mais graves ou severas para as ações que importem enriquecimento ilícito, enquanto as condutas que violem princípios são mais levemente punidas. Tal graduação se reflete somente em três variáveis: o prazo para suspensão dos direitos políticos, o prazo para proibição de contratar com o Poder Público ou receber investimentos e financiamentos e, por último e não menos importante, o valor da multa civil.

Denota-se ainda, pela análise da letra legal, que a lei concede uma determinada liberdade para o julgador na aplicação das penalidades, podendo este, por exemplo, determinar a suspensão dos direitos políticos numa margem de oito a dez anos, para o caso de atos que importem em enriquecimento ilícito. Resta imperativo, contudo, que o magistrado não

se olvide da proporcionalidade que deve reger sua atuação como intérprete do texto legal, aplicando as sanções em conformidade estrita aos contornos do caso concreto.

Ademais, quando há um concurso de condutas ímprobas, ou seja, quando o agente comete, à guisa de exemplo, tanto um ato atentatório ao princípio da legalidade como um significativo dano ao erário, deve-se resolver tal questão recorrendo-se à hermenêutica jurídica e seu princípio da especialidade.

Com efeito, o julgador não deve incorrer na aplicação draconiana da lei, realizando um acúmulo de penalidades idênticas para agravar a situação do réu. Em contrapartida, deve ele aplicar somente a penalidade mais grave nos termos do princípio da especialidade. Assim, no exemplo citado, deveria o julgador se tanger somente às sanções previstas no artigo 12, I, descartando aquelas relativas às condutas atentatórias aos princípios administrativos.

DA NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES

A natureza jurídica das sanções previstas na Lei 8429/92 é objeto de intensas e acaloradas discussões no meio jurídico, derivadas de diferentes correntes doutrinárias, algumas quase que diametralmente opostas.

Ressalte-se, por oportuno, que esta natureza jurídica é de uma importância significativa para o delineamento de qual instância irá julgar os agentes.

Nesse sentido, de início, se insurgem as seguintes correntes:

A primeira, liderada por Affonso Ghizzo Neto (2001, p. 83) visualiza uma natureza administrativa-disciplinar para as sanções previstas na Lei de Improbidade.

Fazzio Junior (2008, p. 341), por outro lado, considera as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8429/92 de natureza híbrida, o que se extrai do seguinte excerto de sua obra:

Como a responsabilidade do agente público, por atos praticados em razão do exercício do cargo, função, mandato ou emprego, não é meramente civil, mas civil e político-administrativa (ilícito civil de responsabilidade), as sanções correspondentes também são híbridas, envolvendo, por exemplo, o dever civil de reparar o dano causado pelo ato ilícito e, simultaneamente, a suspensão dos direitos políticos por seu exercício subvertido. Ou, por outro lado, o dever civil de devolver o produto do locupletamento e, ao mesmo tempo, a perda da função pública desconsiderada pela sua conduta.

Já Sergio de Andréa Ferreira (2002, p. 623) afirma que os atos de improbidade são espécies do mesmo gênero dos crimes de responsabilidade e das infrações político-administrativas, assim incorreria em *bis in idem* sua cumulação com os crimes de responsabilidade previstos na Lei 1079/50.

Ives Gandra da Silva Martins (1992, p. 286/87) sustenta que as sanções teriam natureza penal. A ele se alinham Sebastião Botto de Barros Tojal e Flávio Croce Caetano Tojal. (2003, p. 399).

Na mesma esteira, Vanderlei Aníbal Júnior e Sérgio Roxo Fonseca (2007, p. 2) que, ao defenderem a natureza penal da própria ação de improbidade, sustentaram, em decorrência, que as sanções possuem natureza restritiva de direitos, exorbitando o cunho meramente patrimonialista. Assim afirmam:

Afora as penas de cunho patrimonial, temos que a maioria das sanções adotadas para o ilícito em voga restringem direitos dos cidadãos. Direitos do

mais amplo grau de proteção constitucional. São elas restrições: a) à cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, exposto no art. 1º da Constituição Federal de 1988 (com a suspensão dos direitos políticos); b) direitos sociais (trabalho – com a perda da função pública); c) livre concorrência (proibição de contratar com o poder público); e d) isonomia (vedado o recebimento de incentivos fiscais ou creditícios). Como visto, atingem determinados bens que comprometem, inclusive, a própria dignidade da pessoa humana e, ante isso, não podem, tais sanções, ficar ao livre alvedrio do direito civil. Atingem bens maiores dos seres humanos, princípios e valores resguardados constitucional e legalmente aos quais não pode ser dado o mero caráter patrimonialista desejado por muitos.(ANIBAL JUNIOR;FONSECA, 2007, p. 2)

Em uma corrente doutrinária paralela, insurgem as opiniões de Arnaldo Wald e Gilmar Mendes que, em artigo intitulado “Competência Para Julgar Ação De Improbidade Administrativa”, afirmam que as sanções legais são dotadas "de forte conteúdo penal", pela simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública, isoladamente consideradas. (MENDES; WALD, 1998, p. 213/216)

Outrossim, o STJ, por sua 3ª Seção, em posição isolada, também entendeu que a Lei nº 8.429/1992 dispõe sobre ilícitos penais (MS nº 6.478, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 26/4/2000, DJ de 29/5/2000).

Contra a natureza penal da Ação de Improbidade, milita Walter Claudius Rothemburg (2002, p. 465-66), Procurador da República em São Paulo, que assim descreve:

Num contexto capitalista, uma sanção pecuniária (indenização ou multa) pode revelar-se

muito mais pesada do que outra restrição de direitos. Enfim, a improbidade administrativa da Lei 8.429/92 não pode conduzir à restrição da liberdade individual, pelo que se acentua seu caráter extracriminal (que, bem entendido, não se define apenas pela impossibilidade de restrição à liberdade individual, visto que nem todo tipo criminal prevê essa pena). (ROTHERBURG, 2002, p. 465-66)

Alinham-se ao nobre membro do *parquet*, grande parte dos administrativistas contemporâneos, tais como: Odete Medauar (2001, p. 52); Fábio Medina Osório (1998, p. 217-224); Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 255); José Augusto Delgado (2001, p. 211); entre outros.

A natureza cível das sanções, em correspondência ao cunho cível da própria ação de improbidade, parece, sem dúvidas, a tese mais apropriada e razoável. Para embasar tal afirmação, serve-se da lição trazida por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *in* Improbidade administrativa, os quais elencam contundentemente sete razões para se aderir à tese da natureza jurídica cível das sanções, senão veja-se:

a) o art. 37, 4º, *in fine*, da Constituição, estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que estas serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e ‘sem prejuízo da ação penal cabível’;

b) regulamentando esse dispositivo constitucional, dispõe o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/92 que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal;

c) as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10, e 11 da Lei de Improbidade, ante o emprego do vocábulo ‘notadamente’, tem caráter meramente enunciativo, o que apresenta total incompatibilidade

com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal, segundo a qual a norma incriminadora deve conter expressa e prévia descrição da conduta criminosa.

d) o processo criminal atinge de forma mais incisiva o *status dignitatis* do indivíduo, o que exige expressa caracterização da conduta como infração penal, sendo relevante frisar que ela produzirá variados efeitos secundários;

e) a utilização do vocábulo “pena” no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica;

f) a referência a “inquérito policial” constante do art. 22 da Lei nº 8.429/1992 também não permite a vinculação dos ilícitos previstos neste diploma legal à esfera penal, já que o mesmo dispositivo estabelece a possibilidade de o Ministério Público requisitar a instauração de processo administrativo e não exclui a utilização do inquérito civil previsto na Lei nº 7.347/85, o que demonstra que cada qual será utilizado em conformidade com a ótica de análise do ilícito e possibilitará a colheita de provas para a aplicação de distintas sanções ao agente;

g) a aplicação das sanções elencadas no art. 12 da Lei de Improbidade pressupõe o ajuizamento de ação civil (art. 18), possuindo legitimidade ativa ad causam o Ministério Público e o ente ao qual esteja vinculado o agente público, enquanto que as sanções penais são aplicadas em ações de igual natureza, tendo legitimidade, salvo as exceções

constitucionais, unicamente o Ministério Público.
(GARCIA; ALVES, 2008, p. 526)

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é certo que não há unanimidade entre os doutrinadores administrativas quanto à natureza jurídica das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, difundindo-se teses que defendem tanto uma natureza penal, como administrativa, político-administrativa, cível ou híbrida.

Malgrado seja, a corrente que conta com maior aceção doutrinária e amparada em consistentes argumentos de ordem lógico-jurídica, contraria diretamente a natureza penal das sanções previstas na Lei 8429/92, apontando invariavelmente a uma natureza cível das reprimendas.

REFERÊNCIAS

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GATTO, Ruy Alberto. **A atuação do Ministério Público em face da Lei 8429/92 – lei anticorrupção**. *Justitia*, v. 161, jan./mar. 1993, 161:57.

GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal**. Florianópolis: Habitus, 2001.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A probidade na Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**, agosto/2002, 623.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos procedimentais do instituto jurídico do "impeachment" e conformação da figura da improbidade administrativa. **Revista dos Tribunais**, v.81, n.685, 1992.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scapinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Org.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

ANIBAL JUNIOR, Vanderlei; FONSECA, Sergio Roxo da. Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1287, 9 jan. 2007. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/9372>>. Acesso em: 13 jan. 2013. MENDES, Gilmar; WALD, Arnaldo. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, n. 138, pp. 213/216, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/378>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo, *in*: José Adercio Leite Sampaio *et al* (org.), **Improbidade administrativa, comemoração pelos 10 anos da Lei n.º 8.429/92**, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. **As sanções da lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 766, p. 89-91, 1999.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, José Augusto. Improbidade Administrativa: Algumas Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: **Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e**

Atuais, org. por Cássio Scarpinelle Bueno *et alii*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.