

Vol. 16

N.º 1/2 2015

ISSN 1982-6982

Revista Jurídica

Ministério Público do Estado do Amazonas

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

**Revista Jurídica do Ministério Público
do Estado do Amazonas**

ISSN 1982-6982



Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas

| | | | | | | |
|--------|--------|-------|--------|------|-----------|------------|
| RJMPAM | Manaus | v. 16 | n. 1/2 | 2015 | jan./dez. | p. 1 à 322 |
|--------|--------|-------|--------|------|-----------|------------|

©2015 Ministério Público do Estado do Amazonas

Coordenadora-Geral: Wandete de Oliveira Netto

Comissão Editorial: Luciana Toledo Martinho, Silvana Nobre de Lima Cabral e Sílvia Abdala Tuma

Revisão e normalização: Lourinéia Reis de Sant'Anna e Wanderléia Lima da Silva

Secretária: Sílvia Vasconcelos dos Santos Alvarenga

Diagramação: Hirailton Gomes do Nascimento

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas./Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF. v. 16, n.1/2, (jan./dez. 2015). Manaus: PGJ/CEAF, 2015.

322p.

Semestral

ISSN 1982-6982

Continuação de: Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas (2000-2005) – ISSN 1697-6233.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito- Periódicos. 2. Ministério Público I. Título

CDU 34 (05)

CDDir 340.05

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

2015

Procuradoria-Geral de Justiça

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

Avenida Coronel Teixeira, n. 7995 – Nova Esperança

CEP: 69037-473 Manaus – AM

Fone: (92) 3655-0753/3655-0754/3655-0755

www.mpam.mp.br

ceaf@mpam.mp.br



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Carlos Fábio Braga Monteiro

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS**

Pedro Bezerra Filho

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Jefferson Neves de Carvalho

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

José Roque Nunes Marques

OUVIDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rita Augusta de Vasconcellos Dias

SECRETÁRIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Leda Mara Nascimento Albuquerque

**CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Wandete de Oliveira Netto

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA: José Jorge Souza de Carvalho - Leôncio Salignac e Souza - Amadeu Soares Botelho - Elphego Jorge de Souza - José Augusto Teles de Borborema - Adriano Alves de Queiroz - Domingos Alves Pereira de Queiroz - Vicente de Mendonça Júnior - Geraldo de Macedo Pinheiro - João Ricardo de Araújo Lima - Newton de Menezes Vieiralves - José Catanhede de Mattos Filho - David Alves de Mello - Mário Jorge do Couto Lopes - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - João dos Santos Pereira Braga - Moacir de Souza Alves - Adalberto Andrade de Menezes - Aderson Pereira Dutra - Pedro da Silva Costa - Gebes de Mello Medeiros - Aguielo Balbi - Orlando dos Santos Santiago - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Evandro Paes de Farias - Mauro Luiz Campbell Marques - Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Vicente Augusto Cruz Oliveira - Otávio de Souza Gomes - Francisco das Chagas Santiago da Cruz - Carlos Fábio Braga Monteiro.

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Alberto Nunes Lopes - Antonina Maria de Castro do Couto Valle - Carlos Antônio Ferreira Coelho - Carlos Lélío Lauria Ferreira - Flávio Ferreira Lopes - Francisco das Chagas Santiago da Cruz - José Hamilton Saraiva dos Santos - José Roque Nunes Marques - Jussara Maria Pordeus e Silva - Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues - Maria José da Silva Nazaré - Maria José Silva de Aquino - Mauro Roberto Veras Bezerra - Nicolau Libório dos Santos Filho - Noeme Tobias de Souza - Pedro Bezerra Filho - Públio Caio Bessa Cyrino - Rita Augusta de Vasconcellos Dias - Sandra Cal Oliveira - Silvana Maria Mendonça Pinto dos Santos - Suzete Maria dos Santos.

PROCURADORES DE JUSTIÇA INATIVOS: Aguielo Balbi - Ana Maria Duarte Esteves - Antonio Guedes da Silva - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Áurea Márcia Bittencourt Karan - Carlos Alberto Barbosa da Silva - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Edilson dos Santos Oliveira - Evandro Paes de Farias - Fernando Florêncio da Silva - Flávio de Azevedo Tribuzy - Francisco Assis Nogueira - Frederico Monteiro Barroso - Jaime Tourinho Fernandez - José Maria Lopes - Luiz Félix Conceição Santos - Lupercino de Sá Nogueira Filho - Maria Helena Antonio Monassa Abinader - Merita Azulay Cardoso Soares - Mithridates Corrêa Filho - Orlando dos Santos Santiago - Pedro da Silva Costa - Salvador Conte - Telma Martins Maciel - Vicente Augusto Cruz Oliveira - Yano René Pinheiro Monteiro.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE ENTRÂNCIA FINAL: Adelson Albuquerque Matos - Adriano Alecrim Marinho - Aguielo Balbi Júnior - Alberto Rodrigues do Nascimento Júnior - Ana Cláudia Abboud Daou - Anabel Vitória Pereira Mendonça de Souza - Antônio José Mancilha - Carlos Fábio Braga Monteiro - Carlos José Alves de Araújo - Carlos Sérgio Edwards de Freitas - Cláudia Maria Raposo da Câmara Coelho - Cleucy

Maria de Souza - Cley Barbosa Martins - Darlan Benevides de Queiroz - Davi Santana da Câmara - David Evandro Costa Carramanho - Delisa Olívia Vieiralves Ferreira - Edgard Maia de Albuquerque Rocha - Edilson Queiroz Martins - Edinaldo Aquino Medeiros - Edna Lima de Souza - Elvys de Paula Freitas - Evandro da Silva Isolino - Francilene Barroso da Silva - Francisco de Assis Aires Argüelles - Francisco Lázaro de Moraes Campos - Géber Mafra Rocha - Guiomar Felícia dos Santos Castro - Izabel Christina Chrisóstomo - Jefferson Neves de Carvalho - João de Holanda Farias - João Gaspar Rodrigues - Jorge Alberto Gomes Damasceno - Jorge Alberto Veloso Pereira - Jorge Michel Ayres Martins - Jorge Wilson Lopes Cavalcante - José Bernardo Ferreira Júnior - Karla Fregapani Leite - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Lauro Tavares da Silva - Leda Mara Nascimento Albuquerque - Lillian Maria Pires Stone - Lincoln Alencar Queiroz - Luciana Toledo Martinho - Lucíola Honório de Valois Coêlho da Silva - Luissandra Chixaro de Menezes - Mara Nóbria Albuquerque da Cunha - Marcelo Pinto Ribeiro - Marco Aurélio Lisciotto - Maria Cristina Vieira da Rocha - Maria da Conceição Silva Santiago - Maria das Graças Gaspar de Melo - Maria Eunice Lopes de Lucena Bittencourt - Maria Piedade Queiroz Nogueira Belasque - Mário Ypiranga Monteiro Neto - Marlene Franco da Silva - Marlinda Maria Cunha Dutra - Mirtíl Fernandes do Vale - Neyde Regina Demósthènes Trindade - Nilda Silva de Sousa - Otávio de Souza Gomes - Paulo Stélio Sabbá Guimarães - Raimundo do Nascimento Oliveira - Renilce Helen Queiroz de Sousa - Rogeanne Oliveira Gomes da Silva - Rogério Marques Santos - Ronaldo Andrade - Ruy Malveira Guimarães - Sandra Maria Cabral Miranda Barros Ramalho - Sarah Pirangy de Souza - Sheila Andrade dos Santos - Sheyla Dantas Frota de Carvalho - Silvana Nobre de Lima Cabral - Silvana Ramos Cavalcanti - Sílvia Abdala Tuma - Simone Braga Lunière da Costa - Solange da Silva Guedes Moura - Tereza Cristina Coêlho da Silva - Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho - Vicente Augusto Borges Oliveira - Walber Luiz Silva do Nascimento - Wandete de Oliveira Netto.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE ENTRÂNCIA INICIAL: Alessandro Samartin Gouveia - Álvaro Granja Pereira de Souza - André Alecrim Marinho - André Lavareda Fonseca - André Luiz Medeiros Figueira - André Virgílio Belota Seffair - Armando Gurgel Maia - Aurely Pereira de Freitas - Carla Santos Guedes Gonzaga - Carlos Firmino Dantas - Carolina Monteiro Chagas Maia - Christiane Dolzany Araújo - Christiane Rodrigues Brand - Christianne Corrêa Bento da Silva - Clarissa Moraes Brito - Cláudio Sergio Tanajura Sampaio - Daniel Leite Brito - Daniel Silva Chaves Amazonas de Menezes - Eliana Leite Guedes - Elis Helena de Souza Nóbile - Elizandra Leite Guedes de Lira - Flávio Mota Moraes Silveira - George Pestana Vieira - Gerson de Castro Coelho - Hilton Serra Viana - Igor Starling Peixoto - Iranilson de Araújo Ribeiro - Ítalo Klinger Rodrigues do Nascimento - João Ribeiro Guimarães Netto - José Augusto Palheta Taveira Júnior - José Felipe da Cunha Fish - Kepler Antony Neto - Laís Rejane de Carvalho Freitas -

Leonardo Abinader Nobre - Leonardo Tupinambá do Valle - Luiz Alberto Dantas de Vasconcelos – Luiz do Rego Lobão Filho - Marcelo Augusto Silva de Almeida – Marcelo de Salles Martins – Márcia Cristina de Lima Oliveira - Márcio Fernando Nogueira Borges de Campos - Márcio Pereira de Mello - Maria Betusa da Silva Araújo -Paulo Alexander dos Santos Beriba - Reinaldo Alberto Nery de Lima - Renata Cintrão Simões de Oliveira - Roberto Nogueira - Rodrigo Miranda Leão Júnior - Romina Carmem Brito Carvalho - Rômulo de Souza Barbosa - Sarah Clarissa Cruz Leão - Simone Martins Lima - Tânia Maria de Azevedo Feitosa - Válber Diniz da Silva - Vitor Moreira da Fonsêca - Vivaldo Castro de Souza – Yara Rebeca Albuquerque Marinho – Ynna Breves Maia.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS: Clóvis Roberto Soares Muniz Barreto - Kleyson Nascimento Barroso -Marcelle Cristine de Figueiredo Arruda - Sérgio Roberto Martins Verçosa.

PROMOTORES DE JUSTIÇA INATIVOS: Aguinaldo Concy de Souza - Alfredo da Silva Santana - Aloísio Rodrigues de Oliveira - Aluísio Pereira de Lima - Antônio Alves Santana - Antônio Raimundo Barros de Carvalho - Bernardo José Antunes – Cândido Honório Ferreira Filho - Carlos Alberto de Moraes Ramos - Carlos Alberto Loureiro Pinagé - Clodualdo de Souza Pinheiro - Colmar Rabelo de Medeiros - Dário Alves da Cruz - Edilson Freire - Elias de Oliveira Chaves - Felipe Antônio de Carvalho - Fernando Antônio Ferreira Lopes - Flávio Queiroz de Paula - Francisco Gomes da Silva - Francisco José de Menezes - João Florêncio de Menezes - João Valente de Azevedo - Jonas Neto Camêlo - Jones Karrer de Castro Monteiro - Joquebede de Oliveira Souza - José Bento Cosme –José Herivelto Pereira de Oliveira - Léa Regina Pereira Mattos - Lorena de Verçosa Oliva - Luiz Tadeu Calderoni - Manuel Edmundo Mariano da Silva - Maria Nazareth da Penha Vasques Mota - Maria Neide de Andrade Bezerra - Nicolau Silva de Oliveira - Nilza Rodrigues de Almeida - Paulo Cardoso de Carvalho - Raimundo David Jerônimo -Waldir Rosas dos Santos.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS INATIVOS: José Cruz da Silva - Mário Diogo de Melo.

In memoriam:

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Adalberto Ribeiro de Souza - Antonio Alexandre Pereira Trindade - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - Gebes de Mello Medeiros - Geraldo de Macedo Pinheiro - Ivan Coelho Cintra - João Bosco Sá Valente - Jorge Abdon Karim - José Agostinho Nunes Balbi - José Ribamar Prazeres Coelho - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Manuel Braga dos Santos - Marcus Vinícius Guedes de Lima - Marília Marques de Oliveira - Mário de Mello Bittencourt - Nestor da Costa Ferreira - Orlando Moreira de Souza - Osmar Rodrigues Bento - Pedro de Souza Lira - Raimundo

Nonato Coelho - Roberto de Aquino Valle - Silis Campello Moslay - Tabira Rodrigues Fortes.

PROMOTORES DE JUSTIÇA: Afonso Acampora - Altair Ferreira Thury - Amadeu Soares Botelho - América Amorim Antony - Arary Campos C. Lima - Ariosto Lopes Braga - Ary Tapajós Cahn - Blás Torres Filho - Carlos Alberto Silva - Carlos Augusto de Araújo Marques - Cássio de Gouvêa D. Cavalcante - Carlos Alberto Silva - Danilo do Silvan - Eduardo Bentes Guerreiro - Eutichio Haidem Vieira - Fernando B. V. Gonçalves - Francisco Jorge Noronha - Francisco Sá P. Passos - Frederico A. R. da Câmara - Gilberto Ramos da Silva - Giovanni Figliuolo - Hugo Coelho Cintra - Isaac Marcus Pinto - João Batista dos Santos - João Lúcio de Almeida Ferreira - Jessé Soares Ferreira - José de Araújo Mendes - José Lúcio Paiva - Juarez Tavares Bandeira - Lauro Barbosa da Costa - Lúcia Cistina C. Barros - Luiz Cartas Cáffaro - Nasser Abraham Nasser Netto - Rafael Barbosa Amorim - Raimundo Carlos Sampaio - Raimundo Andrade Bentes- Renato Ribeiro da Rocha - Roger Oliveira Gama da Silva - Sebastião José M. de Paiva - Sebastião Norões - Teófilo Narciso de Mesquita Neto.

Sumário

Apresentação 12

DOCTRINA

A atuação do Ministério Público em face do funcionamento das casas noturnas em Manaus..... 13

Larissa Cristina Alves Rojas

A desobediência civil na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: previsão implícita a partir dos princípios da soberania popular e cidadania 53

André Luiz Rocha Pinheiro

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema..... 91

Familly Izabela de Brito Silva

Criminalização, Teoria do Etiquetamento e Racismo Institucional na Polícia: autorrealização de uma amarga profecia..... 121

Felipe Augusto Fonseca Vianna

Descentralização da competência da gestão ambiental no Amazonas: Aspectos legais e práticos..... 165

Lais Rejane de Carvalho Freitas

Miguel Petrere Jr

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993) 207
Luiza Veneranda Pereira Batista

Novos delineamentos sobre o conflito de atribuições no âmbito do Ministério Público..... 261
João Gaspar Rodrigues

O princípio da tutela do melhor interesse do hipervulnerável paciente-usuário de plano de saúde 281
Amanda da Silva Campos

Os decretos e suas multifuncionalidades..... 297
Emerson Cardoso dos Santos

Apresentação

Caros leitores,

A Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas chega a sua 16ª edição. É com satisfação que apresentamos à comunidade jurídica esse periódico de produção científica do MP amazonense, que nasceu do sonho e da contribuição de muitas gerações de Procuradores e Promotores de Justiça.

A história da Revista Jurídica expressa, por intermédio de seus artigos, mais que a excelência do conhecimento. Ela expressa sobretudo a preocupação e o compromisso com as transformações sociais daqueles que, a despeito das dificuldades encontradas no cotidiano do *mister*, labutam positivamente no desiderato de combater a corrupção e garantir direitos cada vez mais ignorados, nas contraditórias relações da sociedade contemporânea.

Nesse passo, esperamos que a obra ora apresentada possa ser capaz, enquanto instrumento de aperfeiçoamento funcional, de destacar o protagonismo do Ministério Público do Estado do Amazonas na disseminação da cultura e doutrina de uma Instituição que se consolida como forte e proativa.

Carlos Fábio Braga Monteiro

Procurador-Geral de Justiça do Amazonas

A atuação do Ministério Público em face do funcionamento das casas noturnas em Manaus

*Larissa Cristina Alves Rojas**

Sumário: 1 Introdução. 2 A atuação do Ministério Público do Estado do Amazonas na defesa da ordem urbanística. 2.1 A ordem urbanística. 2.1.1 Conceito. 2.1.2 Natureza jurídica. 2.2 Tutela da ordem urbanística pelo Ministério Público. 2.2.1 Inquérito Civil. 2.2.2 Termo de Ajustamento de Conduta. 2.2.3 Ação Civil Pública. 2.2.4 O Ministério Público como custos legis. 3 Normas que regem o funcionamento das casas noturnas em Manaus. 3.1 Projeto de Lei Federal nº 2.020/2007. 3.2 Lei nº 1.749 de 16 de julho de 2013 e novas perspectivas. 4 Comentários ao entendimento jurisprudencial da justiça estadual. 4.1 Ação Civil Pública nº 0247195-94.2009.8.04.0001. 4.2 Ação Civil Pública nº 0716436-85.2012.8.04.0001. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: O tema consiste na atuação do Ministério Público em face do funcionamento das casas noturnas na cidade de Manaus. Existem muitos espaços destinados para o entretenimento os quais realizam suas atividades sem oferecer condições de segurança aos frequentadores, assim necessitam de regularização, fiscalização dos órgãos públicos e estrutura física adequada. Direcionou-se o estudo para a cidade de Manaus, com base na atuação do Ministério Público do Estado, em virtude de esse órgão ser o responsável constitucional pela defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além disso é autorizado a agir para a tutela da ordem urbanística, seja por meios extrajudiciais ou judiciais. O objetivo geral da pesquisa consiste em investigar os requisitos legais exigidos pelo Poder

*Advogada. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio Educacional.

Público para o funcionamento das casas noturnas e, em segundo plano, ressaltam-se os objetivos específicos: analisar as normas que regem o funcionamento desses locais; comentar a atuação do Ministério Público do Estado do Amazonas com o intuito de exigir o cumprimento da Carta Magna do país, coibindo práticas ilegais e ao final expor o entendimento jurisprudencial no Estado do Amazonas. Isto posto, não há ainda legislação federal que vincule Estados e Municípios a fim de inibir o funcionamento irregular das casas noturnas, contudo caberá a cada Estado elaborar leis para tais fins e os órgãos estaduais do Ministério Público poderão utilizar sua competência constitucional para assegurarem a regularização desses locais e proporcionarem segurança à sociedade.

Palavras-chave: Casas noturnas. Irregularidade. Manaus.

1 Introdução

A temática insere-se no âmbito do Direito Urbanístico, o qual consiste em ciência jurídica em formação que estuda a ocupação, uso e transformação do solo, englobando o território urbano propriamente dito. Nos últimos anos, esse ramo jurídico vem crescendo em decorrência da interação do Direito com a sociedade. Tal avanço deve-se aos instrumentos normativos proporcionados ao Poder Público para que este possa atuar, bem como realizar concretamente o interesse da coletividade.

Será direcionada a pesquisa para a cidade de Manaus, com base na atuação do Ministério Público do Estado, uma vez que o estudo da legislação aplicada à capital do Amazonas se faz necessária, pois Manaus é uma cidade em intenso crescimento no setor de serviços e em expansão urbana que necessita, proporcionalmente a esse fenômeno, de regularização dos estabelecimentos em funcionamento e legislação que determine condutas a serem seguidas pelos proprietários das casas noturnas.

A efetividade das leis que disciplinam a regularidade das casas noturnas, bem como o estudo do tema, proporcionarão aspectos positivos para a sociedade. São ressaltados, a segurança para os frequentadores de estabelecimentos noturnos, que poderão ir a esses locais, sem receio de ocorrerem desastres; a publicidade dessas leis, demonstrando seus acertos e erros, e por fim o cumprimento de direitos e garantias assegurados pelo Estado, que agindo preventivamente evitará novos desastres e poderá utilizar os recursos em necessidades básicas de qualquer indivíduo, como saúde e educação, ao invés de gastá-los com a reparação dos danos provenientes de irregularidades de estabelecimentos.

Este estudo tem por objetivo abordar os espaços destinados para o entretenimento, os quais necessitam de regularização, fiscalização dos órgãos públicos e estrutura física adequada a fim de que ofereçam segurança aos seus frequentadores. Pretende-se, assim, expor o trabalho de fiscalização do Ministério Público em contraposição com a situação atual das casas noturnas em Manaus.

É imperioso destacar a necessidade do conhecimento social do amparo legal sancionador das casas noturnas irregulares, pois é dever do Estado a prevenção de que novas tragédias aconteçam por meio de organização social que se dará, em grande parte, através da elaboração de leis e sua difusão social.

2 A atuação do Ministério Público do Estado do Amazonas na defesa da ordem urbanística

2.1 A ordem urbanística

2.1.1 Conceito

A Constituição Federal de 1988 tratou igualmente da política urbana em seus arts. 182 e 183. Foi estabelecido que as diretrizes gerais da política urbana de desenvolvimento serão fixadas pela União, por lei (art.182, CF) e executadas pelo Poder Público municipal. Além disso, o Município possui competência concorrente para legislar sobre matéria urbanística (art. 24, I, CF).

O termo diretrizes, no âmbito legislativo, quer dizer preceitos que fixam esquemas gerais, preceitos norteadores da efetivação de uma política. Logo, cabia à União tratar de normas gerais sobre a matéria urbanística, o que foi feito através da edição da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade). São necessárias ainda normas específicas que deverão ser elaboradas pelos Estados e Municípios, conforme as necessidades locais.

Abstrai-se da norma constitucional que deve haver um planejamento da política urbana, isto é, a ocupação não pode ser casual e aleatória. Assim, a política urbana buscará “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes” (art. 182, *caput*, CF).

A partir da análise da norma constitucional, é compreendido o conceito de ordem urbanística que se apresenta em dois sentidos, exposto por Sundfeld (2003). Significará em um aspecto o ordenamento, ou seja, conjunto de normas vinculantes que condicionam, positiva ou negativamente, a ação individual na cidade; e por outro lado, quer dizer um estado de equilíbrio que o conjunto dos agentes envolvidos é obrigado a buscar e preservar.

O que interessa para o estudo do tema é o segundo conceito. Uma vez que a ordem urbanística é um ideal de difícil concretização, pois são diversos os interesses que envolvem o espaço urbano e a referida ordem almeja a compatibilização desses interesses para que, então, haja a fruição de toda a sociedade.

2.1.2 Natureza jurídica

O interesse na consecução e manutenção da ordem urbanística é um interesse difuso. Isso porque, além de ser indivisível, diz respeito a uma comunidade como um todo, composta por pessoas indeterminadas.

Mazzilli conceitua os interesses difusos:

Compreendem grupos menos determinados de pessoas entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou um conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas. (MAZZILLI, 2005, pg. 26)

Contudo, se o interesse na consecução e manutenção da ordem urbanística é facilmente identificado como difuso, os seus possíveis desdobramentos não são classificados dessa forma. Isto ocorre porque não segue o mesmo padrão de raciocínio o ato ilícito praticado na ordem urbanística, em razão de que tal ato pode lesar toda a comunidade (difuso), como também causar danos a um grupo de pessoas (coletivos) ou ainda gerar danos individuais que, se por acaso possuírem a mesma origem, serão individuais homogêneos.

Por conseguinte, a natureza jurídica do interesse lesado no âmbito do Direito Urbanístico depende do caso concreto.

2.2 Tutela da ordem urbanística pelo Ministério Público

O Ministério Público é uma instituição permanente, isto é, não pode ser dissolvida e como tal tem o dever de proteger os interesses individuais indisponíveis e sociais, esses últimos

classificam-se em: difusos e coletivos. Assim, objetivando alcançar o bem social, a Constituição Federal de 1988, no art. 129, propôs medidas as quais poderão ser utilizadas pelos membros do Ministério Público na hipótese de defesa da ordem urbanística.

Tais mecanismos de defesa da ordem jurídica estão inseridos entre as funções institucionais do Ministério Público, logo não poderá o promotor se omitir dessa obrigação legal, sob pena de responsabilização. Além disso, o rol descrito no art.129 da Constituição Federal de 1988 é exemplificativo, uma vez que o inc. IX do mesmo artigo dispõe que cabe ao Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

O *Parquet* poderá atuar de forma repressiva, sancionando condutas lesivas à ordem urbanística e requisitar a reparação de danos quando necessário, além disso deverá atuar também de forma preventiva, evitando a ocorrência de danos que muitas vezes são irreparáveis.

Desse modo, serão expostos os principais mecanismos de atuação pertencentes ao Ministério Público para realizar a tutela efetiva da ordem urbanística.

2.2.1 Inquérito Civil

O inquérito civil é procedimento investigatório, de caráter inquisitorial, unilateral e facultativo, instaurado e presidido pelo Ministério Público, que se destina a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Consiste em um procedimento administrativo que utiliza notificações, requisições, tomada de declarações, perícias

e vistorias, visando fornecer elementos necessários para o ajuizamento de uma ação civil pública ou elaboração de um termo de ajustamento de conduta.

Além disso, é um instrumento de investigação exclusivo do promotor de justiça, que está previsto entre as funções institucionais do Ministério Público (art. 129, III, CF/88). Quando o membro do Ministério Público toma conhecimento da denúncia, ele utiliza-se desse mecanismo para averiguar não só a veracidade dos fatos, como também colher provas imprescindíveis para se recorrer ao Poder Judiciário.

É facultada ao Ministério Público a instauração do inquérito civil, nos termos do art.8º, §1º, Lei nº 7.347/85, pois não constitui condição para o ajuizamento de ações a cargo desse órgão, todavia uma vez instaurado, os autos principais dele devem necessariamente instruir a ação civil pública e só então o procedimento administrativo será arquivado. Assim dispõe o §1º, art.8º, da referida lei:

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Para a instauração do procedimento administrativo deve ser obedecida a regra de competência para o ajuizamento da ação, ou seja, aquela do promotor de justiça com ofício no local onde ocorreu ou possa ocorrer o dano, respeitadas as exceções constitucionais e legais pertinentes.

Quanto à natureza jurídica classifica-se em inquisitorial, já que o inquérito civil é destinado a fornecer provas e elementos de convicção que fundamentem a ação do *Parquet* na defesa de direitos e interesses metaindividuais. Não se submete

ao princípio da ampla defesa e do contraditório, conforme exigência do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, tendo em vista que se trata de mero procedimento voltado à apuração de fatos para servir como prova na hipótese de futura ação judicial.

A Carta Magna do país prevê, no inciso III do art. 129, a legitimidade do Ministério Público para instaurar o inquérito civil e a ação civil pública com a finalidade de proteger o meio ambiente e os interesses difusos e coletivos.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

O inquérito civil possui três fases: instauração, instrução e conclusão. Acontece que o procedimento instrutório é variado e depende do interesse cuja lesão será apurada. O encerramento ocorrerá depois que forem esgotadas todas as diligências a que se destinava, mediante a propositura da ACP ou seu arquivamento.

De acordo com o art. 9º da Resolução nº 23 do CNMP de 17.09.2007, o Ministério Público tem o prazo de 1 (um) ano, contado da instauração, para concluir o inquérito civil, podendo o prazo ser prorrogado quantas vezes forem necessárias por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências, dando-se ciência ao Conselho Superior do Ministério Público, à Câmara de Coordenação e Revisão ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

O inquérito civil é público, haja vista que qualquer

interessado poderá ter acesso a ele. Como se trata de procedimento investigatório, não é necessária a observância do princípio do contraditório, contudo é possível cientificar o interessado sobre a existência do procedimento, se não houver prejuízo ao andamento das investigações.

PROCESSO CIVIL AÇÃO CIVIL DE REPARAÇÃO DE DANOS - INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. NATUREZA INQUISITIVA. VALOR PROBATÓRIO.

1. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a opinio actio do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva.

2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório (Recurso Especial nº 476.660-MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4 ago. 2003).

3. As provas colhidas no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo julgador.

4. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 2ª Turma, Resp 644994/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 21 mar. 2005, p.336).

Apesar de a publicidade ser a regra no procedimento do inquérito civil, excepcionalmente pode-se decretar o sigilo para a defesa da intimidade do investigado, a segurança do Estado ou da sociedade e a conveniência da instrução. O sigilo requer decisão fundamentada e alcança o conteúdo do inquérito.

Por conseguinte, o inquérito civil é instrumento de atuação privativo do Ministério Público, instaurado, exclusivamente, por órgão de execução, que será sempre aquele que reunir

atribuições para o ajuizamento da ação civil, podendo ser o Procurador-Geral ou o Promotor de Justiça.

2.2.2 Termo de Ajustamento de Conduta

Trata-se do instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público mais relevante, bem como possui natureza de título executivo, conforme o parágrafo 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). Hugo Nigro Mazzillio conceitua:

Um termo de obrigação de fazer ou não fazer, tomado por um dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, mediante o qual o causador do dano a interesses transindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística etc.) se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena das cominações pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial. (MAZZILLI, 2005, pg. 258)

O termo de ajustamento de conduta poderá ser celebrado por qualquer legitimado à propositura da ação civil pública, inclusive pelo promotor de justiça (art.5º, §6º, lei nº 7.347/85), entretanto apenas terá eficácia após a homologação do Conselho Superior do Ministério Público, já que ocasionará conseqüentemente o arquivamento do inquérito civil referente a esse acordo. A Súmula nº 4 desse órgão superior retrata:

Tendo havido compromisso de ajustamento que atenda integralmente à defesa dos interesses difusos e objetivados no inquérito civil, é caso de homologação do arquivamento do inquérito.

Ao celebrar um acordo que englobe interesses difusos, o promotor de justiça não poderá renunciar o interesse envolvido, levando em consideração que a proteção integral do interesse é requisito de homologação do termo.

Porém, muitas vezes, essas obrigações contidas nos termos serão cumpridas apenas em médio e longo prazo. Assim, serão analisadas questões complexas que exigirão cautela em políticas públicas.

Nesses casos, serão realizados compromissos preliminares, mesmo não ocasionando arquivamento do inquérito civil, homologados pelo Conselho Superior do Ministério Público. Conforme dispõe a Súmula 20 desse órgão superior:

Súmula 20. Quando o compromisso de ajustamento tiver a característica de ajuste preliminar, que não dispense o prosseguimento de diligências para uma solução definitiva, salientado pelo órgão do Ministério Público que o celebrou, o Conselho Superior homologará somente o compromisso, autorizando o prosseguimento das investigações.

Logo, o termo de ajustamento de conduta tem um papel primordial na tutela dos interesses urbanísticos, não permitindo que litígios se prolonguem no tempo. As ações civis públicas demoram muito para serem processadas e julgadas como todos os processos judiciais. Então, o acordo celebrado entre o promotor de justiça e o causador do dano é a forma mais efetiva de chegar a uma solução concreta.

2.2.3 Ação Civil Pública

A ação civil pública é o instrumento processual utilizado

para a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos com o objetivo de reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações de ordem econômica, protegendo, assim, interesses da sociedade. Além disso é possível realizar o controle popular sobre os atos dos poderes públicos, podendo nesse caso exigir tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade quanto a aplicação das sanções do artigo 37, § 4, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

Através da Lei nº 7.347/85, que regulamenta a ação civil pública, tornou-se possível a tutela dos interesses difusos e coletivos, mediante a previsão de hipóteses de legitimação extraordinária. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 alargou o alcance desses institutos e tornou exemplificativa a enumeração que era taxativa, quando inseriu no texto constitucional a previsão de outros interesses difusos e coletivos.

Portanto, esgotadas todas as tentativas de acordo e havendo provas de lesão à interesse metaindividual relacionado à ordem urbanística, deverá ser proposta ação civil pública.

Parte dos autores entendem que a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público não deve ser utilizada somente para o ressarcimento de danos ao erário, pois isso não se amolda às suas finalidades sociais.

Barroso (2003, p. 223) preceitua que

a alternatividade que o dispositivo enseja não impede a cumulação, numa mesma ação, dos pedidos de prestar ou não algum fato e de indenizar em certa quantia de dinheiro.

Os legitimados para propor a ação civil pública são, segundo o art. 5º da Lei nº 7.347/85, o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e por último, a associação que concomitantemente esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei nº 7.347/85 não menciona os legitimados passivos para a ação civil pública, pois poderão ocupar o polo passivo qualquer pessoa física ou jurídica que ofendam os bens jurídicos tutelados pela referida lei. Haverá litisconsorte passivo, mesmo a lei silenciando a respeito, quando duas ou mais pessoas ou entidades forem responsáveis pelo dano ao interesse difuso. A competência para propositura da ação civil pública será territorial, uma vez que conforme art. 2º da Lei nº 7.347/85, o foro competente para processar a ação civil pública e a ação cautelar (a ação de execução é proposta, em regra, no juízo que julgou a causa em 1º grau) é do local onde ocorreu o dano. Apesar da competência ser territorial, ela terá natureza funcional sendo improrrogável e absoluta. O critério funcional se relaciona com as funções desempenhadas pelo órgão jurisdicional no processo, ou seja, preverá qual órgão julgará em primeira instância e qual órgão revisará o julgado (recurso). Não se despreza, ainda, que este critério considera a natureza e as exigências especiais para a função do juiz em determinadas causas, como, por exemplo, no caso de juiz de determinado território possuir mais facilidade e eficácia no exercício da função por estar mais próximo do fato ou coisa.

Será proposta a ação civil pública sob o rito ordinário ou sumário do processo civil, cabendo tutela antecipada com

pedido de liminar, ou seja, antes mesmo da oitiva do réu, quando estiverem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Está previsto na Lei nº 7.347/85, no art. 4º, a possibilidade de ajuizar ação cautelar preparatória ou incidental à ação civil pública, contudo esse dispositivo legal é desnecessário, tendo em vista que no art. 19 da mencionada lei é estabelecida a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Conclui-se que entre ajuizar ação cautelar ou o juiz conceder liminar na própria ação principal, os promotores de justiça têm escolhido ajuizar a ação civil pública com pedido de liminar e, na maioria das vezes, a ação cautelar será arguida somente em casos de urgência, quando são necessários esclarecimentos para o correto ajuizamento da ação principal.

A tutela específica na ação civil pública consiste em meio de satisfazer o lesado através do retorno ao *status quo ante*, isto é, o desfazimento de uma lesão. Procura-se dar àquele que tem razão tudo aquilo a que ele tem direito. Busca-se com isso a maior coincidência possível entre o direito e sua realização fática.

As formas de tutela, que estão previstas no art. 11 da Lei nº 7.347/85 e no art. 84 do CDC, possuem natureza mandamental (*caput* e §4º) ou executiva (§5º), conforme o caso. Na primeira hipótese, havendo ação que tenha como objeto obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento e na segunda, buscando a tutela específica, poderá o juiz determinar as medidas necessárias para a satisfação da pretensão, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Pode-se afirmar que a tutela preventiva ou inibitória é

uma espécie de tutela específica, em razão de ela possibilitar a fruição integral de um direito, além disso será um importante instrumento de prevenção quanto à ocorrência do ato ilícito, através da vedação de uma conduta. Nesse sentido, a prevenção abrangerá as hipóteses de probabilidade da prática, continuação ou repetição de um ilícito.

Um exemplo de demandas com pedidos de tutela inibitória seriam as ações civis públicas para impedir ou paralisar a construção de um empreendimento que não obedece às normas de zoneamento de uma cidade.

Os Tribunais pátrios, há muito tempo, já reconhecem a tutela inibitória nas ações civis públicas.

(...) 16. Deveras, a efetividade da prestação jurisdicional implica resultados práticos tangíveis e não meras divagações acadêmicas, porquanto, de há muito já afirmava Chiovenda, que o judiciário deve dar a quem tem direito, aquilo e justamente aquilo a que faz jus, posto não poder o processo gerar danos ao autor que tem razão. Ora, é da essência da *ação civil pública gerar tutela específica, inibitória ou repressiva*, sendo livre o juiz não só quanto às medidas de apoio para fazer valer a sua decisão, como também na prolação da mesma, impondo o que no direito anglo-saxônico se denomina *specificperformance*. (...) (STJ, 1ª Turma, AgRg na MC 8791/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 13 dez. 2004, p.217) (grifo nosso).

Então, a tutela inibitória volta-se contra a possibilidade do ilícito, mesmo sendo uma conduta de repetição ou continuação, voltada para o futuro, e não para o passado. Além disso, não se relaciona com o ressarcimento do dano, tampouco com os elementos subjetivos, isto é, culpa ou dolo.

2.2.4 O Ministério Público como *custos legis*

O Ministério Público, na defesa dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, bem como da ordem urbanística, não agirá somente como autor, mas também como *custos legis*, ou seja, fiscal da lei. Dinamarco entende que quando o Ministério Público atua como fiscal da lei, sua atenção:

Dirige-se de modo direto ao interesse da sociedade como um todo ou de toda comunidade – e por isso é que se diz que, em tais hipóteses, que ele é um *custus legis*, ou fiscal da lei: zela pelo império desta e pela efetividade das disposições que contém. É essa sua posição quando intervém em causas envolvendo relações de família ou registros públicos (CPC, art.82, inc. II; LRP, art.109 etc), em processos de mandado de segurança, na falência ou concordata, em ações populares, em ações civis públicas promovidas por outra entidade, em ações diretas de inconstitucionalidade etc. (LMS, art., 10º; LF, art.15, inc. II, art.35 etc; LACP, art. 5º, §1º, etc.) (DINAMARCO, 1996, p.682).

Na função de fiscal da lei, o promotor de justiça atuará tanto em demandas coletivas, como, por exemplo, ações populares e ações civis públicas propostas por outros legitimados, quanto em demandas individuais, tais como ações de usucapião e retificação da área.

O art. 83 do CPC dispõe que o Ministério Público, como fiscal da lei, terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo, e também poderá juntar documentos e certidões, produzir provas em audiências e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade. Poderá ainda recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, como está consignado no art. 499, §2º

do CPC. O inciso I do artigo 138 do CPC preceitua que se aplicam os motivos de impedimento e suspeição ao órgão do Ministério Público, quando não for parte e faz expressamente a distinção entre o *Parquet* atuando como parte e nos casos em que ele não for parte.

A ausência do Ministério Público em processo que deveria participar gera a nulidade. Contudo, se não houve a intervenção do *Parquet* em causas as quais deveria atuar, não deve ser decretada a nulidade de imediato se a causa for decidida em favor daquele a quem a intervenção teria provavelmente beneficiado. Portanto, a intervenção tardia do Ministério Público não irá sanar a nulidade consistente na sua presença obrigatória em processo no qual haja interesse público.

Observa-se que a intervenção do *Parquet* como fiscal da lei não deverá ser menosprezada em relação à atuação como autor de demandas, porque quando ele é interveniente por imposição legal haverá de ser tão zeloso quanto é com as ações que propõe, e muitas vezes deverá ter até mais empenho, pois, se o membro do Ministério Público recebeu a ação sem ter se preparado para a propositura, deverá ter atenção maior aos detalhes e desdobramentos posteriores para pôr-se a par de questões de fato que não são trazidas pelas partes.

Assim, independente da espécie da demanda, o Ministério Público deverá agir sempre com zelo pela proteção do espaço urbano e principalmente nos casos em que forem propostas ações civis públicas pelos demais legitimados, o promotor está obrigado, em razão do interesse social, a verificar a regularidade da petição inicial, podendo aditá-la se for necessário.

Agirá ainda na fase instrutória da demanda, complementando as provas requeridas pelo autor quando insuficientes ou frágeis, bem como o Promotor que atua em obediência à lei, em seu dever funcional, deverá estar atento aos eventuais acordos realizados, para coibir tentativas de

colusão em prejuízo do interesse discutido na demanda.

De sorte que nas leis de Ação Civil Pública e de Ação Popular há previsão expressa no sentido de que o órgão do Ministério Público assuma a titularidade ativa da demanda em casos de abandono e desistência (art. 5º, §3º, lei nº 7.347/85 e art. 9º, Lei nº 4.717/65).

3 Normas que regem o funcionamento das casas noturnas em Manaus

3.1 Projeto de Lei Federal nº 2.020/2007

O Brasil não possui ainda uma lei federal para padronizar normas de segurança nas casas noturnas. Apesar de o projeto de lei federal (PL 2.020/2007) apresentado por uma comissão externa da Câmara já estar pronto desde junho de 2013, é aguardada a apreciação do Senado Federal.

Em 2013, um estudo do Ministério da Ciência e Tecnologia, em parceria com o Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo (IPT), revelou que apenas 14% dos 5570 Municípios brasileiros têm bombeiros, e que o país registra cerca de 200 mil incêndios por ano (aproximadamente 500 por dia).

A ONU recomenda um mínimo de um bombeiro para cada mil habitantes. No Brasil, a proporção é de 2.757 pessoas por profissional. Ou seja, para se adequar à recomendação internacional, o país precisaria aumentar em 175% o número de pessoal nesse setor.

De forma geral, o Projeto de Lei nº 2.020/2007 prevê a criação de regras nacionais de segurança, a definição de responsabilidades de cada esfera governamental, assim como a criminalização de atos de negligência dos donos de estabelecimentos e dos envolvidos na fiscalização e concessão de alvarás.

O referido projeto possui oito artigos que estabelecem normas gerais de segurança para o funcionamento de casas de espetáculos e similares. É disposto que a autorização para o funcionamento desses estabelecimentos somente poderá ser concedida quando os sistemas de segurança estiverem de acordo com o que dispõe nessa norma.

Definem-se como casas de espetáculo ou similares de acordo com o §1º do art. 2º para os efeitos do disposto nesta lei: salões de baile ou de festas; boates, discotecas, danceterias e teatros, inclusive os itinerantes e locais cercados, cobertos ou descobertos, onde se concentre público superior a quinhentas pessoas para assistir a espetáculos de natureza artística. São excluídos da aplicação dessa lei, mencionado no §2º do mesmo artigo, os estabelecimentos situados em Municípios com menos de 100.000 (cem mil) habitantes.

Quanto aos sistemas de segurança, o art. 3º estabelece que deverão ser providenciados obrigatoriamente pelas casas noturnas em todo país: quadro de vigilantes; sistema de alarme e de combate a incêndios; sistema contínuo de gravação de imagens; sistema de saída de emergência com sinalização visual adequada, inclusive para deficientes físicos; detectores de metais os quais não deverão dificultar a evacuação do recinto, em caso de emergência; aparelhos de Raios-X para ocasião em que compareçam mais de 1500 pessoas. No caso do sistema contínuo de gravação de imagens e dos detectores de metais, serão estes definidos por norma municipal.

Os promotores de eventos adotarão todas as providências necessárias para evitar o ingresso de armas de fogo e objetos cortantes nas casas de espetáculo que tenham aglomeração superior a 1000 pessoas, ressalvado o direito ao livre exercício dos cultos religiosos, previsto no inc. VI, do art. 5º da Constituição Federal.

O critério quantitativo de aglomeração de 1000 pessoas

para que sejam tomadas as medidas preventivas contra o ingresso de armas de fogo e outros objetos cortantes é o mesmo parâmetro disposto na Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 – Estatuto do Desarmamento. Entende-se que essa é uma medida importante, tendo em vista que não se deve onerar, desnecessariamente, estabelecimentos localizados em regiões pouco populosas, e nem sempre sujeitas aos mesmos tipos de violência dos grandes centros.

São deveres do proprietário do estabelecimento ou do promotor do evento: fazer obedecer à proibição de ingresso de armas de fogo no recinto e a exposição de mensagens educativas em locais visíveis. A fiscalização desses deveres são de responsabilidade da Administração Municipal.

Além disso, o §2º do art. 5º dispõe que o proprietário ou explorador do estabelecimento poderá sofrer sanção administrativa, bem como responder civil e criminalmente pelos danos pessoais e materiais sofridos por cliente ou assistentes, em seu estabelecimento, decorrentes do descumprimento das disposições previstas na lei.

A Constituição de 1988 delegou aos Estados a competência de legislar sobre prevenção de incêndios e aos Municípios a concessão dos alvarás. A nova lei implementa um padrão mínimo de exigência em nível nacional e acaba com a política de empurra-empurra entre prefeitura e bombeiros. Além disso, o prefeito que compactuar com irregularidades estará incorrendo em crime de responsabilidade, o que o tornará inelegível.

O estabelecimento que infringir a lei ficará sujeito às seguintes penalidades, conforme a gravidade da infração e levando-se em conta a reincidência: advertência, multa e interdição do estabelecimento.

O artigo 144 da Constituição Federal trata da segurança pública e dispõe que esta é dever do Estado, mas direito e

responsabilidade de todos. Dessa forma, objetiva-se com o referido projeto de lei proteger a integridade física do público que frequenta as casas de espetáculos.

Logo, a norma geral federal que estabeleça os requisitos mínimos de segurança poderá servir de referencial para que os legisladores municipais a detalhem. Estarão os Municípios vinculados a tais normas, devendo aplicá-las nas regiões sob sua jurisdição, possibilitando um tratamento jurídico isonômico em todo o país.

3.2 Lei nº 1.749 de 16 de julho de 2013 e novas perspectivas

Após o incidente ocorrido na Boate Kiss, em 27 de janeiro de 2013, que resultou na morte de centenas de pessoas, foi realizada a fiscalização em diversas casas noturnas espalhadas pelo país objetivando inibir o funcionamento irregular dos estabelecimentos desprovidos de segurança.

Assim, a Prefeitura de Manaus fez a vistoria de 145 estabelecimentos dos quais 66 foram notificados e interditados, não se restringindo a fiscalização apenas a casas noturnas, mas a qualquer estabelecimento que recebesse público.

Porém, passados alguns meses do incidente bem como a pressão da sociedade amazonense para a liberação dos estabelecimentos irregulares que estavam interditados, o rigor da fiscalização inicial foi desaparecendo. Foi necessária a edição de lei local que regulamentasse o funcionamento das casas noturnas para que se tomassem providências mais concretas contra aqueles que descumprissem a lei.

Surgiu a Lei Municipal nº 1.749 de 16 de julho de 2013 que proibiu a utilização de artifícios pirotécnicos nas áreas internas de bares, restaurantes, boates, casas de shows ou estabelecimentos similares, previsto no art. 1º, havendo

ainda o conceito de artificios pirotécnicos como quaisquer peças destinadas a transmitir inflamação e produzir luz, ruído, incêndios ou explosões com finalidade de provocar a explosão de uma carga. O final do art. 1º não afasta as vedações do art. 134 do Código de Postura do Município de Manaus.

Para aquele que infringir a lei a multa é de 100 Unidades Fiscais do Município (UFM), equivalente a R\$ 7.459. Se houver reincidência, o valor é dobrado, ou seja, 200 UFM. Além disso, o estabelecimento terá o funcionamento suspenso por 15 dias e poderá chegar a 30 dias de suspensão, caso não seja a primeira vez que a casa noturna foi notificada. A reincidência autorizará processo administrativo necessário à cassação definitiva do alvará de funcionamento.

O artigo 3º estipula que os estabelecimentos deverão instalar em suas entradas placa e painéis eletrônicos que informarão respectivamente, o número máximo de pessoas que o estabelecimento comporta e o número de pessoas que ingressam no local, em tempo real. Para os estabelecimentos que comportarem mais que 200 pessoas, será obrigatória a disponibilização de um profissional treinado em situações de emergência.

A Prefeitura exige também a instalação de *sprinklers*, dispositivo fixado no teto e que libera água ao detectar incêndio. É importante frisar que todas as saídas de emergência deverão ser sinalizadas e fáceis para abrir, dotadas de barra antipânico as quais facilitam a abertura de uma porta através do destravamento automático.

As casas de *show* com fluxo de 300 a 1 mil pessoas deverão ter duas saídas, de 1.001 a 1,5 mil pessoas, três saídas, de 1.501 a 2 mil, quatro saídas de emergência e cinco saídas para os locais que tiverem fluxo acima de 2 mil clientes. O descumprimento dessas regras ocasiona multa de 100 UFM e suspensão da licença para funcionamento por 15 dias ou em

caso de reincidência, o dobro da multa e suspensão da licença por 30 dias.

Todas as casas noturnas deverão ter isolamento acústico de material que não seja altamente inflamável e nem tóxico.

A fiscalização para a regularização das casas noturnas será feita pelo Implurb (Instituto Municipal de Ordem Social e Planejamento Urbano) e os estabelecimentos terão o prazo de 90 dias para se adequarem às novas normas. A emissão de novas licenças, assim como a regularização, depende da observância da lei pelas casas noturnas e similares. Ficou a cargo da Prefeitura a divulgação dos nomes dos estabelecimentos e a data de validade dos alvarás.

Segundo determinação da lei, todo o valor arrecadado com as multas será destinado ao Fundo Municipal de Assistência Social. Além disso, o Implurb será o responsável pela fiscalização do cumprimento das adequações e aplicação de possíveis multas.

Ao final, é dito que a divulgação de telefones e *e-mails* da Prefeitura para a população fazer as denúncias deverá ser feita por meio de um *link* criado especialmente para esse fim na página oficial do Município na Internet.

A Lei n° 1749 de 16 de julho de 2013 traz grandes progressos para a regularização do funcionamento das casas noturnas, especificamente quanto à segurança, uma vez que a legislação anterior era omissa no que se referia à permissão de artificios pirotécnicos no interior desses locais.

Destarte, a referida lei possibilita que se evite incidentes semelhantes ao que aconteceu na Boate Kiss, por meio de mecanismos concretos de fiscalização dos órgãos municipais. Entretanto, a fim de que a segurança da sociedade seja resguardada, deverão os referidos órgãos exigirem dos estabelecimentos a adequação às normas, sob pena de incidir multa, e tendo como parâmetro o princípio da isonomia, o

qual será aplicado a mesma lei e suas penalidades a qualquer estabelecimento, sem tratamento diferencial ou tolerância de prazos, além do previsto a qualquer um deles.

4 Comentários ao entendimento jurisprudencial da justiça estadual

A ação civil pública é um instrumento processual de que dispõem o Ministério Público e outras entidades legitimadas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Está assegurada tanto na Constituição Federal quanto em leis infraconstitucionais, possuindo um “status constitucional”, já que a Constituição coloca a propositura desse instrumento como função institucional do Ministério Público (art. 129, III da Constituição Federal), mas sem dar-lhe exclusividade (art. 129, § 1º, da Constituição Federal).

O objetivo da ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, consiste em reparar ou prevenir danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, por infração à ordem econômica ou à ordem urbanística, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Ressalta-se que o Ministério Público somente usará este artifício processual em último caso, quando não for possível solucionar a controvérsia de outra forma seja por meio de diligências, compromissos de ajustamento de condutas e prorrogações de prazos. Assim, o *Parquet*, evitando um dano irreparável à sociedade, utilizará esse meio de defesa em virtude da omissão do poder público, que não realizou as medidas

necessárias para sanar as irregularidades, e da conduta do particular infrator das normas urbanísticas.

4.1 Ação Civil Pública nº 0247195-94.2009.8.04.0001

Em 2009, foi ajuizada ação civil pública com pedido de liminar perante a 2ª Vara Especializada da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Manaus-AM contra J. J. S.M, responsável legal pelo Bar, Restaurante e Danceteria C.D.

Em análise ao referido processo, o parecer do Ministério Público do Estado do Amazonas (MP/AM) apontou que o estabelecimento do requerido estava irregular ao realizar atividades no referido imóvel sem possuir os documentos obrigatórios necessários para tal fim: projeto aprovado, certidão de habite-se, certidão do Corpo de Bombeiros, licença da SEDEMA, certidão de viabilidade e regular alvará de funcionamento.

Apesar da notificação e interdição realizadas pelo Implurb, o Requerido manteve suas atividades no estabelecimento ao arrepio da lei, apresentando em contraposição mandado de liminar o qual determinava que a SEMEF deveria se abster de fechar a casa noturna até a tramitação final da ação cautelar inominada nº 001.05.046434-6 ou a regularização do processo de licenciamento.

Foi pedido em caráter liminar a antecipação do provimento final, através da adoção de medidas satisfativas ou que assegurassem o resultado prático da obrigação a ser cumprida porque estavam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Observa-se que o *Parquet* visava ao interesse social, uma vez que a atividade exercida no imóvel era clandestina e estava em desacordo à legislação municipal em vigor na

época, em consequência colocava em risco a segurança e o bem-estar coletivo. Em razão do funcionamento irregular do estabelecimento foi arguido na inicial o pedido de cessação imediata das atividades, não devendo ser permitido que o imóvel fosse utilizado por terceiros.

Não obstante a existência de mandado de liminar em posse do proprietário do estabelecimento, o pedido de liminar pleiteado na inicial foi deferido, pois o M.M juiz(a) entendeu que o requerido não poderia se valer indefinidamente dessa decisão, uma vez que havia transcorrido mais de seis meses desde então, além disso determinou que ele apresentasse, no prazo de 15 dias, a comprovação do licenciamento da atividade exercida no imóvel expedido pela autoridade municipal competente, caso contrário importaria no fechamento do estabelecimento.

O Município manifestou-se e solicitou seu ingresso no feito como litisconsorte ativo.

Na contestação foi alegado que os efeitos da medida liminar deveriam ser suspensos, em razão da parte demandada não ter feito suas considerações bem como a inexistência do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que são requisitos essenciais da mesma. Informou o Requerido que formalizou processo de licenciamento ambiental perante a competente Secretaria, anexou a certidão de viabilidade para uso e serviço do imóvel, o auto de vistoria do Corpo de Bombeiros e a certidão expedida pelo Implurb, que permite a atividade para o local.

Quanto aos fatos, o Requerido confirma a ausência inicial da documentação necessária para o funcionamento do estabelecimento, em virtude de ele a *priori* possuir outro negócio, um posto de lavagem de veículos, porém a pedido de seus clientes passou a vender bebidas em geral.

Posteriormente, é proferida sentença, o(a) M.M juiz(a)

em exposição de motivos, afirma que, para ser autorizado o funcionamento de um estabelecimento, é necessário que tanto o imóvel quanto a descrição da atividade exercida estejam de acordo com as normas legais estabelecidas e as condições favoráveis de uso a que se propõem. Os documentos expedidos por diversos órgãos públicos, dentro de suas competências, têm uma única finalidade: dotar o empreendimento de permissão para o exercício de atividade e seu regular funcionamento.

É citada a Lei nº 674/2002 como principal suporte jurídico que ampara a pretensão do Ministério Público, resguardando os princípios da legalidade e moralidade administrativa. Ao final, é julgada procedente a presente ação e foi determinado que o Requerido apresentasse, no prazo de 48 horas, toda a documentação necessária para o regular funcionamento do estabelecimento denominado C.D, sob pena do fechamento do local.

Passado o prazo, sem a devida paralisação das atividades na casa de eventos, o Ministério Público apresentou a execução de sentença perante a competente Vara da Fazenda Pública Municipal.

O Município de Manaus, por meio da Procuradoria, interpôs embargos de declaração com efeitos infringentes contra J.J.S.M, proprietário do estabelecimento C.D, alegando que houve omissão quanto à condenação aos honorários advocatícios e às custas judiciais, em consonância com o entendimento do STJ, logo somente não haveria tal condenação se os direitos fossem meramente conservatórios.

O proprietário do estabelecimento apelou da sentença e foi exposto que cabia ao autor comprovar os fatos constitutivos do direito e ao réu aqueles modificativos, impeditivos ou extintivos do direito pleiteado pelo proponente. Assim, o apelante invocou a aplicação do art. 462 do CPC, em razão do fato superveniente extintivo do direito do autor, qual seja,

o cumprimento de praticamente toda a documentação exigida pelo Poder Judiciário, apenas faltava a licença da Sedema.

No pedido foi solicitado o recebimento da apelação não somente no seu efeito devolutivo como também no suspensivo e o juiz recebeu em ambos efeitos. Contudo, a decisão foi revogada uma vez que o patrono do Requerido teve sua inscrição cancelada, assim como foi desconsiderada a apelação anterior e devolvido novo prazo para a interposição de apelação no prazo de 15 dias.

Diante do recebimento da apelação, o *Parquet* ofereceu Contrarrazões à Apelação aduzindo em sua peça que em razão da ausência de documentação necessária para o exercício da atividade no estabelecimento denominado C.D deveria ser mantida a sentença e improvido o recurso.

Em manifestação posterior, o Requerido alega que conseguiu, junto aos órgãos competentes, a expedição de quase a totalidade dos documentos exigidos, exceto a licença ambiental que ainda estava sendo providenciada, requerendo o arquivamento do processo e a improcedência da execução.

O juiz proferiu em decisão interlocutória que, no prazo de 60 dias, o proprietário do estabelecimento apresentasse a licença municipal de operação e autorizou o funcionamento do imóvel nesse período de 2 meses.

Requisitou-se em contrapartida pelo *Parquet* a cessação da atividade no imóvel e sua interdição por oficial de justiça, o qual colocaria o lacre na entrada do local, sob pena do seu rompimento constituir crime previsto no art. 336 do CP, além disso exigiu a multa equivalente pelo descumprimento da sentença na fase de conhecimento.

Apresentou o Requerido a licença ambiental solicitada dentro do prazo legal, porém havia condicionantes na mesma que não foram cumpridas, conforme laudo técnico elaborado pela Secretaria do Meio Ambiente após vistoria *in loco*. Em

decorrência dessa comprovação, a referida secretaria lavrou o auto de infração e retirou a licença concedida ao dono do imóvel.

Após a configuração desses fatos, ocorreu o conflito de competência negativo entre a 2ª Vara da Fazenda Pública Municipal de Manaus e a Vara do Meio Ambiente e Questões Agrárias, mas aquela continuou ao final competente para prosseguir na fase de execução.

Restou decidido pelo juízo competente que o estabelecimento do Requerido deveria ser interdito, em razão da ausência dos documentos necessários ao funcionamento regular do local.

Em face da ameaça da decisão prolatada, o Requerido interpôs agravo de instrumento com pedido de liminar com efeito suspensivo para o TJ/AM.

O Ministério Público solicitou que a parte contrária pagasse multa referente ao período em que o estabelecimento ficou aberto irregularmente, após a colocação do lacre por determinação do Poder Judiciário, sendo contabilizado aproximadamente 4 meses cujo início deu-se em 24 maio 2012, com o rompimento do lacre e prosseguiu até o dia 05 nov. 2012, quando o proprietário deixou o imóvel.

Dessa forma, o último ato processual realizado foi a determinação pelo juiz para que fosse expedido o mandado de citação e penhora.

Observou-se, com o ajuizamento da referida ação civil pública, a demora excessiva para satisfação de um interesse social, qual seja, a interdição de um estabelecimento que funcionava em completo desacordo da lei. Logo, foi infringido o Plano Diretor vigente na época e colocou-se em risco a segurança dos frequentadores do local, já que não havia condições para exercer a atividade.

A Lei nº 674 de 04 de novembro de 2002, inserida

no Plano Diretor da cidade de Manaus, trata da licença e fiscalização de atividades em estabelecimentos e logradouros dispondo que:

Art.11. O funcionamento de qualquer estabelecimento comercial, industrial ou prestador de serviços, sem a necessária Licença ou Autorização, consiste em infração grave à presente Lei.

Parágrafo Único. Quando o uso do estabelecimento em situação irregular depender de parecer técnico de órgãos de controle ambiental, vigilância sanitária, Corpo de Bombeiros ou quando implicar em risco para a população, sua interdição será imediata.

Art. 32. Por interdição do estabelecimento entende-se a suspensão de seu funcionamento nas seguintes situações: (...)

V - funcionamento sem a respectiva Licença ou Autorização para as situações prevista pelo artigo 11 desta Lei.

A sentença na fase de conhecimento fundamentou-se nos referidos artigos previstos em lei que devem ser interpretados conjuntamente a fim de ser obtida a tutela jurisdicional adequada, ou seja, a interdição do estabelecimento que funciona sem a necessária autorização.

Transcorreram mais de 5 anos e mesmo assim não foi possível solucionar o litígio. Embora o local tenha sido finalmente abandonado pelo proprietário, este ainda não arcou com a multa decorrente do funcionamento irregular do estabelecimento no período que a justiça determinou sua interdição.

Nessa mesma situação estão muitas outras ações civis públicas ajuizadas pelo *Parquet* que ficam durante anos aguardando a solução da questão, por isso são buscados pelos

membros do Ministério Público acordos e outros mecanismos extrajudiciais durante o inquérito civil, porque as referidas ações em grande parte são muito penosas podendo ser prejudicado o objeto da ação.

O princípio da celeridade processual foi introduzido expressamente no rol dos direitos fundamentais da Constituição da República de 1988 por intermédio da Emenda à Constituição n.º. 45, de 8 de dezembro de 2004:

Art. 5º- (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A constitucionalização expressa do princípio da celeridade processual veio, portanto, para conferir maior garantia ainda ao instituto do processo, inclusive no âmbito dos procedimentos administrativos, como um direito fundamental, tal como os outros princípios processuais constitucionais enumerados no texto constitucional. A lentidão permanente no desenvolvimento dos atos processuais sempre foi e é entrave para o exercício de outros direitos fundamentais também insertos no texto da Carta Magna.

Outro fator, no caso específico, que prolongou a execução da sentença foi o conflito de competência negativo entre a Vara do Meio Ambiente e Questões Agrárias e a 2ª Vara da Fazenda Pública Municipal. De acordo com o art. 116 do CPC, o conflito de competência pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz.

Muitas vezes o conflito entre os juízes só dificulta a solução do litígio que restará pendente até que se chegue a uma conclusão em relação ao juiz competente. Não se deve esquecer

de que um dos princípios constitucionais mais importantes para a Justiça é aquele inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que determina que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de Direito.

Apesar do longo período transcorrido desde o início da ação de conhecimento, bem como a resistência do Requerido a fim de cumprir com as regras urbanísticas, entende-se que a execução está correndo a favor do Ministério Público, visto que foi expedido mandado de penhora dos bens do proprietário do estabelecimento. Destarte, não poderia o Requerido sair ileso do processo, mesmo conseguindo a documentação necessária, pelo período que descumpriu a lei.

4.2 Ação Civil Pública nº 0716436-85.2012.8.04.0001

O Ministério Público do Estado do Amazonas, por intermédio da 63ª Promotoria de Urbanismo, ajuizou, perante a 1ª vara da Fazenda Pública Municipal, a Ação Civil Pública com obrigação de fazer e pedido de concessão de liminar em desfavor do Município e do W.A.P, representante da empresa M.B que atua no ramo de alimentação, de eventos e recepções.

O motivo que deu origem à ação judicial decorreu da execução de obras no imóvel sem a presença de documentos essenciais para tal fim, como o habite-se, o auto de vistoria do Corpo de Bombeiros e certidão que ateste o isolamento acústico.

O Requerido impetrou mandado de segurança nº 001.10.228979-5 contra o Implurb a fim de continuar realizando as obras. Inicialmente foi concedida a liminar, mas ao final foi denegado o mandado de segurança e revogada a liminar. Mesmo o órgão da prefeitura verificando a ausência

de documentos como certidão do corpo de bombeiros, licença ambiental de operação e termo de execução do IMTT, não impediu a construção no local.

Solicitou-se a concessão de liminar na ação civil pública diante da existência dos requisitos ensejadores para tanto, os quais são *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, bem como, ao final, a procedência da ação condenando o Município na obrigação de fazer, qual seja, a imediata interdição do estabelecimento denominado M.B e também o W.A.P para abster-se de realizar qualquer atividade no local antes da completa regularização junto aos órgãos competentes.

Com o intuito de apreciar a liminar, o juiz determinou a citação dos Requeridos para que se manifestassem, com respaldo no art. 2º da Lei nº 8437/92.

O Município advertiu que foram juntados à Inicial diversos documentos que atestavam a irregularidade do estabelecimento, no entanto eles datavam de 2009 e 2010, assim, caso fosse constatado que as anomalias não tivessem sido sanadas, o ente federativo não se opunha à concessão da liminar. Além disso, requereu que o Implurb, autarquia com personalidade jurídica e capacidade processual, fosse incluso como litisconsorte passivo necessário.

Enquanto o outro Requerido, W.A.P, afirmou, de acordo com as declarações no processo, às fls. 123-124, in verbis:

Por esse motivo, segue em anexo o auto de vistoria do Corpo de Bombeiros, a certidão de uso do solo expedida pelo Implurb, a licença municipal de operação expedida pela Secretaria de Meio Ambiente e os testes de isolamento acústico, que demonstram a total regularidade do estabelecimento. Apenas deve ser esclarecido que o Habite-se não é apresentado na presente ocasião em razão de reformas recentes feitas no local. Como se sabe, a cada reforma, o Município deve fazer uma nova

vistoria para emitir um novo parecer. Este processo está em tramitação no órgão municipal responsável, e espera-se que nas próximas semanas o documento seja emitido, pois todos os órgãos responsáveis pela fiscalização do local já atestaram sua regularidade.

Quanto à apreciação da liminar, esta foi indeferida, pois na análise do juiz não houve a situação do perigo iminente, qual seja, a possibilidade de ocorrência do dano antes da citação do demandado, não restando comprovada a urgência e relevância para a concessão da liminar. Além disso, a documentação apresentada pelo Ministério Público não correspondia à situação atual do imóvel, sendo trazida aos autos pelo Requerido a documentação necessária para o funcionamento do estabelecimento.

Foi oposta a contestação na qual se argumentou preliminarmente a perda do objeto da ação, tendo em vista a apresentação de licença do Corpo de Bombeiros, certidão do uso e ocupação do solo e licença de operação emitida por órgão ambiental no que se refere à poluição sonora. Ressaltaram-se ainda as providências para a emissão do habite-se.

Em sua defesa, o Município alegou que foram realizadas em 2008 leituras de pressão sonora e por consequência o local não apresentou nenhuma anormalidade. Assim, o empreendimento estava devidamente licenciado desde 2009 até 19.04.2014.

Afirmou, ainda, o Município que o W.A.P não deu início junto ao Implurb em processo para obtenção do habite-se, razão pela qual deveriam ser adotadas as medidas administrativas pertinentes.

O último ato processual realizado estipulava a intimação do autor para manifestar-se acerca das contestações no prazo de 10 dias.

Quanto aos legitimados para propor a ação civil pública, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, estabelece:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Assim, o Ministério Público não tem legitimidade exclusiva, mas compartilhada com outros órgãos e entidades para a propositura da ação civil pública. Caso o *Parquet* não atue como parte deverá obrigatoriamente intervir no processo como fiscal da lei.

O §2º do art. 5º da referida lei estabelece que é facultado ao Poder Público habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes. Contudo, o Município não pôde se utilizar dessa faculdade na presente ação civil pública, pois o ente federativo incorreu em omissão do seu dever funcional, tendo que se situar no polo passivo.

Passado mais de um ano do ajuizamento da ação, os atos processuais se deram de forma lenta, do mesmo modo que a primeira ação civil pública analisada nessa seção.

Outro aspecto relevante, até mesmo para o Ministério

Público alegar na réplica, é a contradição visível entre os fatos narrados pelo proprietário do M.B e o Município: enquanto aquele afirma que deu entrada no processo para a expedição de habite-se, este nega a existência de processo junto ao Implurb para a liberação do documento necessário à regularização da atividade do estabelecimento.

Quanto à existência de fatos novos, o art. 333 do Código de Processo Civil preceitua:

Art. 333 O ônus da prova incumbe:

(..)

II- ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O proprietário do estabelecimento alegou que possuía praticamente todos os documentos exigidos, com exceção do habite-se que estava em processo de liberação pelo órgão competente; no entanto o Implurb afirmou o contrário. Dessa forma caberá ao réu provar que tomou as providências cabíveis para a liberação do documento.

Inclusive tais fatos arguidos pelo réu foram tão relevantes para o convencimento do juiz que foi indeferida a liminar requerida na ação civil pública. Para a concessão da liminar é necessário que sejam preenchidos dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No primeiro deve haver a plausibilidade do direito invocado por quem pretende a segurança, enquanto no segundo vislumbra-se um dano potencial, ou seja, o risco de que a demora na ação principal prejudique o direito que se busca nela. O art. 12 da Lei nº 7.347 de 1985 estabelece que poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Nota-se que a espera prolongada a fim de obrigar o

Requerido a cessar suas atividades, por via judicial, dá-lhe a possibilidade de desobedecer às determinações do Ministério Público até o momento do ajuizamento da ação civil pública, quando, então, o proprietário do estabelecimento finalmente reúne os documentos devidos e o seu patrono poderá alegar perda do objeto, uma vez que as irregularidades foram sanadas. Nesse caso, deveria ser aplicada sanção ao dono do imóvel, em virtude do período em que ele infringiu as normas de direito urbanístico.

5 Conclusão

Na prática, é muito difícil fazer um controle quanto ao licenciamento de todas as casas noturnas em funcionamento no Município de Manaus, visto que algumas possuem suas atividades cadastradas junto à prefeitura e outras funcionam ilegalmente, sem ao menos o poder municipal ter notícias sobre sua existência.

Apesar disso, o Poder Legislativo mobilizou-se elaborando a Lei Municipal nº 1.749, de 16 de julho de 2013, que proibiu a utilização de artificios pirotécnicos nas áreas internas de bares, restaurantes, boates, casas de *shows* ou estabelecimentos similares. Essa lei trouxe algumas modificações úteis, por exemplo, a instalação de painéis eletrônicos para informar quantas pessoas entram no local.

Cada Estado deverá tomar as providências práticas e legais cabíveis com o intuito de coibir o funcionamento irregular das casas noturnas, uma vez que não há por enquanto nenhuma lei federal que vincule Estados e Municípios proibindo práticas ilegais pelos estabelecimentos.

A fim de proteger a segurança da sociedade, o

Ministério Público do Estado do Amazonas tem atuado, extrajudicialmente, por meio da instauração do inquérito civil, que investigará a procedência das denúncias, e em colaboração com o Município o promotor de justiça irá requerer do particular a sua adequação às normas urbanísticas. Esse é o instrumento mais eficaz e rápido que o *Parquet* dispõe para satisfazer os interesses coletivos. No entanto, muitas vezes o dono da boate esquivava-se de cumprir a lei enquanto não há processo judicial, e o Município é omissivo, deixando de tomar providências quando necessário.

Nesses casos, o Ministério Público ajuizará ação civil pública em prol dos interesses sociais. O juiz atento à casa noturna que funcionou irregularmente durante a tramitação processual deverá multá-la pelo período no qual as atividades foram exercidas em descumprimento da lei, mesmo que o particular durante a ação tenha conseguido todos os documentos exigidos, pois a regra não é o funcionamento do local enquanto são expedidas as licenças, mas a interdição durante esse período.

A partir da análise dos casos concretos, foi visto que na ação civil pública ajuizada contra o estabelecimento C.D, o Município participou da demanda como litisconsorte ativo, ou seja, manteve-se ao lado do Ministério Público do Estado do Amazonas, em razão da transgressão pelo particular das ordens emanadas do Poder Público. Enquanto na ação civil pública ajuizada em desfavor da empresa M.B, o Município esteve no pólo passivo, em decorrência da sua omissão em realizar as medidas cabíveis para coibir as irregularidades no imóvel. Poderá, dessa forma, o ente federativo ser responsabilizado pela sua omissão no dever de fiscalizar, bem como a posição que este ocupa (pólo passivo ou ativo) será variável dependendo das circunstâncias.

Espera-se que a lei federal, responsável pela regulamentação

das casas noturnas em todo o país, não seja tardia, uma vez que ela facilitará a fiscalização dos mais variados estabelecimentos noturnos e a uniformização das leis. Na conjuntura atual, em alguns locais há normas sendo aplicadas, como em Manaus; e em outros, foram tomadas medidas provisórias.

The performance of the D.A Office towards operation of the nightclubs' Manaus

Abstract: The topic to be discussed, consists in the performance of the prosecution towards to nightclubs operations in the city of Manaus. Since there are many places designed for entertainment which carry out their activities without offering a safe environment to their patrons, they require regularization, control of public bodies and adequate physical structure. This study was directed towards the city of Manaus, based on the performance of the State Prosecutor's Office, because that body is constitutionally responsible for the defense of diffuse, collective and individual interests homogeneous besides being authorized to act for the protection of urban order, whether judicial or non-judicial means. The overall objective of the research is to investigate the legal requirements by the State for the operation of nightclubs and, in the background, we emphasize the specific objectives: to analyze the rules governing the operation of these sites, commenting on the role of prosecutors of Amazonas State in order to enforce the Constitution of the country, curbing illegal practices and exposing at the end, the jurisprudential understanding in the state of Amazonas. Consequently, there is still no federal law which obliges states and municipalities to inhibit the irregular operation of nightclubs, however it is up to each state make laws for such purposes and state agencies of the prosecutor may use his constitutional authority to ensure the regularization of these locations and provide safety to society.

Keywords: Nightclubs. Irregularity. Manaus.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 13. edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p.78.

_____. Os Compromissos de Ajustamento de Conduta. In: Temas de Direito Urbanístico 3. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2001. p. 257-271.

A desobediência civil na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: previsão implícita a partir dos princípios da soberania popular e cidadania

*André Luiz Rocha Pinheiro**

Sumário: 1 Introdução. 2 Desobediência civil: definição. 3 Considerações sobre a desobediência civil. 3.1 Desobediência civil e sua distinção a outras formas de oposição. 3.1.1 Elementos da desobediência civil. 3.1.1.1 Publicidade. 3.1.1.2 Não violência. 3.1.1.3 Consciência e ato político. 3.1.1.4 Ato ilegal. 3.1.1.5 Propósito de ocasionar mudança na lei ou nos programas do governo. 3.2 Diferença entre desobediência civil e objeção (ou rechaço) de consciência. 4 Motivos da desobediência civil e condições para sua justificação em um Estado Democrático. 5 Papel da desobediência civil em um sistema constitucional. 6 A desobediência civil no sistema constitucional brasileiro. 6.1 O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição brasileira e sua importância para a justificação da desobediência civil. 6.2 A desobediência civil justificada nos princípios constitucionais da soberania popular e cidadania. 7 A desobediência civil e seu papel de estabilizador constitucional. 7.1 O caso do Cannabidiol: um exemplo de ato civil desobediente. 7.1.1 Ato público. 7.1.2 Ato não violento. 7.1.3 Ato consciente e político. 7.1.4 Ato ilegal. 7.1.5 Ato objetivando mudar a lei ou programas do governo. 8 Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa um harmônico conjunto normativo, constituído por regras e princípios, com especial relevância por ser um documento com

* Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica Argentina – “Santa Maria de Los Buenos Aires”.

graduada carga simbólica; repleto de direitos, garantias e promulgado após duas décadas de um regime de exceção, razão pela qual este documento constitucional é classificado como uma “Constituição Cidadã”. A Constituição brasileira é um documento formado a partir de autoridades democraticamente constituídas, segundo a vontade da maioria, já que os atores da Assembleia Nacional Constituinte – formada exclusivamente para este fim – foram congressistas eleitos pela vontade popular. Nesse contexto, em um primeiro momento pode parecer inconcebível qualquer ato que vá contra as disposições constitucionais ou legais e que possa ser justificado, todavia, o presente estudo comprovará que a prática da desobediência civil possui amparo e justificação na própria Constituição brasileira, embora esta não o disponha expressamente. A prática de um ato civil desobediente pode ser justificada desde que preenchidos certos requisitos, os quais são imprescindíveis para a sua configuração. A partir de tal ótica, em que a desobediência civil encontra justificação no texto constitucional, o ato civil desobediente além de provocar consequências jurídicas e legais, representa, em última análise, uma das faces do efetivo exercício da cidadania.

Palavras-chave: Desobediência civil. Constituição. Previsão implícita. Soberania popular. Cidadania.

1 Introdução

O presente trabalho estudará a desobediência civil na Constituição brasileira de 1988 e construirá a ideia de que a prática de atos civis desobedientes (aqueles que violam norma legal) pode ser tolerada, desde que sejam respeitadas determinadas exigências, sem que isto possa representar incongruência em relação ao sistema jurídico e constitucional posto, sendo certo que o estudo entra em pontos sensíveis, ao analisar um aspecto frequentemente oculto: os debates mal

resolvidos sobre a possibilidade de desobediência civil dentro da ordem constitucional brasileira.

Justifica-se a pesquisa porque em um Estado democrático de direito, no qual prevalece a regra das maiorias, um ato civilmente desobediente - aparentemente inaceitável - pode ter espaço quando se considera que grupos minoritários, cuja discordância em relação a determinadas leis não foi apreciada de maneira satisfatória, utilizam essa forma de protesto para demonstrar sua irrisignação a tais normas, objetivando alcançar mudanças em relação a essas normas e também em relação a políticas governamentais.

A importância do estudo pode ser considerada a partir da necessidade de se aprofundar as discussões sobre a desobediência civil e principalmente sua justificação e papel dentro de um cenário constitucional. Numa primeira olhada seria impossível a permissão de atos civis desobedientes.

Seguir-se-á, basicamente, um roteiro apresentando noções conceituais gerais sobre a desobediência civil, assim como seu referencial teórico e a apresentação da desobediência civil como uma espécie do gênero direito de resistência. Em seguida, uma análise mais voltada à Constituição brasileira propriamente dita, com a análise do parágrafo 2º, artigo 5º, bem como dos princípios constitucionais da soberania popular e cidadania, apresentando-se caso prático.

A pesquisa será fundamentada em livros, legislações, publicações realizadas em sítios eletrônicos, manifestações judiciais, bem como em artigos científicos.

2 Desobediência civil: definição

A desobediência civil pode ser conceituada como um ato público, não violento, consciente e político, contrário à

lei, cometido habitualmente com o propósito de ocasionar mudanças na lei ou nos programas de governo (RAWLS, 2000, p. 332).¹ Esse conceito apresenta variados elementos sem os quais não se configura a prática de desobediência civil, embora se possa daí extrair outra forma de protesto. Tal definição, ademais, é aplicada para os casos de uma sociedade classificada como quase justa, ou seja, aquela que é bem ordenada, mas que sofre com graves violações da justiça.

Uma sociedade próxima a um estado de justiça só pode ser concebida em um estado democrático e, portanto, a desobediência civil possui uma característica marcante, que é: desobediência a uma autoridade legitimamente constituída, não sendo possível sua aplicação a outras formas governamentais e tampouco a outras espécies de dissidência ou oposição. Reforça-se, pois, o caráter da desobediência civil exclusivamente dentro de um Estado democrático mais ou menos justo para os cidadãos que reconhecem e aceitam a legitimidade da Constituição. Trata-se de um conflito de deveres. A partir de então pode ser questionado em que ponto deixa de ser obrigatório o dever de obedecer às leis promulgadas por uma maioria legislativa (ou por atos executivos aceitos por tal maioria) ante o direito a defender as próprias liberdades e o dever de se opor à injustiça (RAWLS, 2000, p. 331).

É possível afirmar que Henry Thoreau levou adiante práticas concretas de desobediência civil na América do Norte, sendo seu precursor. Mahatma Gandhi, em uma carta endereçada ao Presidente Roosevelt, confessou, por exemplo, que dois dos pensadores que mais influência haviam exercido em seu pensamento eram Emerson e Thoreau (PORTELA, 2005, p. 111).

O melhor governo é aquele que menos governa e eu

¹ Tradução do autor.

gostaria de vê-lo posto em prática de um modo mais rápido e sistemático (...) o melhor governo é o que não governa em absoluto; e quando os homens estiverem preparados para ele, esse será o tipo de governo que terão (THOREAU, 2012, p. 261).²

Mahatma Gandhi também é um ícone quando se trata de desobediência civil. Sua tática de não cooperação se caracterizou por condutas omissivas, por um não fazer antes que um fazer (a conduta descrita na norma). Em Gandhi se confunde a não cooperação com a desobediência civil: a verdadeira desobediência civil não comporta nenhuma excitação. É uma preparação ao sofrimento silencioso (PORTELA, 2005, p. 118).

3 Considerações sobre a desobediência civil

3.1 Desobediência civil e sua distinção a outras formas de oposição

A desobediência civil como um ato público, não violento, consciente, político, contra a lei e cujo objetivo é a mudança em lei ou programas governamentais, aponta que a justiça da maioria da comunidade e os princípios da cooperação social entre pessoas livres e iguais não estão sendo respeitados.

O direito de resistir está relacionado com o contrato social, pois esse contrato indica que há um acordo realizado entre a maioria do povo. É dizer que a maior parte do povo

² Traduzido pelo autor: “THAT GOVERNMENT IS BEST WHICH governs least: and I should like to see it acted up to more rapidly and systematically. (...) ‘That government is best which governs not at all’; and when men are prepared for it, that will be the kind of government which they will have.”

optou livremente aderir às normas sociais e que se submetem a um Estado. A cessão feita por cada um dos indivíduos de uma parcela de suas liberdades para aderir ao contrato social, enseja a proteção à liberdade originária do todo, ou seja, o direito de resistir, *prima facie*, estaria dependente da vontade da maior parcela do grupo social, não estando assegurado esse direito para grupos de minorias. Não há paradoxo nessa linha de raciocínio.

O surgimento de movimentos organizados fortaleceu o direito de desobediência como um direito ligado à cidadania, já que esses movimentos, em geral defensores de causas de grupos minoritários afastaram o direito de resistência como uma exclusividade da maioria.

O direito de resistência e sua expressão por meio da desobediência civil, ao contrário da classificação que pode ser dada, como atos arbitrários e contrários à ordem são em verdade corolários do Estado Democrático de Direito em que a sociedade brasileira vive em tempos hodiernos.

3.1.1 Elementos da desobediência civil

3.1.1.1 Publicidade

A conduta desobediente deve ser pública, pois se for realizada às escuras pode ter outra conotação que não aquela pretendida, retirando a virtude da ação que seria praticada. Os desobedientes civis não possuem temor de revelar seus atos, mesmo que numa rasa análise tais atos pareçam ilegais e não justificados. Isso decorre do propósito da desobediência, que é o de chamar a atenção para uma situação injusta ou omissão do Estado, violadoras dos seus princípios orientadores.

A publicidade da desobediência demonstra sinceridade e informa à sociedade questões controversas que em muitas

ocasiões não têm a importância que mereceriam. Assim, a ação direta dos desobedientes ocasiona a opinião dos demais indivíduos para os novos fatos, a partir de uma avaliação diferenciada.

Ao praticar desobediência civil, determinada minoria obriga a maioria a refletir se deseja que dessa maneira seja interpretada sua ação ou se, considerando um sentido comum de justiça, pretende reconhecer as legítimas pretensões da minoria. É ato público porque se dirige a princípios públicos e também porque se comete em público, podendo ser comparada a um discurso público, abertamente e com o aviso necessário (RAWLS, 2000, p. 333).

3.1.1.2 Não violência

A abstenção à violência se justifica a partir da discordância em relação a uma lei ou política governamental gravemente injusta. Essa injustiça pode ser traduzida em violência. Nesse contexto, não teria sentido a prática de violência por parte do desobediente civil objetivando o combate a outra forma de violência.

A não violência deixa ainda mais transparente o problema que está sendo exposto pelo desobediente civil, porque a pacificidade, ou seja, a não existência de atos violentos, capazes de chamar mais atenção do que propriamente o pleito que é levantado pelo contestador, rechaça a possibilidade de deturpação da causa que está sendo defendida. Não é difícil imaginar que em meio a um ato desobediente e violento as atenções dos indivíduos se voltem muito mais ao embate estabelecido entre o manifestante/contestante e o Estado do que para o ponto que se está defendendo.

Qualquer ato de violação às liberdades civis tende a

deturpar a desobediência civil. É uma ação não violenta, não pela aversão ao uso da força, mas porque é uma expressão final do próprio caso, consistindo ainda em oferecer voz para as convicções conscientes e profundas, não sendo, em si mesma, uma ameaça. Expressa, pois, a desobediência à lei dentro dos limites da fidelidade à lei, embora esteja no limite externo da mesma, o que ajuda a provar para a maioria que o ato desobediente praticado é politicamente consciente e sincero, que tem em vista a justiça coletiva.

A sinceridade completa e a não violência são provas da própria sinceridade, pois nem sempre é fácil convencer aos demais de que alguns atos são de consciência e que, inclusive, em certas ocasiões nem os praticantes desses atos estão seguros de si mesmos. É possível imaginar um sistema legal no qual a crença consciente de que a lei é injusta seja aceita como justificção da desobediência. É necessário pagar um preço para convencer os demais cidadãos de que as ações desobedientes possuem uma base moral suficiente nas convicções políticas da comunidade (RAWLS, 2000, p. 334).

3.1.1.3 Consciência e ato político

Não é necessário que o ato civilmente desobediente viole a mesma lei contra a qual se está protestando (desobediência civil direta e indireta). Em determinadas situações, existem razões fortes para que não se viole diretamente uma lei ou política contra as quais se está protestando.

Como exemplo, no caso de uma lei imprecisa e severa contra a traição, não seria adequado praticar a traição como uma maneira de se opor a ela, já que em todo caso a pena seria muito maior do que aquela que razoavelmente se estaria disposto a sofrer. Para este caso, poderiam ser violadas outras

leis com repercussão social (RAWLS, 2000, p. 332).

Uma consideração merece ser observada quando se adentra no terreno conceitual da consciência:

O que expressamos comumente com a palavra consciência é ou ciência ou opinião, pois os homens dizem que ou tal coisa é certa segundo sua consciência; o que não fazem nunca quando o creem duvidoso e portanto sabem ou creem saber o que é certo. Mas quando os homens dizem coisas conscientemente, não se presume certamente que por isso que sabem a verdade do que dizem. Considera-se, por fim, que se servem dessa palavra quem tem uma opinião, não somente da verdade da coisa, mas sim de seu conhecimento sobre a mesma. De maneira que essa consciência, segundo os homens usam comumente a palavra, significa uma opinião, não tanto sobre a verdade da proposição como de seu próprio conhecimento dela, para o qual a verdade da proposição é consequente. Pelo que foi exposto, eu defino CONSCIÊNCIA como a opinião de evidência (HOBBS, 2005, p. 122-123).³

O debate em torno da consciência, além de permear grande parte da ciência humana, passou a integrar tópicos ligados à consciência especialmente para o catolicismo, como se depreende do escrito a seguir:

³ Traduzido pelo autor: “Lo que expresamos comúnmente con la palabra consciencia es o ciencia u opinión, pues los hombres dicen que tal o tal cosa es cierta según su consciencia; lo que no hacen nunca cuando lo creen dudoso, y por lo tanto saben o creen saber lo que es cierto. Pero cuando los hombres dicen cosas conscientemente, no se presume ciertamente por eso que saben la verdad de lo que dicen. Se considera, por ende, que sirven de esa palabra quienes tienen una opinión, no sólo de la verdad de la cosa, sino también de su conocimiento de la misma. De modo que esa consciencia, según los hombres usan comúnmente la palabra, significa una opinión, no tanto acerca de la verdad de la proposición como de su propio conocimiento de ella, para el cual la verdad de la proposición es consecuente. Por lo expuesto, yo defino la CONSCIENCIA como la opinión de evidencia.”

O juízo de consciência é um juízo prático, ou seja, um juízo que ordena o que o homem deve ou não fazer, ou bem, que valora um ato já realizado por ele. É um juízo que aplica a uma situação concreta a convicção racional de que se deve amar, fazer o bem e evitar o mal. Este primeiro princípio da razão prática pertence a lei natural, mais ainda, constitui seu mesmo fundamento ao expressar aquela luz originária sobre o bem e o mal, reflexo da sabedoria criadora de Deus, que como uma fâsca indestrutível (“*scintilla animae*”), brilha no coração de cada homem (PABLO II, 2004, p. 95).⁴

A consciência é, pois, testemunho para o homem. É testemunho de sua fidelidade ou infidelidade à lei, ou seja, de sua essencial retidão ou maldade moral e que nunca se valorará adequadamente a importância deste íntimo diálogo do homem (consciência) consigo mesmo (PABLO II, 2004, p. 93). Está num patamar elevado dentro da natureza humana, classificando-se como violação da lei natural qualquer ato praticado pelo homem (seu próprio juiz) contra a consciência de si mesmo:

(...) vendo que as leis naturais afetam a consciência, não só as violam quem faz uma ação contra elas, mas também o que faz algo conforme elas, mas acredita no contrário. Pois embora a ação seja correta, em consciência, foi

⁴ Traduzido pelo autor: “El juicio de la conciencia es un juicio práctico, o sea, un juicio que ordena lo que el hombre debe hacer o no hacer, o bien, que valora un acto ya realizado por él. Es un juicio que aplica a una situación concreta la convicción racional de que se debe amar, hacer el bien y evitar el mal. Este primer principio de la razón práctica pertenece a la ley natural, más aún, constituye su mismo fundamento al expresar aquella luz originaria sobre el bien y el mal, reflejo de la sabiduría creadora de Dios, que, como una chispa indestructible (“*scintilla animae*”), brilla en el corazón de cada hombre.”

desprestigiada a lei (HOBBS, 2005, p. 198).⁵

Os que utilizam a desobediência civil para protestar contra leis injustas não estão dispostos a desistir de seu protesto mesmo nos casos em que os tribunais não estejam de acordo com eles (os atos são conscientes e sinceros). A desobediência civil é um ato político por duas razões principais: tanto porque se dirige para a maioria que exerce o poder político e porque se guia e se justifica por princípios políticos, ou seja, princípios de justiça que regulam a constituição e as instituições sociais. Embora os princípios da moral ou doutrinas religiosas possam de algum modo contribuir para as demandas inseridas no ato de desobediência civil, não existe um apelo direto a esses fatores, mas sim a uma justiça comumente compartilhada (RAWLS, 2000, p. 333).

3.1.1.4 Ato ilegal

É necessário que o ato desobediente seja contrário à lei.

Uma lei, em um Estado Democrático de Direito, seja constitucional ou infraconstitucional, é elaborada a partir de seus procedimentos específicos, os quais são previstos de acordo com a decisão de seus legitimados (no Brasil, por

⁵ Traduzido pelo autor: “viendo que las leyes naturales afectan a la consciencia, no sólo las quebranta quien hace una acción contraria a ellas, sino también el que hace algo conforme a ellas, pero, sin embargo, cree lo contrario. Pues aunque la acción sea correcta, en conciencia ha despreciado, empero, la ley.”

exemplo, há leis ordinárias⁶, complementares,⁷ delegadas⁸ etc, além da própria Constituição). Nesse aspecto, uma lei é, em síntese, materializada por um enunciado, que pode ser positivo ou negativo, ou seja, uma lei poderá ser autorizadora ou proibidora de determinada ação.

Há ainda, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, a medida provisória⁹, que muito embora não seja uma lei em sentido formal, possui força e efeitos de lei. Assim sendo, uma medida provisória em vigor deve ser cumprida na idêntica forma de uma lei em sentido formal e, em caso de seu descumprimento, as consequências são as mesmas decorrentes do descumprimento de uma lei em sentido formal.

É necessário estabelecer o conceito de normas ou leis jurídicas, que se afiguram mais apropriadas para o alcance da

⁶ Onde portanto, o constituinte não cobrou a regulação de matéria por meio de lei complementar, há assunto para lei ordinária. Conquanto juristas de nomeada entendam haver hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, melhores razões parecem assistir a Michel Temer, quando aponta que ‘não há hierarquia alguma entre a lei complementar e a lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas’. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 924).

⁷ A lei complementar se peculiariza e se define por dois elementos básicos. Ela exige quorum da maioria absoluta para ser aprovada (art. 69 da CF) e o seu domínio normativo ‘apenas se estende àquelas situações para as quais a própria Constituição exigiu – de modo expresso e inequívoco – a edição dessa qualificada espécie de caráter legislativo. (Ibid., p. 923-924).

⁸ Por meio das Leis Delegadas “o Chefe do Executivo exerce o poder que recebeu, temporariamente, do Legislativo, de editar normas primárias em caso específico.” (Ibid., p. 922).

⁹ Em resumo, as medidas provisórias são atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes, e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República conta o poder de editá-las. Ostentam nítida feição cautelar. Embora produzam o efeito de concitar o Congresso a deliberar sobre a necessidade de converter em norma certo trecho da realidade social, não se confundem com meros projetos de lei, uma vez que desde quando editadas já produzem efeitos de norma vinculante. (MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 926).

singela expressão “lei”, utilizada no conceito de desobediência civil.

3.1.1.5 Propósito de ocasionar mudança na lei ou nos programas do governo

A desobediência civil está diferenciada da ação militante e da obstrução, afastando-se, inclusive, da resistência violentamente organizada. O militante, por exemplo, está muito mais interessado a se opor ao sistema político vigente, o qual não é aceito por ele como quase justo ou razoável, ou ainda, bem acredita que esse sistema é diferente de seus princípios declarados ou que perseguem uma errônea definição de justiça (RAWLS, 2000, p. 334-335).

O militante, embora tenha uma ação consciente segundo suas convicções, não busca um sentido de justiça da maioria, porque acredita que esse sentido de justiça está equivocado ou sem nenhum efeito. Ao contrário, o militante tenta, por meio de perturbação, resistência e atos similares, atacar a concepção de justiça instalada ou provocar um movimento na direção desejada, podendo, dessa forma, tentar fugir das sanções previstas, já que ele não está disposto a submeter-se a elas (RAWLS, 2000, p. 335).

Por estas razões, as ações militantes não se encontram dentro dos limites de fidelidade à lei, mas representam uma oposição mais profunda à ordem legal, pois essa ordem legal é considerada demasiadamente injusta ou diferente dos ideais declarados pelo militante, que se faz necessário realizar uma mudança radical e revolucionária.

3.2 Diferença entre desobediência civil e objeção (ou rechaço) de consciência

Uma distinção entre essas duas formas de protesto restringe o conceito mais difundido sobre desobediência civil, já que essa última forma de protesto é considerada em um sentido mais amplo que qualquer desobediência à lei por razões conscientes. A objeção de consciência consiste em não obedecer a um mandado legislativo mais ou menos direto ou uma ordem administrativa (RAWLS, 2000, p. 335). É objeção ou rechaço já que se dá uma ordem e, em razão da natureza da situação, sua aceitação pelo indivíduo é conhecida pela autoridade. Um claro exemplo é a renúncia de um pacifista a servir nas forças armadas ou de um soldado a obedecer a uma ordem que ele considera manifestamente contrária à lei moral conforme se aplica na guerra (RAWLS, 2000, p. 336).

A objeção de consciência não se traduz em uma forma de buscar o sentido da justiça da maioria. Em verdade, aqueles que se negam a obedecer reconhecem o risco de que pode não existir uma base para uma compreensão mútua. Os que não obedecem não recorrem à desobediência como um meio para expor sua causa, mas é possível até mesmo que administrem seu tempo, esperando que não se produza a necessidade de desobedecer. A objeção de consciência não se baseia necessariamente em princípios políticos e pode ser fundamentada em princípios religiosos ou de outra índole, em desacordo com a ordem constitucional. Em resumo, a desobediência civil é o chamado a uma concepção de justiça comumente compartilhada, enquanto que a objeção de consciência possui outras bases (RAWLS, 2000, p. 336).

Por outro lado, é sempre necessário considerar que em termos práticos, ou seja, em situações reais, não existe uma clara distinção entre a desobediência civil e o rechaço de

consciência. Aliás, uma ação (ou uma sequência de ações) pode ter elementos comuns de ambos os meios de protesto. O contraste entre ambos os meios de dissidência é necessário para que se possa compreender a desobediência civil e o papel que ela ocupa na sociedade democrática. Este questionamento conduz à justificação da desobediência civil.

Um importante caso a ser mencionado como exemplificador da objeção (ou rechaço) de consciência foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, por meio da Representação n.º 1.371-5¹⁰, do Distrito Federal, apresentada pelo Procurador-Geral da República em desfavor do Congresso Nacional e do Presidente da República. No referido documento, foi sustentada a inconstitucionalidade do art. 144¹¹ do Código Eleitoral brasileiro, e requerida além da suspensão de sua vigência, a determinação de outro horário para a compatibilização com as exigências do culto sabático, sob o argumento de que esse dispositivo da lei violava os artigos 147, § 1.º, 9.º¹² e 153, § 5.º¹³, da Constituição brasileira de 1967, editada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, pois, sendo um sábado o dia 15 de novembro daquele ano

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Representação n.º 1.371-5 Distrito Federal. Relator: Ministro Rafael Mayer. 12 nov. 1986.

¹¹ “Art. 144. O recebimento dos votos começará às 8 (oito) e terminará, salvo o disposto no Art. 153, às 17 (dezesete) horas.” (Código Eleitoral brasileiro)

¹² “Art. 147. São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos, alistados na forma da lei. § 1º O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei.” (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que editou o texto da Constituição de 24 de janeiro de 1967).

¹³ “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 5º É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.” (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que editou o texto da Constituição de 24 de janeiro de 1967)

(1986) – data das eleições gerais¹⁴ – estariam os diversos grupos religiosos, como os judeus, os adventistas e os sabatistas, ante o dilema de descumprir a obrigação eleitoral ou culto naquele dia, que a crença lhes impunha.

O Ministro relator do caso afirmou:

(...) o que cabe a esses eleitores, ao meu ver, é, obviamente, diante da Justiça Eleitoral, se por este motivo eles se recusarem ou se sentirem impedidos, por uma razão espiritual ou íntima de consciência, a não comparecerem ao lugar de votação, é, repito, diante da Justiça Eleitoral, alegarem objeção de consciência para se exonerarem das responsabilidades que advêm do descumprimento do dever eleitoral. Por isso, não me parece que ocorra uma relevância jurídica que importe em conceder essa liminar, cujos efeitos práticos creio que os eminentes Ministros que compõem esse plenário e pertencem, simultaneamente, ao Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, compreendem bem o que implicaria em prejuízos à regularidade do processo eleitoral. Assim, Sr. Presidente, indefiro o pedido liminar”.¹⁵

O foco da questão é exatamente a consciência individual e o compromisso moral para com essa consciência. Dessa forma,

¹⁴ É necessário ressaltar que a data das eleições gerais do primeiro turno no Brasil foram modificadas por meio da Emenda Constitucional n.º 16, de 1997, que alterou o texto do art. 77, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Há, ademais, o reforço dessa orientação por meio do art. 1.º, da Lei n.º 9504, de 30/9/1997, que estabelece as regras gerais para as eleições. Atualmente, as eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador ocorrem, em todo o País, no primeiro domingo de outubro do ano respectivo.

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL/STF. Representação n.º 1.371-5 Distrito Federal. Relator: Ministro Rafael Mayer. 12 nov. 1986, p. 66.

não há o elemento político inserido na consciência, porém, isso não significa que o rechaço (ou objeção) de consciência não possa ganhar outros contornos, tornando-se relevante politicamente.

4 Motivos da desobediência civil e condições para sua justificação em um Estado Democrático

A primeira observação que deve ser realizada é sobre as classes de danos que são objetos próprios da desobediência civil. Como dito em ocasião anterior, se a desobediência civil ocorre em uma sociedade quase justa, em que há graves violações à justiça, é razoável que se analise a desobediência civil exclusivamente nos casos gravemente injustos e que envolvam, preferencialmente, obstáculos para que sejam suprimidas outras injustiças.

Existe uma clara tendência em associar e restringir a desobediência civil a casos de infração ao primeiro princípio da justiça: o princípio da liberdade igual; e a violações manifestas da segunda parte do segundo princípio: o princípio da justa igualdade de oportunidades (RAWLS, 2000, p. 338).

Ao contrário do que acontece com as regras que, em termos de cumprimento se aplica o tudo ou nada, os princípios dependem diretamente das oportunidades reais e jurídicas colocadas em cada situação concreta, razão pela qual se afirma que o cumprimento dos princípios ocorre em diferentes graus. Nesse contexto, os princípios têm uma característica *prima facie*, ou seja, eles se distinguem na medida em que são normas que somente ordenam uma finalidade, mas não estabelecem a forma que esta deve ser cumprida em cada caso (ESCUELA LIBRE DE DERECHO, 2006, p. 237), traduzindo-se, neste ponto, o real sentido da expressão mandamento de otimização.

Isso reforça que a diferença entre regras e princípios é

qualitativa/conceitual e não simplesmente ligada ao grau de generalidade entre uma e outra espécie normativa. As regras são normas que exigem cumprimento pleno e, assim sendo, é obrigatório fazer precisamente o que elas ordenam (porque contêm determinações possíveis no campo fático e jurídico). Por esta razão a forma característica de aplicação das regras é a subsunção, enquanto que em relação aos princípios, deve ser realizado algo na maior medida possível, ou seja, consoante as limitações impostas pelo caso concreto, sendo, por isso, cumpridos em variadas graduações (ATIENZA, 2000, p. 204).

Ainda sobre o tema ligado aos princípios, cabe o seguinte apontamento:

Os princípios são definidos como mandados de otimização, significando a) que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível e isto equivale que podem ser cumpridos em diferentes graus, b) que o grau de seu cumprimento depende por uma parte das possibilidades jurídicas, as quais são determinadas ou restringidas por princípios e regras opostas (CABRERA, 2011, p. 292).¹⁶

O argumento puro e automático de que um homem que cometeu um delito deve ser processado, é muito mais débil do que parece ser. A sociedade não pode manter-se se tolera todo tipo de desobediência, contudo, o mesmo não ocorre se há tolerância em relação a alguma desobediência. Não existem provas no sentido do desmoronamento da sociedade se há

¹⁶ Traduzido pelo autor: “Los principios son definidos como mandatos de optimización, queriendo significar con ello a) que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible esto equivale a que pueden ser cumplidos en diferente grado, b) que el grado de su cumplimiento depende por una parte de las posibilidades jurídicas las cuales son determinadas o restringidas por principios y reglas opuestas”.

tolerância de algumas desobediências (DWORKIN, 2010, p. 305).

Nos casos em que a lei é incerta, no sentido de que se pode defender plausivelmente de ambas as posições (cumprir ou descumprir a norma), um cidadão que segue seu próprio juízo não está incorrendo em um comportamento de injustiça. Em casos análogos, as práticas permitem que o juízo próprio seja seguido e se estimula que o façam. Por essa razão, é dever do governo proteger esse tipo de resistente e avaliar de forma amena sua situação, sempre que seja possível fazê-lo sem danos a terceiros (DWORKIN, 2010, p. 316). As proposições simples e draconianas, por outro lado, segundo as quais o crime deve ser castigado e quem entende mal a lei deve suportar suas consequências, possuem raízes na imaginação, tanto profissional quanto popular. A norma de direito, todavia, é mais complexa e inteligente e sua sobrevivência é necessária (DWORKIN, 2010, p. 326).

Retomando a discussão com que se associa comumente a desobediência civil à violação dos princípios apontados, nem sempre é tarefa fácil analisar se esses princípios estão devidamente satisfeitos. Fatos como a proibição de voto, de ocupação de cargos, propriedade, ou deslocamento de um lugar a outro para determinadas minorias pode parecer um tanto evidente como um ato de violação, já que estão publicamente incorporadas na prática reconhecida, senão na lei escrita, nos acordos sociais. Por outro lado, infrações relacionadas ao princípio da diferença são mais complexas de serem reconhecidas (RAWLS, 2000, p. 338-339).

5 Papel da desobediência civil em um sistema constitucional

É necessário alertar que o caso de desobediência civil em

estudo está ligado ao tipo de sociedade quase justa (aquela na qual impera o Estado Democrático de Direito e os princípios da justiça são publicamente reconhecidos, mas ocorrem graves violações da justiça). Essa sociedade quase justa indica que há ferramentas disponíveis para que o cidadão busque apresentar seu descontentamento com certa lei, com o objetivo de provocar mudanças.

Em tal sociedade, ademais, apela-se para a justiça da maioria, em que se sustenta que as condições da livre cooperação estão sendo violadas e por este motivo é necessário reconhecer que não se pode esperar indefinidamente que todos consentam os termos que foram impostos. Essa análise de consciência depende da concepção democrática da sociedade como sistema de cooperação entre iguais, porque se for considerado outro modelo de sociedade, a desobediência civil fica sem lugar.

A desobediência civil (o mesmo que a objeção de consciência) é um dos recursos estabilizadores do sistema constitucional, embora seja, por definição, um recurso ilegal. Junto com ações tais como eleições livres e regulares e um Poder Judiciário independente, facultado para interpretar a constituição (não necessariamente escrita), a desobediência civil, utilizada com a devida moderação e são juízo, ajuda a manter e reforçar as instituições justas. O afastamento da injustiça dentro dos limites da fidelidade à lei serve para evitar as divergências com a justiça e para corrigi-las quando se produzam. (RAWLS, 2000, p. 347-348).¹⁷

O trecho transcrito fica ainda mais fortalecido quando se considera que se depois de um período de tempo razoável para fazer apelações políticas pelas formas tradicionais, os

¹⁷ Traduzido pelo autor.

cidadãos tivessem que expressar sua irrisignação por meio da desobediência civil quando houvesse infração das liberdades mais básicas. Isto porque as partes aceitariam as condições que definem a desobediência civil justificada como um recurso para estabelecer (sempre dentro dos limites da fidelidade à lei) uma última alternativa para manter a estabilidade de uma constituição justa.

Considera-se que, em uma sociedade democrática, cada cidadão é responsável por sua interpretação sobre os princípios da justiça e de sua conduta à luz de tais princípios. Não há perigo de anarquia quando existe acordo entre as concepções de justiça dos cidadãos e se respeitem as condições necessárias para recorrer à desobediência civil (RAWLS, 2000, p. 354).

6 A desobediência civil no sistema constitucional brasileiro

A desobediência civil pode ocorrer quando as vias tradicionais para a reivindicação se tornam insuficientes, tornando seus pleitos não atendidos pelas instituições governamentais, ou seja, consiste em um ato de não submissão; de infringência às normas postas, tendo o objetivo de não se sujeitar ou ceder às determinações das autoridades constituídas.

Não está, na Constituição brasileira de 1988, prevista expressamente a desobediência civil, mas sim de forma implícita. Vigora o Estado Democrático de Direito no qual, por previsão constitucional, do povo emana todo o poder.¹⁸ É esse mesmo poder que determina ser o povo quem possui a soberania para escolher seus representantes e requerer desses um agir dentro dos direitos e princípios que estejam em

¹⁸ “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (Parágrafo único do art. 1.º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

harmonia com o interesse público.

As demandas especializadas promoveram uma alteração de paradigma, mudando a maneira de agir anteriormente praticada, tendo como consequência uma variada previsão de direitos relacionados a esses pleitos na Constituição. A desobediência civil no cenário brasileiro possui um caráter nitidamente contestador, o que pode induzir à ideia de que essa prática é subversiva; contudo, em uma análise mais atenta, depreende-se que ela decorre do direito de resistência.

Assim como a grande parte dos direitos consagrados na Constituição, o direito de resistir (entre eles, a desobediência civil) suporta ponderações, tornando-se necessário avaliar a origem da obediência obrigatória a uma autoridade democraticamente constituída para, conseqüentemente, viabilizar a compreensão sobre a possibilidade de desobediência.

6.1 O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição brasileira e sua importância para a justificação da desobediência civil

A Constituição brasileira de 1988 não dispõe expressamente sobre o tema desobediência civil ou mesmo sobre o direito de resistência, mas a partir de uma leitura mais aprofundada, observa-se que ambos encontram fundamentação implícita.

A ausência destes recursos no texto da constituição decorre, em primeiro lugar, do intuito governamental em prevenir e evitar atos revoltosos ou revolucionários dentro do Estado Democrático, como a oposição às leis injustas e resistência a atos opressores por parte do Estado. Um estado democrático de direito sugere que a vontade da maioria é prioridade, não sendo lógica a existência de uma abertura expressa; prevista por este mesmo Estado, dentro da Constituição, a possibilidade

de oposição à vontade da maioria. Isto poderia decerto causar dúvidas ou certa instabilidade jurídica, a depender do grau de amadurecimento democrático de cada sociedade submetida a estes regimes.

A Constituição brasileira¹⁹ dispõe que não obstante haja direitos e garantias enunciados expressamente, isso não constitui óbice para que outros decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela (ou mesmo dos direitos e garantias inseridos na ordem jurídica interna por meio de tratados internacionais em que haja participação do Brasil) sejam reconhecidos. Trata-se de cláusula de abertura, que viabiliza a atualização das normas constitucionais conforme as demandas contemporâneas e a salvaguarda de direitos essenciais.

Os direitos não expressamente enunciados pela Constituição, em situação semelhante foram chamados também de direitos fundamentais dispersos, ou fora do catálogo (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 114).

Importante comentário se depreende da obra parcialmente transcrita abaixo:

O parágrafo em questão dá ensejo a que se firme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (art. 150, III, b, da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 304).

¹⁹ “Art. 5.º (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Não houve, portanto, uma pretensão de esgotar a totalidade de direitos fundamentais em uma singela enunciação de princípios e por isto o referido dispositivo ressalva a existência de outros direitos de valor tão impositivo quanto aqueles que a Constituição enumera (MAGALHÃES, 1997, p. 67). Nesse aspecto, ganha especial relevância a interpretação teleológica, segundo a qual a aplicação da norma deve atender ao seu espírito e à sua finalidade. Tal método interpretativo busca revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de determinado preceito (BARROSO, 2003, p. 138).

O regime republicano e democrático de governo, assim como a cidadania, (princípios fundamentais do Estado brasileiro) correspondem a privilégios provenientes da participação na tomada de decisão do que lhe é atribuído (GARCIA, 2003, p. 20).

Nesse contexto, a abertura conferida pelo parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição brasileira de 1988 e as diretrizes estabelecidas pelo regime republicano e democrático, assim como pela cidadania, permitem que atos de oposição ao direito (entre os quais, a desobediência civil) sejam enquadrados harmonicamente neste ordenamento jurídico. Isto porque todo poder emana do povo,²⁰ ou seja, do povo tudo advém, inclusive o poder do Estado, sendo forçoso reconhecer que lhe é possível opor-se às leis ou políticas as quais considerar injustas. Não existe incongruência neste cenário; ao contrário, há o reforço e reafirmação dos desdobramentos do poder conferido ao povo; da soberania popular e do Estado Democrático de Direito para proporcionar um fundamento material para a Constituição.

A República Federativa do Brasil, formada pela união

²⁰ “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (Parágrafo único, do Art. 1.º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.²¹ O princípio republicano integra a ideia de acesso de todos os cidadãos, em igualdade, aos cargos de poder político, rechaçando a hipótese de reserva pessoal ou aristocrática do poder (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 88).

A desobediência civil é justificada por meio do regime republicano e dos princípios constitucionais - especialmente pelo princípio democrático - que reflete a essência da soberania popular e cidadania. A participação do cidadão nas decisões governamentais é prevista pela ordem constitucional brasileira e a desobediência civil é uma via de manifestação de tal participação efetiva na política, constituindo-se um direito ligado ao regime republicano e demais princípios norteadores estatais.

O princípio da maioria exige o reconhecimento da necessidade e legitimidade da existência de minorias e - por conseguinte - de seus direitos, começando por o de converter-se em uma nova maioria. Na democracia constitucional, maiorias e minorias são duas caras de uma mesma moeda (AMAYA, 2014, p. 31).

6.2 A desobediência civil justificada nos princípios constitucionais da soberania popular e cidadania

A Constituição do Brasil de 1988 aponta que a soberania popular e a cidadania são princípios orientadores do Estado

²¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ...” (Art. 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Democrático de Direito.²²

A soberania popular é a qualidade maior do poder, que é extraída da somatória dos atributos de cada membro que vive na sociedade estatal e que tem a missão de escolher os seus representantes no governo por meio do sufrágio universal (direito de votar e ser votado) e do voto direto (ato por meio do qual se exercita o sufrágio, ou seja, o direito de votar e ser votado), secreto e igualitário (LENZA, 2012, p. 1128). Não se pode falar em participação democrática sem soberania e por esta razão se pode afirmar que ambos os princípios são, além de conciliáveis, indissociáveis.

A soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos no cenário jurídico brasileiro,²³ de maneira que se torna indubitoso que a soberania popular possui grande influência para a justificação, com base na constituição, da desobediência civil, já que é fundamentada no poder popular.

O termo cidadania se refere diretamente ao Estado nacional (TOURAINÉ, 1995, p. 99). Tem por pressuposto a nacionalidade (que é mais ampla que a cidadania), afigurando-se como a titularidade de direitos políticos de votar e também de ser votado, ou seja, o cidadão é o nacional que está em gozo dos seus direitos políticos (LENZA, 2012, p. 1128). Essa manifestação sobre cidadania converge para a noção segundo a qual a cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, sendo atributo das pessoas que estejam integradas na sociedade estatal, um atributo político decorrente do direito

²² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania”. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

²³ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

de participação no governo e direito de ser escutado pela representação política (SILVA, 2003, p. 344-345).

Com tais referências conceituais, é possível concluir que ambos os princípios (soberania popular e cidadania) permitem que o cidadão, quando insatisfeito com uma lei, possa atuar discordando dela, não exclusivamente com os recursos tradicionais existentes, mas também quando tais vias se mostrem ineficazes, violando a norma contra a qual se protesta, por meio da resistência (seja pela desobediência civil ou mesmo pela objeção de consciência).

Essa nova forma de pensar o Estado e as formas sutis de opressão, a dominação tecnocrática e tecnológica, a comunicação de massas – a cidadania – como expressão máxima do direito à liberdade – aqui entendida, sempre, no sentido de participação política, envolvem, inelutavelmente, novas formas de participação direta do cidadão no exercício do poder pelo Estado e têm a desobediência civil como forma de participação pelo não agir, diante da lei ou do ato emanado da autoridade ou agindo em desobediência (GARCIA, p. 17).

A leitura conjugada de ambos os princípios, conjugada com a cláusula de abertura constitucional descrita alhures, direciona para o campo da justificação do ato civil desobediente, ao contrário do que possa transparecer numa preliminar leitura. Os princípios consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, portanto, são importantes justificadores da desobediência civil.

7 A desobediência civil e seu papel de estabilizador constitucional

Ao considerar que a desobediência civil, no modelo de fidelidade à lei e respeitados todos os seus elementos, é um

recurso de estabilização constitucional, o que se pretende afirmar não é exatamente que haja uma problemática ligada à instabilidade pura e simples da Constituição, ou seja, de que esta não se encontra em um estado de permanência, mas na verdade, pretende-se afirmar que depois de esgotadas as possibilidades tradicionais para que o cidadão (ou grupo de cidadãos) busque demonstrar seu inconformismo com determinada lei e perseguindo a alteração dessa mesma lei, utilize esta forma de resistência como derradeira via para buscar a recomposição da justiça.

Um sistema constitucional dentro de um Estado democrático de direito tem enfrentado até os tempos hodiernos o problema ligado à regra das maiorias, sobre as quais é essencial que se tenham considerações conceituais. Nesse caminho, o que se pode constatar é que a maior dificuldade em situar a desobediência civil dentro de um Estado democrático de direito (com autoridades democráticas e normas constituídas) é sua justificação sobre o ato desobediente (descumpridor das normas que a maioria decidiu aderir e tomar como justas).

Esta dificuldade se deve, de certa forma, à doutrina reforçada pelos contratualistas, que defendem a soma de forças, sob a forma de um acordo, para a autoconservação. Esse acordo possui reflexo na submissão e obediência às normas que são ditadas pelas autoridades constituídas.

Em uma mudança de perspectiva, é verdadeiro o fato de que a regra da maioria que se localiza dentro de um consenso em relação à obediência às leis termina por impor uma autoridade sobre o cidadão ou grupo de cidadãos que pensem de forma diversa. Não se trata aqui de sustentar a possibilidade de que cada um dê sua própria interpretação às normas, mesmo porque a congruência do pensamento Estatal e dos Tribunais é necessária, mas sim afirmar que nos casos de graves injustiças, nos quais o indivíduo que age com sinceridade e de acordo

com todos os elementos que compõem o ato que possa ser caracterizado como desobediência civil, possa utilizá-la como último recurso de protesto.

É a partir dessa classificação como recurso derradeiro que a desobediência civil ganha um papel de estabilizador constitucional, já que a demanda apresentada pelo civilmente desobediente pode ser percebida tanto pela sociedade quanto pelo governo, sendo possível a realização de mudanças tanto nas leis quanto em programas governamentais a partir da dessa espécie de resistência.

7.1 O caso do Cannabidiol: um exemplo de ato civil desobediente

Um importante caso ocorrido no Brasil chama atenção por atender, *prima facie*, a todos os requisitos necessários à sua configuração como ato civil desobediente. Trata-se da importação ilegal e do uso da substância Cannabidiol (CDB), derivado da planta *Cannabis Sativa*²⁴, para o tratamento de pessoas portadoras de patologias neurológicas caracterizadas por constantes crises epiléticas, resistentes a tratamentos medicamentosos tradicionais.

As pessoas que incorreram nesta prática (pacientes e suas famílias) decidiram fazê-lo porque os tratamentos já

²⁴ *Cannabis sativa* é uma planta herbácea da família das Canabiáceas (*Cannabaceae*), amplamente cultivada em muitas partes do mundo. As folhas são finamente recortadas em segmentos lineares; as flores, unissexuais e inconspícuas, têm pêlos granulosos que, nas femininas, segregam uma resina; o caule possui fibras industrialmente importantes, conhecidas como cânhamo; e a resina tem propriedades psicoativas bem documentadas podendo atuar como analgésico, anódino, antiemético, antiespasmódico, calmante do sistema nervoso, embriagador, estomático, narcótico, sedativo, tônico. O principal produto comercializado, hoje em dia, é a maconha, que é classificada como ilegal em muitos países do mundo. (http://pt.wikipedia.org/wiki/Cannabis_sativa). Acesso em: 7 abr. 2015.

experimentados (conhecidos como tratamentos tradicionais) não haviam logrado êxito em eliminar ou sequer amenizar as crises convulsivas que lhes causavam danos irreversíveis ao cérebro e ao sistema cognitivo, bem como em razão dos efeitos colaterais provocados pelos medicamentos tradicionais, tais como: sonolência extrema, gastrite medicamentosa, cefaleia, problemas hepáticos e renais, dentre outros.

A notícia sobre a referida substância chegou aos pacientes após uma incessante busca por tratamentos alternativos e principalmente após ter sido veiculada, em programa televisivo de abrangência nacional, a situação de um casal com filho nas mesmas condições e que clandestinamente fez uso do medicamento, obtendo ganhos significativos na eliminação das crises e na recuperação psicomotora do paciente, sem os efeitos colaterais deletérios dos medicamentos usuais.

O cerne desta questão é que além da dificuldade de obter a substância – ela não possui registro ou fabricação no Brasil e teria de ser importada – é que o referido produto constava na lista de substâncias de uso proscrito (“F2”) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ou seja, sua importação e uso estavam terminantemente proibidos e, tão somente em caráter excepcional seria possível sua liberação a partir do pedido de autorização específico reportado à ANVISA, com análise de cada caso, o que *per si* é um procedimento burocrático.

O fato é que, durante certo período, pacientes (por conta própria ou por meio de familiares) adquiriram o produto fora do país, fizeram-no ingressar em território nacional e utilizaram o Cannabidiol e, não obstante, segundo a lógica das regras válidas postas àquela ocasião, estas pessoas deveriam sofrer reprimenda estatal, porém, como se vê mais adiante, os atos por elas praticados mais constituíam uma forma de protesto e resistência do que propriamente uma violação pura e simples do comando normativo.

7.1.1 Ato público

O ato praticado pelos utilizadores de Cannabidiol (CDB) é considerado público, não exatamente porque foi realizado o uso da substância publicamente, mas porque aqueles que introduziram o produto no país e o utilizaram anunciaram, em forma de discurso, o que haviam feito.

A publicidade do ato ocorreu principalmente (mas não exclusivamente) em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados, em Brasília, nos meses de setembro e novembro, em frente às câmeras televisivas que transmitiam o ato em rede nacional.²⁵ Na ocasião, os participantes, dentre os quais pacientes e seus familiares, declararam que haviam traficado (conduta típica da Lei de Drogas)²⁶ e que, caso fosse necessário, o continuariam fazendo, porque este modo de agir, segundo indicavam, significava a única (e última) via possível para que fosse possível oferecer melhor qualidade de vida aos que utilizavam o produto.

7.1.2 Ato não violento

Não foi constatada violência na prática do ato. Ao contrário, as livres manifestações do pensamento se deram de forma absolutamente pacífica, sem violar a integridade física ou psicológica de terceiros, ou mesmo sem violar a incolumidade da propriedade de outrem.

²⁵ Matéria jornalística importante sobre o assunto pode ser acessada no seguinte sítio eletrônico: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/tv/materias/EXPRESSAO-NACIONAL/474548-USO-DE-MEDICAMENTOS-A-BASE-DE-MACONHA.html>

²⁶ Lei n.º 11.343/2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Nesse contexto, tem-se que o ato pacífico não desvirtuou o propósito veiculado pela causa defendida e tampouco desfigurou o propósito maior do ato, que era exatamente o de chamar a atenção para um problema grave a que uma minoria estava sendo submetida, bem como de fazer a maioria repensar a maneira de analisar estes casos.

7.1.3 Ato consciente e político

O ato de introduzir ilegalmente produto no país e dele fazer uso, bem como de declarar publicamente tê-lo feito é um típico ato consciente. Aqueles que assim agiram tinham pleno conhecimento de que suas condutas eram contrárias ao que dispunha a norma e também que a violação do disposto normativo poderia lhes causar alguma sorte de sanção. Acompanhando este raciocínio, o caráter consciente do ato é reforçado pela sua sinceridade. É sincero porque os que o praticaram não se importavam em expor a ilegalidade por eles praticada e tampouco que esta ilegalidade lhes implicasse determinada reprimenda por parte do Estado. Em verdade, foi desejado por eles que a conduta praticada fosse conhecida por outros, já que esta era uma via para promover uma nova olhada a suas reivindicações.

O caráter político pode ser extraído do fato de que a conduta desobediente se volta para uma maioria que controla e determina o poder político, uma vez que é de acordo com a vontade de tal maioria que as normas são elaboradas. Ademais, a conduta está direcionada a princípios políticos de justiça.

7.1.4 Ato ilegal

O ato praticado (importação e uso) foi praticado violando legislação que proibia terminantemente o uso ou comercialização (sem o atendimento de certos requisitos) do produto Cannabidiol.

O produto em questão constava em lista de substâncias classificadas como proibidas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, portanto, sua comercialização e uso se enquadravam na prática de delitos previstos na Lei de Drogas.

7.1.5 Ato objetivando mudar a lei ou programas do governo

O ato em questão tinha o claro objetivo de promover alterações na legislação e também nas políticas governamentais. Esta afirmação se sustenta nos relatos prestados pelos usuários do Cannabidiol e por seus familiares.

O intuito era que o fornecimento do produto fosse facilitado pelo governo e que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária o retirasse da lista de produtos proibidos. Esta pretensão foi apresentada ao Ministério Público Federal, que propôs Ação Civil Pública (autos n.º 0802543-14.2014.4.05.8200) em 31 de julho do ano de 2014 contra a União e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, requerendo que o produto Cannabidiol não fosse somente liberado para as famílias que necessitavam tratar os parentes, mas também que o referido produto fosse retirado da lista de produtos proscritos da ANVISA e conseguido, junto ao Poder Público, seu fornecimento gratuito, haja vista que o custo de sua trazida para o país é oneroso.

Obteve liminar da Justiça Federal.²⁷

Importante ressaltar que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária retirou, em 4 de janeiro, o uso do Cannabidiol do rol de substâncias proibidas, facilitando-se o acesso a pacientes (cumpridos requisitos mínimos) para o uso medicinal do produto, o que pode significar não somente uma pretensão de mudança em legislação ou política governamental, mas que estas alterações foram (ao menos em parte) efetivamente alcançadas.

8 Conclusão

O estudo do tema proposto possibilitou concluir que a desobediência civil, embora não esteja expressamente prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontra respaldo jurídico a partir de uma interpretação sistemática das demais normas inseridas no texto constitucional. Essas normas são, principalmente a cláusula de abertura existente no parágrafo segundo do artigo quinto da Carta Constitucional, que não exclui outros direitos que possam ser extraídos tanto de documentos internacionais quanto dos princípios e fundamentos da República; bem como da interpretação dos princípios da soberania popular e da cidadania, ambos de fundamental importância para que seja

²⁷ Na decisão, divulgada hoje, 18 de agosto de 2014, a Justiça Federal condiciona a importação do medicamento às receitas e requisições médicas, devidamente individualizadas. A liminar ressalta que o MPF “comprovou documentalmente o estado mórbido” dos 16 pacientes, inclusive por meio de laudos e atestados médicos, assim como as dificuldades enfrentadas pelas crianças e adolescentes. Foi fixada multa diária de R\$ 10 mil para o caso de descumprimento da decisão. (<http://www.prpb.mpf.mp.br/news/mpf-obtem-liminar-liberando-cannabidiol-para-16-pacientes-da-paraiba>). Acesso em: 7 abr. 2015.

compreendida a possibilidade de participação das minorias no processo democrático e político tanto pelas vias tradicionais postas quanto por vias alternativas (os casos de resistência, por exemplo), desde que cumpridas todas as suas condições.

A desobediência civil, portanto, decorre do próprio regime democrático, no qual maioria e minoria políticas são partes indissociáveis, sendo direito da minoria apresentar sua irrisignação em relação a leis ou políticas governamentais com o propósito de mudá-las. É um recurso de estabilização constitucional porque permite que tais minorias possam – esgotadas as vias tradicionais ou quando elas não funcionem – utilizar um último recurso para demonstrar válida e justificadamente sua irrisignação para com determinada lei, com o objetivo sincero de que esta regra seja alterada ou que um programa de governo seja alterado.

Conclui-se que a desobediência civil pode ser justificada porque está prevista implicitamente nos princípios da soberania popular e cidadania, reforçada pela abertura consagrada pelo parágrafo segundo do art. 5.º do diploma constitucional brasileiro.

Civil disobedience in the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988: Implicit forecast based on the principles of popular sovereignty and citizenship

Resumen: La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 representa un conjunto harmónico de normas, constituido por reglas y principios, con importancia especial por ser un documento con gran carga simbólica; con muchos derechos y garantías y, además, promulgado después de dos décadas de un régimen dictatorial. Por eso la Constitución brasileña clasificada como una “Constitución Ciudadana”. Tratase de un documento formado por autoridades constituidas democráticamente, consonante la voluntad de la mayoría, ya que los actores da Asamblea Nacional Constituyente

- escogidos para esto fin específico – fueran congresistas electos por la voluntad popular. En ese escenario, desde un primero momento, puede ser inconcebible cualquier acto que se ponga en contra a las disposiciones constitucionales o legales y que pueda ser sostenido, pero el presente estudio comprobará que la práctica de la desobediencia civil (acto violador de la ley jurídica) posee amparo y justificación en la propia Constitución brasileña, aunque ella no sostenga eso en una plantilla expresa. La práctica de un acto civil desobediente puede ser justificada cuándo son atendidos algunos requisitos, los cuales no se puede rechazar jamás para la precisa configuración de la desobediencia civil. Desde esa mirada, dónde la desobediencia civil se pone justificada no texto de la Constitución, el acto civil desobediente, además de promover consecuencias jurídicas y legales, representa, en última análisis, una de la faz del efectivo ejercicio de la ciudadanía.

Palabras-clave: Desobediencia civil. Constitución. Previsión implícita. Soberanía popular. Ciudadanía.

Referências

AMAYA, Jorge Alejandro. *Democracia y minoría política*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2014.

ANVISA. *Canabidiol é reclassificado como substância controlada*. 21 jan. 2015. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu+noticias+anos/2015/canabidiol+e+reclassificado+como+substancia+controlada>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. *Código Eleitoral brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 29 fev. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 fev. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Uso de medicamentos à base de maconha*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/tv/materias/EXPRESSAO-NACIONAL/474548-USO-DE-MEDICAMENTOS-A-BASE-DE-MACONHA.html>>. Acesso em: 29 fev. 2015.

_____. *Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que editou o texto da Constituição de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 29 fev. 2015.

_____. LEI N.º 11.343, de 23 ago. 2006 - Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei_111343.htm>. Acesso em: 29 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Representação n.º 1.371-5 Distrito Federal*. Relator: Ministro Rafael Mayer. 12 nov. 1986.

CABRERA, Carlos Alarcón; VIGO, Rodolfo Luis (coords.). *Interpretación y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Traducción de Marta Gustavino. Barcelona: Planeta, 2010.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO. *La crisis de la ley: Memoria del II encuentro de claustros docentes*. Pisa: Escuela Libre de Derecho, 2006.

GARCIA, Maria. A Desobediência Civil como Defesa da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 2, jul./dez. 2003.

A desobediência civil na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: previsão implícita a partir dos princípios da soberania popular e cidadania

HOBBS, Thomas. *Elementos de Derecho Natural y Político*. Madrid: Alianza, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES, Roberto Marcelo. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. v. I.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MPF. MPF obtém liminar liberando Cannabidiol para 16 pacientes da Paraíba. Disponível em: <<http://www.prpb.mpf.mp.br/news/mpf-obtem-liminar-liberando-cannabidiol-para-16-pacientes-da-paraiba>>. Acesso em: 29 fev. 2015.

PABLO II, Juan. *Veritatis Splendor. Carta encíclica a los obispos de la Iglesia Católica sobre algunas cuestiones fundamentales de la enseñanza moral de la Iglesia*. Buenos Aires: Paulinas, 2004.

PORTELA, Jorge Guillermo. *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Traducción de María Dolores Ginzález. Fondo de Cultura Económica. México: 2000.

SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

THOREAU, Henry David. *Walden and Civil Disobedience*. [s.l.]: Signature, 2012.

TOURAINÉ, Alan. *¿Que es la democracia?* Traducción de Horacio Pons, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1995.

WIKIPÉDIA. *Cannabis sativa Origem*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Cannabis_sativa>. Acesso em: 25 fev. 2015.

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

*Jamily Izabela de Brito Silva**

Sumário: 1 Introdução. 2 A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais. 2.1 A combinação de leis penais, o conflito de leis penais no tempo e o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. 2.2 A conjugação de leis penais à luz da doutrina penalista. 2.3 A impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena, instituída pelo §4º. do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 a réus condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes sob a vigência da Lei nº. 6.368/1976: o entendimento dos tribunais superiores. 3 Análise dos resultados obtidos. 3.1 A retroatividade da lei penal mais benéfica: linhas gerais. 3.2 “Combinação” de leis penais: entendimento doutrinário. 3.3 “Combinação” de leis penais: entendimento jurisprudencial. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo teve como objetivo analisar a (im) possibilidade de combinação de leis penais com fundamento no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. O debate jurídico inspirador do estudo remeteu-se ao posicionamento inicialmente ambivalente dos Tribunais Superiores quando enfrentaram *in concreto* a questão e, ainda, à inserção, no anteprojeto de novel

* Atua como Agente Técnico-Jurídico no Ministério Público do Estado do Amazonas e participa do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos na Amazônia”. Cursou Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Direito Público no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas, com Habilitação em Direito Internacional. Atuou como docente (programa de docência voluntária) na Universidade do Estado do Amazonas.

Código Penal, de artigo dispondo sobre a possibilidade de conjugar leis penais com o objetivo de beneficiar o réu. Com essas premissas, os objetivos específicos concentraram-se na descrição das hipóteses de conflito de leis penais no tempo, especialmente no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, bem como na análise da conjugação de leis penais à luz da doutrina e da jurisprudência sobre a aplicação da causa de diminuição de pena instituída pela Lei n.º. 11.343/2006 a réus condenados por tráfico de drogas sob a vigência da Lei n.º. 6.368/1976. A metodologia adotada utilizou-se da pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documental. Afim, constatou-se que, apesar de a jurisprudência ter sido pacificada, o dissenso doutrinário permanece, sendo indubitável que as linhas doutrinárias traçadas para defender ou rechaçar a combinação de leis penais possuem amparo constitucional e fundamentam a continuidade do debate.

Palavras-Chave: Princípio da retroatividade. Lei penal. Combinação.

1 Introdução

O artigo analisará a (im)possibilidade de combinação de leis penais com fundamento no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica que, como sabido, é chancelado com a qualidade de cláusula pétrea pela Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, XL c/c art. 60, §4.º, IV).

O debate trazido à baila está intrinsecamente relacionado ao conflito intertemporal de leis penais e busca especificamente responder à seguinte indagação: *é possível aplicar a lei penal nova aos fatos passados apenas naquilo em que for mais favorável ao acusado, fazendo incidir, por outro lado, a lei velha no que também for mais benéfico para o réu?*

A inspiração para a deflagração do presente estudo,

por sua vez, adveio, *a uma*, do posicionamento inicialmente ambivalente dos Tribunais Superiores quando enfrentaram *in concreto* a discussão em comento e; *a duas*, da inserção, no projeto de novel Código Penal, de artigo prevendo expressamente a possibilidade de conjugar leis penais com o objetivo exclusivo de beneficiar o réu.

Feitas tais considerações, o objetivo primordial da análise em comento consubstancia-se em traçar linhas gerais sobre os institutos jurídicos envolvidos nas hipóteses concretas que ensejam o debate relacionado à conjugação de leis penais *pro reu*, bem como evidenciar o atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto, principalmente em virtude do debate instituído quanto à aplicabilidade do §4º. do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 àqueles que foram condenados ao crime de tráfico de drogas nos termos do preceito secundário fixado pela Lei nº. 6.368/1976.

Com tal desiderato, num primeiro momento, o artigo em análise ocupar-se-á em esmiuçar o regramento atinente ao conflito de leis penais no tempo e as características do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, exceção ao princípio geral da irretroatividade da lei penal. Ato contínuo, serão explicitados os posicionamentos doutrinários quanto à (im)possibilidade de combinação ou “mescla” de leis penais para beneficiar o acusado, ocasião em que serão explicitados os fundamentos jurídicos que embasam, de um lado, a admissão de combinação e, de outro lado, aqueles que sustentam sua impossibilidade. Por fim, será abordado o caso concreto que acirrou o debate sobre o tema, a saber, a incidência da causa de diminuição de pena instituída pelo §4º. do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 para os réus condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, nos termos da Lei nº. 6.368/1976.

No que se refere à *metodologia adotada*, utilizou-se a pesquisa qualitativa, tendo em conta que o debate em comento

pretende analisar, de forma detalhada e abrangente, a (im) possibilidade de combinação de leis penais com fundamento no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Por conseguinte, os *métodos de procedimento* adotados foram o descritivo e o explicativo, tendo em conta que o estudo visa explicitar o atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a (im)possibilidade de combinação de leis penais, ainda que para beneficiar o acusado.

Alfim, as pesquisas bibliográfica e documental representam as *técnicas de pesquisa* utilizadas, uma vez que, de um lado, foram consultados livros, publicações periódicas e páginas de website, e doutro lado, os diplomas legais que normatizam o tema e o entendimento prevalecente nos Tribunais Superiores.

2 A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im) possibilidade de combinação de leis penais

2.1 A combinação de leis penais, o conflito de leis penais no tempo e o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica

É consabido que, em se tratando de conflito de leis penais no tempo, o princípio geral de direito penal aplicável é o da irretroatividade da lei penal, mormente para garantir a segurança jurídica, a proteção do *status libertatis* do indivíduo e, ainda, obedecer aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal, conforme exigem o art. 5º., XXXIX, da Carta Magna e o art. 1º. do Código Penal.

Nesse sentido, a lição sempre profícua de Cezar Roberto Bitencourt¹:

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.18.

(...) Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança e nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1º. do Código Penal e no art. 5º., inc. XXXIX, da Constituição Federal.

A irretroatividade, como princípio geral do Direito Penal moderno, embora de origem mais antiga, é consequência das ideias consagradas pelo Iluminismo, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Embora conceitualmente distinto, o princípio da irretroatividade ficou desde então incluído no princípio da legalidade, constante também da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (...). Desde que uma lei entra em vigor até que cesse a sua vigência rege todos os atos abrangidos pela sua destinação, ‘Entre estes dois limites – entrada em vigor e cessação de sua vigência – situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio *‘tempus regit actum’*’. (...).

É inofidável, todavia, que a irretroatividade da lei penal admite uma exceção classicamente apontada pela doutrina: a *ultratatividade* e/ou a *retroatividade* da lei penal mais benéfica ao réu. Este temperamento do princípio geral da irretroatividade da lei penal assegura, em apertada síntese, que

a lei anterior, quando for mais favorável, terá ultratividade e prevalecerá mesmo ao tempo da vigência da lei nova (...). O inverso também é verdadeiro, isto é, quando a lei posterior for mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência².

² BITENCOURT, op. cit., p. 162.

Insta destacar, nesse ponto, que o *princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica*, pressuposto teórico do estudo em análise, possui assento constitucional, especificamente entre os direitos e garantias fundamentais (detendo, portanto, a qualidade de cláusula pétrea, ex vi art. 60, §4º, IV, da CF/88) e, a partir da reforma de 1984, passou a ter previsão expressa no Código Penal brasileiro. Confira-se:

Constituição Federal: Art. 5º. Omissis (...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; (...)

Código Penal: Art. 2º. Omissis (...)

Parágrafo único - *A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.* (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) (grifo nosso)

A normativa internacional, outrossim, também prevê expressamente a retroatividade da lei penal mais benigna, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos³, na parte final de seu art. 9º, *in verbis*:

Art. 9º. Princípio da Legalidade e da Retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento

³ Internalizada pelo Estado brasileiro por intermédio do Decreto Legislativo nº. 27/1992 e do Decreto Presidencial nº. 678/1992. Referido tratado internacional possui atualmente o status de norma supralegal, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

da perpetração do delito. *Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.* (grifo nosso)

É certo, ademais, que a teleologia do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, como exceção à regra geral de irretroatividade, consiste, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, “na estrita prevalência da *lex mitior*, de observância obrigatória, para aplicação em casos pretéritos”.⁴

Estabelecidas tais premissas jurídicas, no conflito de leis penais no tempo, podem ser elencadas, pelo menos, *quatro situações* de provável choque entre a lei nova e a lei anterior enfrentadas pelos operadores do Direito, a saber: *abolitio criminis*, *novatio legis* incriminadora, *novatio legis in pejus* e *novatio legis in mellius*. A depender da situação, prevalece a regra de irretroatividade (*novatio legis* incriminadora e *novatio legis in pejus*) ou aplica-se a exceção da retroatividade mais benéfica (*abolitio* e *novatio legis in mellius*).

Hipótese mais polêmica – e ponto de partida do presente estudo – surge quando, com o objetivo precípua de assegurar a aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, defende-se a *conjugação ou combinação* dos aspectos mais favoráveis da lei anterior com as disposições mais favoráveis da lei nova, a exemplo da situação concreta submetida aos Tribunais Superiores quanto à incidência do §4º. do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 para os réus condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes sob a vigência da Lei nº. 6.368/1976.

Em suma, no *cas d’espèce*, defende-se que, para os fatos ocorridos quando vigente a antiga lei de drogas (Lei nº. 6.368/1976), deve ser aplicado o preceito secundário

⁴ RE nº. 596.152/SP – voto do relator originário.

(pena mínima) previsto nesta lei, porquanto mais benéfico⁵, e, considerando que a Lei n.º. 11.343/2006 inseriu no ordenamento jurídico uma causa de diminuição inexistente no regime jurídico da lei anterior (§4.º do art. 33), deverá a incidência da prefalada causa de diminuição retroagir, por força do princípio da lei penal mais benéfica, para alcançar aqueles que cometeram o delito quando em vigor a antiga lei.

2.2 A conjugação de leis penais à luz da doutrina penalista

Antes mesmo de analisar o caso concreto que acirrou o debate sobre a existência de limites à retroatividade da lei penal mais benéfica, é indispensável tecer considerações acerca do arcabouço doutrinário sobre o tema. Isso porque a querela em comento é bastante complexa e exige a análise de *duas teorias* que diametralmente tratam da combinação ou conjugação de leis penais.

De um lado, a *teoria da ponderação unitária* assevera que a lei somente deve ser aplicada de forma una, ou seja, na integralidade de suas disposições e, por conseguinte, veda a combinação de leis⁶. Em síntese: analisa-se a íntegra dos diplomas legais em conflito para avaliar qual a lei penal mais benéfica.

⁵ Enquanto a Lei n.º. 6.368/1976 previa 03 (três) anos como pena mínima, a Lei n.º. 11.343/2006 prevê 05 (cinco) anos. Confirmam-se os textos dos referidos diplomas legais:

Lei n.º. 6.368/1976: “Art. 12. *Omissis*

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (...)”.

Lei n.º. 11.343/2006: “Art. 33. *Omissis*

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...)”.

⁶ Principais defensores o STF: os Ministros aposentados Paulo Brossard (HC 68.416/DF-1992) e Joaquim Barbosa (HC 86.459/RJ-2006), além da Ministra Carmén Lúcia, atual Vice-Presidente do Pretório Excelso.

Por outro lado, a *teoria da ponderação diferenciada* explicita que, diante do conflito de leis no tempo, procede-se ao confronto das disposições das leis, permitindo-se, com escopo de beneficiar o réu, a combinação das partes benéficas de cada uma das leis⁷. Em outras palavras, são analisadas as diversas normas jurídicas previstas na lei, aplicando-se somente as partes da lei que forem mais benéficas ao acusado.

A divergência doutrinária é intensa, sendo certo que inexistente, até o momento, uma corrente prevalente. De um lado, para aqueles que defendem a *impossibilidade* de conjugação de leis penais, tem-se como principal argumento o fato de que, ao se permitir a combinação de leis, o Magistrado estaria se travestindo de legislador, o que, por óbvio, refletiria numa grave violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, situação inadmissível no ordenamento jurídico pátrio.

Para Eugenio Raul Zaffaroni⁸, a impossibilidade de mistura de preceitos legais mais benéficos tem fundamento na proibição de utilização, pelo Juiz, de preceitos isolados, o que feriria o raciocínio lógico-racional e democrático, especialmente porque o Magistrado estaria aplicando um texto que, em nenhum momento, teve vigência⁹.

No mesmo soar, os defensores da impossibilidade de criação de uma *lex tertia* apontam, ainda, para a possível violação dos princípios da estrita legalidade (reserva legal) e da segurança jurídica, tendo em conta a ausência de previsão legal para a conjugação de dispositivos de duas leis diversas naquilo que for mais benigno para o réu em cada uma delas.

⁷ Principais defensores no STF: os Ministros aposentados Cezar Peluzo e Ayres Britto e os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello.

⁸ Também defendem a impossibilidade de conjugação de leis penais, *inter alia*, Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Guilherme de Souza Nucci, Heleno Cláudio Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, Von Litz, Claus Roxin e Eugenio Raul Zaffaroni.

⁹ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 90.

A *contrario sensu*, para a corrente doutrinária que apregoa a *possibilidade* de conjugação de preceitos legais, o penalista chileno Juan José Bustos Ramires, citado por Cezar Roberto Bitencourt¹⁰, esclarece que não há lei estritamente completa, mas existem, entretanto, leis especialmente incompletas (*ex vi* normas penais em branco) e, assim, o Juiz sempre está configurando uma terceira lei que, a rigor, não passa de uma simples interpretação integrativa, admitida na atividade jurisdicional, quando favorável ao réu¹¹.

Logo, o que antes – para os defensores da primeira corrente citada – se afigurava como uma interferência indevida na separação dos poderes, transmuda-se, para esta corrente doutrinária, numa atividade hermenêutica indispensável para a proporcional atuação do jus puniendi e para a consagração do princípio da intervenção mínima, que apregoa ser o direito penal a última ratio para a proteção da sociedade.

Nesse sentido, é o magistério de José Frederico Marques, citado por Rômulo de Andrade Moreira, ocasião em que destaca, ainda, que, se ao Magistrado é possibilitada a escolha de uma entre duas leis, não há proibir a combinação de ambas por mera lógica-formal, mormente quando a primeira hipótese representa a máxima efetividade do texto constitucional¹².

¹⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 168.

¹¹ Também defendem a *possibilidade* de combinação de leis, entre outros: Cezar Roberto Bitencourt, Francisco de Assis Toledo, José Frederico Marques, Juarez Cirino dos Santos, Julio Fabrini Mirabete, Luiz Flávio Gomes, Magalhães Noronha, Paulo Queiroz, Rogério Greco, Damásio de Jesus e Celso Delmanto.

¹² MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça – uma verdadeira aberração jurídico-penal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/11/04/o-novo-enunciado-da-sumula-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

A corroborar a necessidade de conferir à Constituição máxima efetividade, defende esta linha doutrinária a inexistência de limitação, no texto constitucional originário, à retroatividade da lei penal mais benéfica e, portanto, a retroação, ainda que parcial, deverá ocorrer sempre que for mais benigna para o réu.

Raciocínio análogo pode ser aplicado à expressão “de qualquer modo”, presente no já transcrito parágrafo único do art. 2º. do Código Penal brasileiro, sendo descabida a interpretação que restringe a *ratio* do legislador. Em suma: a lei posterior que “de qualquer modo” (ou “em qualquer norma jurídica”) favorecer o acusado deverá ser aplicada aos fatos passados¹³.

Como se vê, o dissenso doutrinário remonta aos penalistas clássicos, reflete nos penalistas modernos e, por fim, chancelou a refraticidade do posicionamento dos Tribunais pátrios. Quando o tema chegou aos Tribunais Superiores, por intermédio da já citada incidência da causa de diminuição da nova lei de drogas para os fatos típicos praticados quando vigente a antiga lei, aplicando-se, igualmente, o preceito secundário desta última, houve divergência tanto nas turmas do Superior Tribunal de

¹³ Em sentido diverso, a ratificar a necessidade do legislador restringir a incidência do dispositivo legal por força da máxima eficácia da Constituição, o Código Penal Militar veda *expressamente* a conjugação de leis penais. Confira-se: “Art. 2 Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

1º *A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória irrecorrível.*

2 Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato. (...)”

Justiça¹⁴ quanto nas turmas do Supremo Tribunal Federal¹⁵, o que, inicialmente, fortaleceu a persistência da polêmica na doutrina pátria.

2.3 A impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena, instituída pelo §4º. do art. 33 da lei nº. 11.343/2006 a réus condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes sob a vigência da Lei nº. 6.368/1976: o entendimento dos tribunais superiores

Considerando a diversidade de entendimentos quanto à possibilidade ou não de combinação de leis, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Embargo de Divergência nº. 1.094.499/MG, realizado pela Terceira Seção, enfrentou a divergência então existente naquele Tribunal Superior e, por maioria de votos, rechaçou a possibilidade de combinação de leis penais¹⁶.

Todavia, a despeito da aparente consolidação do entendimento no âmbito do Tribunal da Cidadania, a partir

¹⁴ Cite-se, inter alia:

a) Defendendo a possibilidade de combinação de leis penais: HC nº. 91.871/RJ (Sexta Turma – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Data de julgamento: 01 dez. 2009);

b) Defendendo a impossibilidade de combinação de leis penais: HC nº. 144.364/SP (Quinta Turma – Rel. Min. JORGE MUSSI – Data DJe: 12 abr. 2010).

¹⁵ Cite-se, inter alia:

a) Defendendo a possibilidade de combinação de leis penais: HC nº. 97.128/MG (Segunda Turma – Rel. para o acórdão Min. CEZAR PELUSO – Data do Julgamento: 08 set. 2009);

b) Defendendo a impossibilidade de combinação de leis penais: AI nº. 729.498 ED/SC (Primeira Turma – Rel. Min. CARMÉM LÚCIA – Data do Julgamento: 01 fev. 2011).

¹⁶ STJ – EREsp nº. 1.094.499/MG – Terceira Seção – Rel. Min. FELIX FISCHER – Data DJe: 18 ago. 2010.

do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário n.º. 596.152/SP, afetado ao Plenário, o debate sobre os limites da retroatividade da lei penal ganhou novo fôlego, sobretudo para que fosse adotada a corrente doutrinária que defende a viabilidade de combinação de leis penais.

Isso porque, trazida novamente à baila a discussão em torno das Leis n.º. 6.386/1976 e n.º. 11.343/2006, a votação dos Ministros terminou empatada (5x5)¹⁷ e, nos termos regimentais¹⁸, prevaleceu o resultado que mais beneficiava o réu, qual seja, a incidência concomitante da causa de minoração de pena prevista na Lei n.º. 11.343/2006 (art. 33, §4.º.) e da pena mínima estabelecida na Lei n.º. 6.836/1976 (art. 12) para os fatos ocorridos na vigência desta última.

Importa mencionar que a tese vencedora em virtude do empate defendeu a retroatividade da norma jurídico-positiva (causa de diminuição já citada) com fundamento na máxima eficácia da Constituição e no ineditismo da minorante, afastando, em última análise, a ocorrência de conjugação de leis¹⁹.

A tese vencedora no Recurso Extraordinário em questão, assim, é ligeiramente diversa da criação de uma *lex tertia*. De fato, os Ministros que defenderam a possibilidade de aplicar a causa de diminuição de pena, instituída pelo §4.º. do art. 33 da Lei n.º. 11.343/2006 a réus também condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, porém sob a vigência da Lei n.º.

¹⁷ A Corte Suprema brasileira contava, na data do julgamento, com apenas dez ministros em virtude da vaga surgida com a aposentadoria da Ministra Ellen Gracie, ocorrida em 05 ago. 2011.

¹⁸ Segundo o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, (art. 146, parágrafo único), em caso de empate, deverá prevalecer o resultado mais benéfico para o réu. O empate impediu, todavia, a consolidação do entendimento do Plenário do STF, sendo certo que o tema foi novamente discutido no julgamento do RE n.º. 600.817/MS, cujo resultado será analisado a seguir.

¹⁹ STF – RE n.º. 596.152/SP – Plenário – Rel. para o acórdão Min. AYRES BRITTO – Data do Julgamento: 13 out.2011.

6.368/1976, adotaram como razão de decidir a incidência do princípio da retroatividade mais benéfica como suporte para garantir a efetividade máxima do texto constitucional e cindir as diversas normas jurídicas previstas nos dois diplomas legais, o que denota a incidência da teoria da ponderação diferenciada: o instituto jurídico (causa de diminuição), inédito na lei revogada e com requisitos previstos na lei nova, porque mais benéfico, deve retroagir para aqueles que tiveram sua pena mínima fixada com base na Lei n.º. 6.386/1976.

Quanto a esta particularidade, esclarecedor é o voto do Ministro Ayres Britto, relator para o acórdão do Recurso Extraordinário em análise:

(...) 18. Em suma, o tema em debate ganha em clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decai da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito. (...)

20. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Constituição Federal de 1988, tenho que o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de

diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). (...)

21. Já alusivamente ao tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes, ele já figurava no art. 12 da Lei 6.368/1976. O ineditismo regratório, no que interessa a esta causa, deu-se tão-somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. (...)

23. Não é o que sucede com o novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapõe a nenhuma anterior regra penal. Lógico! Daí poder incidir tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal. O que afasta, de plano, qualquer eiva ou mácula de combinação indevida de normas penais para compor uma terceira e imaginária regra penal sobre um mesmo instituto. Afinal, como combinar regra nova com uma inexistente norma velha? Impossível! O que de pronto afasta qualquer ofensa ao princípio da separação dos Poderes, pois não houve, por nenhuma, forma usurpação de competência legislativa pelo Poder Judiciário. (...) (destaques não constam no original)

Naquela ocasião, a tese vencida, capitaneada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator originário do feito, defendeu a impossibilidade de combinação de leis penais, seja porque ensejaria uma violação à separação dos poderes, seja porque não se trataria de simples aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Reavivada a divergência jurisprudencial, o anteprojeto de novo Código Penal, apresentado ao Presidente do Senado Federal em julho de 2012, elaborado por distinta comissão de

juristas^{20 21}, trouxe novos contornos polêmicos ao tema, uma vez que previu expressamente a possibilidade de combinação de leis penais pelo Magistrado, o que, por sua vez, denota leve tendência da doutrina moderna para a admissão da conjugação de leis.

Vejamos o que dispunha o §2º. do art. 2º. do Projeto de Lei nº. 236/2012:

Art. 2º É vedada a punição por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

§1º A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

§2º O juiz poderá combinar leis penais sucessivas, no que nelas exista de mais benigno. (...) (grifo nosso)

Já em 23.10.2013, quando ainda pendente o julgamento definitivo da *quaestio* pela Corte Suprema (que seria realizado com a afetação de novel Recurso Extraordinário ao Plenário para firmar o posicionamento predominante no STF que restou prejudicado na primeira ocasião em virtude do empate), o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº. 501, ratificando a *ratio decidendi* adotada no julgamento dos Embargos de Divergência alhures mencionado:

²⁰ Compunham a comissão especial de juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal: Antônio Nabor Areias Bulhões, Emanuel Messias Oliveira Cacho, Gamil Föpel El Hireche, Gilson Dipp, José Muiños Piñeiro Filho, Juliana Garcia Belloque, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, Luiz Flávio Gomes, Luiza Nagib Eluf, Marcelo André de Azevedo, Marcelo Leal Lima Oliveira, Marcelo Leonardo, Marco Antônio Marques da Silva, Técio Lins e Silva e Tiago Ivo Odon.

²¹ Anteprojeto do Código Penal disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012_06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>. Acesso em: 05 ago. 2014.

É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

Com a edição da Súmula em comento, o Tribunal da Cidadania consolidou o entendimento quanto à impossibilidade de combinação de leis penais, tendência que acabou sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 600.817/MS, segundo recurso afetado ao Plenário sobre o tema. De fato, por 06 (seis) votos a 04 (quatro)^{22 23}, o Plenário do Pretório Excelso, calcado nos argumentos trazidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator do feito, entendeu ser inviável a conjugação de leis penais.

O debate acerca da conjugação de leis penais, nesses termos, foi deveras enfraquecido com a consolidação, nos Tribunais Superiores, do entendimento de ser inviável a criação de uma *lex tertia* para beneficiar o acusado. Todavia, é inolvidável que a doutrina penalista permanece dividida, persistindo inúmeros defensores da linha doutrinária vencida nos Tribunais Superiores.

3 Análise dos resultados obtidos

²² Votaram pela impossibilidade de conjugação de leis penais: Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

Votaram pela possibilidade de conjugação de leis penais: Rosa Weber, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

²³ Conistou da ata da Sessão a ausência justificada do Ministro Luís Roberto Barroso.

3.1 A retroatividade da lei penal mais benéfica: linhas gerais

A exceção ao princípio geral da irretroatividade da lei penal encontra guarida em balizada doutrina, sendo incontestável sua ampla aceitação no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o ensinamento de Cezar Roberto Bittencourt²⁴:

(...) O princípio da irretroatividade vige, com efeito, somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no Direito transitório, a aplicação retroativa da lei mais benigna, hoje princípio consagrado em nossa Constituição Federal. (art. 5º., XL). Assim, pode-se resumir o conflito do direito intertemporal no seguinte princípio: o da retroatividade da lei mais benigna. (...)

A corroborar o que ora se defende, cite-se também o entendimento de Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini²⁵:

(...) A lei penal mais benéfica, por um lado, é retroativa, ou seja, aplica-se a fatos cometidos antes de sua vigência. E, por outro lado, é ultra-ativa, ou seja quando a lei que estava em vigor no momento da conduta for mais benéfica do que sua sucessora, é aquela que continua aplicando-se ao caso, mesmo que, no momento do julgamento, já tenha sido revogada. (...)

Por fim, a doutrina do promotor de justiça Cleber Masson, no mesmo sentido²⁶:

²⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 162.

²⁵ JUNQUEIRA; VANZOLINI, op. cit., p. 83.

²⁶ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 35.

(...) [A lei penal mais benéfica] é a que se verifica quando, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, o fato previsto como crime ou contravenção penal tenha sido praticado na vigência da lei anterior, e o novel instrumento legislativo seja mais vantajoso ao agente, favorecendo-o de qualquer modo. A lei mais favorável deve ser obtida no caso concreto, aplicando-se a que produzir resultado mais vantajoso ao agente (teoria da ponderação concreta). (...) Aqui também a expressão ‘de qualquer modo’ deve ser compreendida na acepção mais ampla possível. (...)

3.2 “Combinação” de leis penais: entendimento doutrinário

Explicitada a irrestrita aceitação doutrinária ao pressuposto teórico do presente estudo, constata-se, todavia, que, no que pertine à conjugação de leis penais, a divergência doutrinária é intensa, não tendo sido firmado entendimento prevalente entre os penalistas.

Traga-se à baila a doutrina de escol de Nelson Hungria *apud* Plínio Gentil²⁷, a coadunar a corrente doutrinária que defende a impossibilidade de conjugação de leis penais:

(...) cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* como os da lei antiga, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira, dissonante no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação

²⁷ GENTIL, Plínio Antônio Britto. *Nova Lei de Tóxicos: Causa de Diminuição de pena aplicável retroativamente?* Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=170>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

combinada de duas leis (...). (destaques não constam no original).

Noutro diapasão e, portanto, defendendo a possibilidade de combinação de leis penais, é o entendimento firmado por José Frederico Marques, citado por Rômulo de Andrade Moreira²⁸, *in litteris*:

(...) dizer que o Juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando *ex nihilo* a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o “todo”, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepor a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação, pelo papel preponderante do texto constitucional. A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar-se a transação e o eclétismo, a parcela benéfica da lei

²⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça – uma verdadeira aberração jurídico-penal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/11/04/o-novo-enunciado-da-sumula-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

posterior não for aplicada pelo Juiz; e este tem a missão precípua de velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama dos direitos do homem (Tratado de Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1964, volume 1, páginas 210/211). (destaque nosso)

Importa trazer à lume, em análise última, o entendimento de Luiz Fávio Gomes e Elisa Rudge²⁹, no sentido de que a lei posterior que “de qualquer modo” (ou “em qualquer norma jurídica”) favorecer o acusado – conforme preceitua expressamente o Código Penal – deverá ser aplicada aos fatos passados:

(...) Entendemos ser possível a aplicação do privilégio previsto na nova lei de drogas aos crimes de tráfico cometidos na vigência da lei anterior. Isto porque a retroatividade da lei mais benigna é princípio constitucional que não encontra limites na combinação de leis. A tese da combinação (ou não) de leis é totalmente irrelevante diante do preceito constitucional que manda aplicar a lei nova quando favorável ao réu. (...)

3.3 “Combinação” de leis penais: entendimento jurisprudencial

Na jurisprudência, a refletir o debate doutrinário, o posicionamento inicial dos Tribunais Superiores foi ambivalente, sendo que o Superior Tribunal de Justiça inadmitiu a conjugação de leis penais a partir do julgamento

²⁹ GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa M. *Drogas: admite-se a combinação de leis penais para beneficiar o réu?* Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/973805/drogas-admite-se-a-combinacao-de-leis-penais-para-beneficiar-o-reu>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

dos Embargos de Divergência nº. 1.094.499/MG e, por outro lado, o Supremo Tribunal Federal defendeu, *ab initio*, a possibilidade de retroação de institutos jurídicos para garantir a máxima eficácia da Constituição. Colha-se, por oportuno, a ementa do julgado que selou a questão no Tribunal da Cidadania:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. (...) I - (...)II - A norma inculpada no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33. III - *Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art. 12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.* IV - *Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.* V - *Em homenagem ao princípio da extratividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.* VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, incorrendo, destarte,

na sua incidência, a denominada combinação de leis. (...) Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006. (STJ – EREsp nº. 1.094.499/MG – Terceira Seção – Rel. Min. FELIX FISCHER – Data DJe: 18.08.2010) (grifos nossos)

Traga-se, por conseguinte, o entendimento inicial do Pretório Excelso:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. (...) PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente “generosa”. 2. *Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma.* 3. *A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-*

positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos. (...) 7. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Carta Magna, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). (...) 9. No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retroincidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo: o art. 12 da Lei 6.368/1976, a incidir por ultra-atividade. O novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal. 10. Recurso extraordinário desprovido. (STF – RE nº. 596.152/SP – Plenário – Rel. para o acórdão Min. AYRES BRITTO – Data do Julgamento: 13.10.2011)

No entanto, a divergência entre os Tribunais Superiores foi aparentemente resolvida com o julgamento do RE nº. 600.817/MS, tendo sido firmada, também na Corte Constitucional, a corrente doutrinária que inadmite a *lex tertia*. Confirma-se trecho da transcrição do voto do relator³⁰:

(...) Destaco, ainda, que a hipótese sob exame, diferencia-

³⁰ Transcrição realizada a partir do vídeo da Sessão Plenária do STF de 07 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DQKtipmTsA0>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

se da simples aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, pois conforme salientei no início do voto, esse ponto é incontroverso na doutrina e na jurisprudência, bem como nos autos. (...) o que se pretende é combinação do caput do art. 12 da Lei 6.368/1976, com a causa de minoração da pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, sob a justificativa de dar ampla e irrestrita aplicação ao princípio da retroatividade da lei penal mais favorável. (...) Não pode (...) o julgador, portanto, aplicar isoladamente a pena mínima prevista na revogada Lei 6.368/1976 com a causa de diminuição do §4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, pois esta minorante foi prevista para incidir sobre uma pena-base mais severa (cinco anos), prevista no caput do mesmo artigo. (...) Desse modo, (...) não há falar que as causas de diminuição de pena são aplicadas separadamente, apenas na última fase da realização da dosimetria da pena, e, sendo portanto, permitida sua aplicação com a pena-base prevista na lei revogada. (...) Concordo, pois, com a tese segundo a qual, caso fosse permitida a combinação das referidas leis para extrair-se um terceiro gênero, os magistrados estariam atuando como legislador positivo, em total afronta aos princípios da separação de poderes e da reserva legal. (...). (Destaque nosso)

4 Conclusão

Consoante o estudo em análise, a *quaestio* relativa à (im) possibilidade de combinação de leis penais possui relevante papel de ordem prática, especialmente porque interfere diretamente no *status libertatis* do indivíduo e tangencia a incidência do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, tão caro ao Estado Democrático de Direito.

As duas linhas doutrinárias principais sobre o tema, por sua vez, apontam, cada uma na sua órbita de atuação, argumentos sólidos para fundamentar, de um lado, a impossibilidade, e, de outro lado, a possibilidade de combinação de leis penais. É

indubitável, contudo, que a consolidação do entendimento dos Tribunais Superiores quanto à impossibilidade de combinar leis penais enfraquece, ao menos em parte, a corrente doutrinária que admite a combinação de institutos jurídicos e/ou de leis penais.

Tanto é assim que a Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal do Senado Federal, quando analisou o anteprojeto de novo Código Penal, propôs – como primeira alteração – a retirada da previsão que permitia a combinação de leis penais, sendo certo que o juiz, na sucessão de leis penais, deverá aplicar aquela que, globalmente considerada, for mais favorável ao réu, vedada a combinação de leis. A justificativa apresentada pela Comissão, como era de se esperar, remete à impossibilidade de o Poder Judiciário se tornar legislador e ao entendimento firmado nos Tribunais Superiores.

Nada obsta, por conseguinte, a ocorrência de *overriding*³¹, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Explica-se: consoante exposto alhures, a tese vencida na Corte Constitucional não adotou a mera criação de uma *lex tertia*, defendendo, em verdade, a máxima eficácia do preceito constitucional que garante a retroatividade da lei penal mais benéfica a partir de um cotejo das diversas normas jurídicas

³¹ Em apertada síntese, nas palavras de Haroldo Lourenço, “o *overriding* ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Há, a rigor, uma superação parcial, semelhante a uma revogação parcial da lei. Não se pode confundir a técnica de confronto e superação do precedente com o denominado reversal, onde há somente a reforma no julgamento do recurso, sendo alterado pelo órgão *ad quem* o entendimento do órgão a quo. Novamente, cumpre registrar que o *overruling* e *overriding* são técnicas que impedem a petrificação do direito, arejando o sistema e o mantendo atualizado. (...)”. LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

estabelecidas em cada uma das leis em conflito.

Assim, se identificado instituto jurídico inédito, na lei nova, que possa isoladamente retroagir para em conjunto com outros institutos jurídicos não conflitantes, estes previstos na lei velha, tornar mais benéfica a situação do réu, não haveria impedimento de ordem constitucional ou legal.

Por tudo quanto exposto, e se apresentando como uma terceira via à dicotomia inicial, a fomentar o persistente debate doutrinário, é possível defender a possibilidade de combinação de institutos jurídicos diversos previstos em leis penais sucessivas com o fito de garantir a máxima efetividade do texto constitucional, especialmente se o novel instituto benéfico não possuir equivalente na lei penal nova.

The retroactivity of the most favorable criminal law and the (im) possibility of combining criminal laws: an analysis in the light of doctrinal and jurisprudential understanding of the subject

Abstract: This article aims to analyze the (im)possibility of combining criminal laws on the basis of the principle of retroactivity of the most favorable criminal law. The inspirational legal debate of the study refers to the initially ambivalent position of the Superior Courts when faced in concrete the issue and also to the inclusion in the draft of novel Penal Code article providing for the possibility of combining criminal laws in order to benefit the defendant. With these assumptions, the specific objectives focused on describing the chances of conflict of criminal laws in time, especially the principle of retroactivity of the most favorable criminal law as well as the analysis of the combination of criminal laws in the light of doctrine and jurisprudence on the implementation of reduction because of penalty established by Law no. 11.343 / 2006 the defendants convicted of drug trafficking under the force of Law. 6368/1976. The methodology we used qualitative

research, descriptive and explanatory, with the bibliographic research techniques and documentary. In order, it was found that although the case law have been pacified, the doctrinal dissent remains, and no doubt that the doctrinal lines drawn to defend or reject the combination of criminal laws have constitutional protection and underlie the continuing debate.

Keywords: Principle of retroactivity. Criminal law. Combination.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 2.848*, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em: 14 ago. 2014.

_____. *Decreto-Lei nº. 1.001*, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm >. Acesso em: 14 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 1.094.499/MG*. Sessão da Terceira Seção de 12.05.2010. Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901910118&dt_publicacao=18/08/2010>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento do Recurso Extraordinário nº. 596/152/SP*. Sessão Plenária de 13.10.2011. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730041>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento do Recurso Extraordinário nº. 600.817/MS*. Sessão Plenária de 07.11.2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DQKtipmTsA0>>. Acesso em: 10 ago.2014.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. *Nova Lei de Tóxicos: causa de*

diminuição de pena aplicável retroativamente? Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=170>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa M. *Drogas: admite-se a combinação de leis penais para beneficiar o réu?* Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/973805/drogas-admite-se-a-combinacao-de-leis-penais-para-beneficiar-o-reu>>. Acesso em: 11 ago.2014.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/11/04/o-novo-enunciado-da-sumula-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

_____. *O Supremo Tribunal Federal, a lei de drogas e a combinação de leis penais*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/11/12/o-supremo-tribunal-federal-a-lei-de-drogas-e-a-combinacao-de-leis-penais/>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTOS, Igor Raphael de Novaes. *Combinação de leis incriminadoras: uma análise (crítica) doutrinária e jurisprudencial. Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 24 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33655&seo=1>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22. ed., rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2002.

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

SILVA NETO, Ulysses Gonçalves da. A possibilidade de combinação de leis penais e a nova posição do Supremo Tribunal Federal. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 12 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22410>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

Criminalização, Teoria do Etiquetamento e Racismo Institucional na Polícia: autorrealização de uma amarga profecia

*Felipe Augusto Fonseca Vianna**

Sumário: 1 Introdução. 2 O processo de criminalização. 2.1 Criminalização primária. 2.2 Criminalização secundária. 3 Teoria do Etiquetamento (*Labeling Approach*). 4 Etiquetamento e Criminalização Secundária. 5 Criminalização, etiquetamento e racismo institucional na polícia. 5.1 O perfil racial (*racial profiling*) nos Estados Unidos da América. 5.2 Abordagens policiais no Rio de Janeiro. 5.3 Abordagens policiais em São Paulo. 5.4 Abordagens policiais em Pernambuco. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo trata do processo de criminalização, da teoria criminológica do etiquetamento e do racismo institucionalizado nas polícias estadunidense e brasileira. Nessa linha, problematiza-se o tema com a seguinte indagação: os processos de criminalização primária e secundária, bem como a teoria do etiquetamento, favorecem e explicam a formação de racismo institucionalizado nas corporações policiais? Após análise preliminar acerca do processo de criminalização e da teoria do etiquetamento, instaura-se uma discussão sobre o tema, apontando a necessidade de se entender o racismo institucionalizado no seio das polícias como fruto de

* Mestrando em Criminal Justice pela California Coast University. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Aperfeiçoamento em Legal English pela Washington University in St. Louis. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Ex-Advogado. Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas, lotado na 60ª Promotoria de Justiça Especializada no Controle Externo da Atividade Policial – PROCEAP.

perceptível predileção das agências do sistema penal por uma clientela buscada nas camadas mais estereotipadas da população. Ademais, o artigo comporta um referencial teórico pautado na mais moderna doutrina do Direito Penal e da Criminologia, segue as diretrizes do método dedutivo e, como técnica de coleta de dados, utiliza a pesquisa bibliográfica. É um artigo de revisão.

Palavras-chave: Criminalização. Teoria do Etiquetamento. Racismo Institucional. *Racial Profiling*. Abordagem policial.

1 Introdução

O estudo do Direito Penal, geralmente, se preocupa apenas com o estudo da lei penal e das teorias gerais da pena e do crime, passando ao largo do processo de criminalização, que é deixado a cargo da Criminologia. Tal abordagem, contudo, não deve subsistir, pois o Direito não existe afastado da realidade social que lhe dá sustento e que ele pretende regular. Entender as características dogmáticas do delito sem conhecer os processos sociais que determinam sua gênese trará ao operador do Direito um entendimento lacunoso e estéril.

Assim, ao estudar o fenômeno do crime, deve o jurista buscar entender o processo social por meio do qual se criminaliza determinada conduta e como as agências do sistema penal operam para imputar a alguém o cometimento da infração penal. Noutras palavras: deve procurar entender as construções sociais que operam para que se possa criar determinado crime e imputá-lo a determinada pessoa, que será, então, rotulada como “criminosa”.

Assimilar o processo social de criminalização é de salutar importância para que se possa compreender a criação de uma cultura de racismo institucionalizado que permeia as polícias não só brasileiras, como também estadunidense, onde a cor das pessoas é característica determinante para a realização de

abordagens e demais procedimentos correlatos (como a busca pessoal).

Ao se explicar o processo de criminalização e o modo através do qual o rótulo de criminoso é aplicado, preferencialmente, a pessoas que comunguem de determinadas características físicas (dentre as quais a raça é o fator predominante), justificar-se-á a imprescindibilidade de se buscar a superação do racismo institucionalizado no seio das corporações policiais.

Ao final, cumpre dizer que o presente artigo faz uma revisão de literatura com base no método de abordagem dedutivo, utiliza como técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica a partir de documentos como livros, manuais, códigos e periódicos, que, proporcionando um novo enfoque sobre o tema, serviram de base para as conclusões do autor.

2 O processo de criminalização

Todas as sociedades que transferem ao Estado o “monopólio da violência legítima” (traço marcante dos Estados modernos¹) selecionam um número reduzido de pessoas, a quem submetem a sua coação visando à imposição de uma pena.

Essa “seleção” penalizante se chama “criminalização” e é resultado da gestão de um conjunto de agências que compõem o sistema penal (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p. 7).

O processo de criminalização se desenrola em duas etapas,

¹ “... nos dias de hoje devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território [...] reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. Sem dúvida, é próprio de nossa época o não reconhecer, com referência a qualquer outro grupo ou aos indivíduos o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere. Nesse caso, o Estado se transforma na única fonte do ‘direito’ à violência.” (WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 60).

denominadas de criminalização primária e criminalização secundária.

2.1 Criminalização primária

Segundo a lição de Zaffaroni (2002, p. 7), *criminalização primária* é “... *el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas*”².

Como se vê, trata-se de ato meramente formal, estabelecido para que se possa levar a cabo determinado programa penal, já que, ao se prescrever que certa ação “deve ser apenada”, se enuncia um programa que deve ser cumprido por agências diferentes daquela que o formula.

No Brasil, tal função cabe ao poder legislativo federal (art. 22, I, da CRFB).

2.2 Criminalização secundária

Enquanto a criminalização primária (criar leis penais) é uma declaração que se refere a condutas, ações, a *criminalização secundária* é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que tem lugar quando as agências de criminalização secundária do sistema penal (polícia, juízes, promotores, agentes penitenciários etc.) detectam uma pessoa a quem se atribui a realização de conduta criminalizada primariamente (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p. 7).

Ocorre a criminalização secundária todas as vezes que uma agência do sistema penal atribui a alguém a realização de um crime (conduta criminalizada primariamente), investiga-na, em alguns casos privam sua liberdade, processam-na criminalmente para determinar publicamente se ela realmente cometeu a infração que lhe é imputada e, caso afirmativo,

² Tradução livre: “... o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material, que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”.

admite a imposição de uma certa pena previamente cominada.

A criminalização primária é um programa tão gigantesco que nenhuma sociedade, até hoje, ousou cumpri-lo em toda sua extensão ou mesmo em parte considerável. Tal empreitada estará, sempre, fadada ao fracasso.

Nem todos os crimes chegam ao conhecimento das autoridades. É muito pouco provável, por exemplo, que alguém que tenha o jornal furtado da caixa de correio, pela manhã, vá até uma delegacia registrar tal ocorrência. Grande parte de crimes contra a liberdade sexual ou de violência doméstica também deixam de ser comunicados às autoridades, por motivos diversos. A esta *disparidade enorme* e inevitável entre a quantidade de crimes que realmente ocorrem em uma sociedade e os que chegam ao conhecimento das agências do sistema, dá-se o nome de *cifra negra ou cifra oculta*.

La perpetración de un hecho delictivo pasa, a menudo, inadvertida, no trasciende a terceros, o trasciende, pero éstos, por muy diversas razones, no denuncian el mismo, de modo que ni siquiera llega a conocimiento de la autoridad competente para perseguirlo y castigarlo. Otras veces la denuncia no da su fruto: no se abre la oportuna investigación o arroja un resultado final negativo. Pues la autoridad policial y la judicial filtran y seleccionan aquellas pretensiones punitivas que —a juicio de estas últimas— requieren y merecen la respuesta oficial del Estado. La propia persecución formal del hecho denunciado, por otra parte, no siempre concluye con una sentencia condenatoria para el presunto infractor ni éste cumple, en su caso, un hipotético castigo impuesto. Ni todo delito cometido trasciende, ni todo delito conocido se denuncia, ni todo delito denunciado se persigue, ni todo delito perseguido se castiga, ni toda condena impuesta se cumple. [...] La «cifra negra» alude a un cociente (concepto aritmético) que expresa la relación entre el número de delitos efectivamente cometidos y el de delitos estadísticamente reflejados. (GARCÍA-PABLOS

DE MOLINA, 2008, p. 256-257)³

Isso comprova que, apesar da ubiquidade do delito, a lei não castiga por igual todas as condutas socialmente danosas, independente de status e posição social dos que a realizam. No fundo, lembram Muñoz Conde e Hassemer, a cifra negra expressa que *não existe forma ontológica* de distinguir criminosos e não criminosos: a criminalidade é um elemento da vida cotidiana e os muros das prisões separam dois mundos que não se podem separar de maneira não arbitrária, pois não existe nenhuma particularidade ou característica que os diferencie (2008, p. 95).

Ou seja, se a fronteira entre criminoso e não criminoso é apenas aparente e o crime se estende por todas as camadas da população, as pessoas que são condenadas e se encontram em prisões não estão lá por sua condição real de delinquente, mas simplesmente como consequência de uma definição, ou, melhor dizendo, porque a elas foi imputada dita condição. Para cada furtador que se encontra preso, vários outros, que muitas vezes furtaram bem mais que o capturado, não foram descobertos ou detidos: segundo Muñoz Conde e Hassemer,

³ Tradução livre: A perpetração de um fato delitivo passa, frequentemente, inadvertida, não chega ao conhecimento de terceiros, ou chega, mas esses, por diversas razões, não denunciam o mesmo, de modo que ele nem sequer chega ao conhecimento da autoridade competente para persegui-lo ou castigá-lo. Outras vezes a denúncia não dá fruto: não se abre a oportuna investigação ou se chega a um resultado final negativo. Pois as autoridades policial e judicial filtram e selecionam aquelas pretensões punitivas que – a juízo dessas últimas – requerem e merecem resposta oficial do Estado. A própria persecução formal do fato denunciado, a seu turno, nem sempre se conclui com uma sentença condenatória para o presumido infrator e nem este cumpre, em todos os casos, um hipotético castigo imposto. Nem todo delito cometido transcende, nem todo delito conhecido se denuncia, nem todo delito denunciado se persegue, nem todo delito perseguido se castiga, nem toda condenação imposta se cumpre. [...] A ‘cifra negra’ alude a um coeficiente (conceito aritmético) que expressa a relação entre o número de delitos efetivamente cometidos e os delitos estatisticamente refletidos.

a cota de delitos esclarecidos da Espanha é de apenas 20% (contra 45% da Alemanha), sendo que, destes 20%, um terço se referem a roubos ou furtos qualificados, mas menos de 20% do número total chegam a ser esclarecidos (2008, p. 100). Significa dizer, exemplificativamente, que de 100 crimes que chegam ao conhecimento das autoridades, aproximadamente 20 são furtos, dos quais apenas 4 são esclarecidos, de forma que apenas 4 entre 20 furtadores serão considerados criminosos. Os outros 16, não obstante tenham praticado a mesma conduta, sairão ilesos ao sistema penal.

As agências de criminalização secundária possuem limitada capacidade operacional (recursos humanos, materiais etc.). É impensável que a polícia militar possa realizar policiamento ostensivo em toda a cidade ao mesmo tempo, ou que a polícia civil consiga investigar satisfatoriamente todas as ocorrências que lhe são comunicadas. Limitações de pessoal, orçamentárias, técnicas e de muitas outras ordens impedem que isso ocorra no mundo real.

Por isso, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, se considera natural que o sistema penal leve a cabo a *seleção criminalizante secundária*, onde se realiza apenas uma parte ínfima do programa penal (2002, p. 7-8).

Significa dizer, como a autoridade policial não possui condições de investigar todos os fatos criminosos que efetivamente chegam ao seu conhecimento, ela sempre procederá a uma seleção dos casos que efetivamente serão levados à persecução penal, deixando os demais, não selecionados, à margem do sistema penal, para adentrar à *cifra negra*.

Cuida saber, então, quais os fatores que regerão esse processo de seleção criminalizante secundária, ou seja, quais os processos que ditam quais os autores de fatos típicos serão efetivamente considerados “criminosos”. Tais fatores seriam

arbitrários ou seguiriam algum tipo de padrão que possa ser encontrado? Existe algo que possa explicar por que certas condutas e pessoas são consideradas criminosas e adentram ao sistema penal enquanto outras, que muitas vezes cometeram o mesmo fato, passam à margem de qualquer persecução?

A teoria criminológica do etiquetamento (também conhecida por *labeling approach*, ou *labeling theory*) é uma tentativa de explicar o tratamento diferenciado que permeia o sistema penal e que rege a seleção criminalização secundária.

3 Teoria do Etiquetamento (*Labeling Approach*)

As teorias criminológicas tradicionais (biológicas, socialização deficiente e de estrutura social defeituosa⁴) têm em comum o fato de fixar a sua atenção na própria criminalidade, em suas causas e possíveis soluções.

Sem embargo, muitas razões existem para se pensar que a criminalidade não é uma entidade que exista per se, e sim uma *construção artificial que a própria sociedade fabrica e define* para melhor confirmar um sistema de dominação, interesses e poder de uns sobre outros: isso é, em definitivo, o que determina quais condutas devem ser criminalizadas e que pessoas devem ser tratadas como criminosas. Nas palavras de Peter-Alexis Albrecht,

a criação de normas do Direito Penal ocorre no quadro das relações sociais de poder. Os interesses estruturais

⁴ Sobre as diversas teorias criminológicas, cf. MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3-89; WINFREE JR, L. Thomas; ABADINSKY, Howard. *Understanding Crime: Essentials of Criminological Theory*. 3 ed. Belmont: Wadsworth, Cengage Learning, 2009, p. 1-222.

dominantes precipitam-se na criação seletiva do Direito. (2010, p. 55).

O correto seria, pois, não se buscar a causa da criminalidade, e sim o processo de *criminalização*: deve-se entender as razões por que algumas condutas e pessoas, independente da danosidade social de suas ações, são *estigmatizadas* como delinquentes, enquanto outras, que podem inclusive serem mais danosas à sociedade, ficam isentas de qualquer etiquetamento criminal e se passam por sujeitos honestos (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 92). A teoria do etiquetamento, como se vê, não é uma teoria da criminalidade, e sim uma teoria da criminalização (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 764).

A constatação de que existe uma *cifra oculta* da criminalidade bastante elevada⁵ é de fundamental importância para a Criminologia, pois ela sepulta teorias que atribuem características específicas aos autores de delitos: na realidade, criminosos não “existem”, mas “se fazem”.

Foi com base nessas considerações que o criminólogo americano Howard Becker iniciou a corrente de pensamento hoje denominada *teoria do etiquetamento* (BECKER, 2008, passim).

Becker iniciou suas considerações alertando que, ao se estudar o comportamento desviante, se deve ter em mente que diferentes grupos sociais consideram diversas coisas diferentes como desviantes. Isso significa que a pessoa que faz o julgamento do desvio e o processo pelo qual se chega ao julgamento e à situação em que ele é feito estão intimamente ligados ao fenômeno (2008, p. 17). Ao se assumir uma característica

⁵ Diversos estudos apontam que a criminalidade real é aproximadamente o dobro da registrada. Cf. MUNOZ CONDE; HASSEMER, *Introdução*, op. cit., 2008, p. 95-105.

inerentemente desviante aos infratores, deixa-se de lado essa variável importante: o foco não deve ser no comportamento ou em qualquer ator social, mas sim em como os outros (inclusive aí o sistema penal) enxergam o comportamento e/ou seu autor. Nenhum comportamento é inerentemente desviante; em verdade, o desvio é uma propriedade dada ao comportamento por terceiros que tem contato direto ou indireto com ele (ERICKSON, 1966, p. 6).

... ele [o crime] é criado pela sociedade. [...] *grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio*, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio *não* é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal. (BECKER, 2008, p. 21-22, grifos do original)

As teorias criminológicas anteriores falham, assim, ao tratar os criminosos como uma categoria homogênea, já que o desvio é consequência da reação dos outros ao ato de uma pessoa. Isso significa que: (a) alguma pessoa pode ser rotulada como desviante mesmo sem ter infringido regra legal alguma (vide o famoso caso da “Escola Base”); e (b) a categoria de “rotulados” não contém todos os que realmente infringiram uma regra, pois sempre haverá a cifra oculta da criminalidade a embarcar os criminosos que escaparam à detecção das agências do sistema penal. Por isso, já que a categoria carece de homogeneidade e não abriga todos os casos que lhe pertencem, não se pode esperar encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida capazes de explicar o desvio (BECKER, 2008, p. 22).

As únicas características que todos os criminosos partilham são o *rótulo e a experiência de serem considerados desviantes*.

Se o ato é ou não desviante, portanto, depende de como outras pessoas reagem a ele. [...] O simples fato de uma pessoa ter cometido uma infração a uma regra não significa que outros reagirão como se isso tivesse acontecido. (Inversamente, o simples fato de ela não ter violado uma regra não significa que não possa ser tratada, em algumas circunstâncias, como se o tivesse feito. (BECKER, 2008, p. 24)

O crime, portanto, não emerge naturalmente a partir de uma conduta proibida praticada por um agente imputável (modelo dogmático), nem resulta diretamente de uma conduta proibida praticada por um ser antissocial (modelo etiológico), mas é o resultado de uma interpretação sobre que aquela conduta, vinda daquela pessoa, merece ser classificada como crime (SELL, 2007).

El delito carece de sustrato material u ontológico. Una conducta no es delictiva in se o per se (cualidad negativa inherente a la misma), ni su autor criminal por merecimientos objetivos (nocividad del hecho, patología de la personalidad); el carácter delictivo de una conducta y de su autor depende de ciertos procesos sociales de definición, que atribuyen a la misma tal carácter, y de selección, que etiquetan al autor como delincuente. (GARCÍA-PABLOS MOLINA, 2008, p. 799)⁶

O exemplo a seguir pode ajudar a deixar mais claro o que

⁶ Tradução livre: O delito carece de substrato material ou ontológico. Uma conduta não é delitiva *in se* ou *per se* (qualidade negativa inerente a ela mesma), nem seu autor criminoso por merecimentos objetivos (nocividade do fato, patologia da personalidade); o caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de *definição*, que atribuem a mesma tal caráter, e de *seleção*, que etiquetam o autor como delinquente.

a teoria do etiquetamento representa.

Imaginemos uma mulher que tenta sair de uma joalheria com um caro e não pago bracelete quando é barrada pelos seguranças. Se essa aparente tentativa de subtração à coisa alheia móvel (art. 155 do Código Penal) será tomada como crime, sintoma compreensível de cleptomania ou mera distração, vai depender menos dos detalhes da conduta tentada do que do perfil da apontada infratora. A tese da distração cai bem, por exemplo, se a suposta tentativa fosse realizada por uma cliente habitual da joalheria; assim como a tese da cleptomania se adequaria perfeitamente se a acusada fosse uma famosa atriz de novela. Já para uma empregada da loja, a única tese “compatível com a realidade das coisas” é a de tentativa de furto puro e simples. A conduta é a mesma, a ausência de provas também, só o que variará, neste caso, são as suposições socialmente consideradas adequadas ao caso. (SELL, 2007).

Compreendidas as ideias principais da teoria, deve-se indagar, agora, como ocorre o processo de etiquetamento. Edward Schur (1971) afirma que esse processo se desenvolve em quatro etapas: (a) *estereotipagem*; (b) *interpretação retrospectiva*; (c) *negociações*; e (d) *imersão no papel*.

A *estereotipagem* é essencial em fazer as pessoas entenderem aquilo que lhe é novo e não familiar. Um estereótipo é uma “... *simplistic and unchanging mental image or pattern resulting from the presence of certain cues, visual or auditory*” (WINFREE JR; ABADINSKY, 2009, p. 229)⁷. Além disso, são generalizações tendenciosas - normalmente desfavoráveis e exageradas, acerca de um grupo de indivíduos, Por exemplo, tratar todos os árabes como terroristas.

O estereótipo pode continuar mesmo após o cometimento do fato. Exemplificativamente, quando a mídia descreve a

⁷ Tradução livre: ... simplista e imutável imagem ou padrão mental, resultado da presença de certos sinais, visuais ou auditivos.

pessoa acusada de certo crime como um “viciado em drogas”, é muito comum as pessoas pensarem: “agora eu entendo como ele pôde fazer aquilo que fez”. Schur usa o termo *interpretação retrospectiva* para descrever o processo de olhar o passado para encontrar causas antes não vistas que expliquem o comportamento indesejável cometido no presente (1971, p. 152).

O terceiro elemento descrito por Schur (1971, p. 56) consiste na *negociação* entre o etiquetado e os aplicadores da etiqueta. Quando réu e Ministério Público estão discutindo as acusações, em verdade, eles estão discutindo a própria etiqueta a ser aplicada no imputado. Aqui, estereótipos e interpretações retrospectivas exercem papel determinante. As negociações podem envolver questões como suspensão condicional do processo ou da pena, transação penal, delação premiada etc.

Por fim, o último elemento descrito por Schur é a *imersão no papel* (1971, p. 69), que pode ser definida como o processo social e psicológico por meio do qual o indivíduo assume o rótulo que lhe foi estipulado: ele é a soma total da estereotipagem, interpretação retrospectiva e negociação. Como ocupações legítimas não estão mais disponíveis ao indivíduo já rotulado, sua única alternativa é aceitar o papel de delinquente que já lhe foi dado. Assim, a *profecia de delinquência se autorrealiza*: aquele que foi rotulado como criminoso, ainda que antes não o fosse, agora tem de abraçar o papel que lhe foi dado.

Então o que é um criminoso? Criminoso é aquele a quem, por sua conduta e algo mais, a sociedade conseguiu atribuir com sucesso o rótulo de criminoso. Pode ter havido a conduta contrária ao Direito penal, mas é apenas com esse “algo mais” que seu praticante se tornará efetivamente criminoso. Em geral, esse algo mais é composto por uma espécie de índice de marginalização do sujeito: quanto maior o índice de marginalização, maior a

probabilidade de ele ser dito criminoso. Tal índice cresce proporcionalmente ao número de posições estigmatizadas que o sujeito acumula. Assim, se ele é negro, pobre, desempregado, homossexual, de aspecto lombrosiano e imigrante paraguaio, seu índice de marginalização será altíssimo e, qualquer deslize, fará com que seja rotulado de marginal. Em compensação, se o indivíduo é rico, turista norte-americano em férias, casado e branco, seu índice de marginalização será tendente à zero. O rótulo de vítima lhe cairá fácil, mas o de marginal só com um espetáculo investigativo sem precedentes. (SELL, 2007).

Entendido o processo de etiquetamento, a demonstrar como são construídos socialmente os conceitos de “crime” e “criminoso”, não é difícil supor como as agências de criminalização secundárias se orientarão no processo de seleção dos casos que serão efetivamente escolhidos para adentrar nas garras do sistema penal.

4 Etiquetamento e Criminalização Secundária

Como se viu, o *controle social* é altamente *discriminatório e seletivo*.

El comportamiento delictivo es mayoritario y ubicuo, pero la etiqueta de «criminal» es un «bien negativo» que los mecanismos del control social reparten con el mismo criterio de distribución de otros bienes positivos (fama, riqueza, etcétera): el status y el rol de las personas. De modo que las chances y «riesgos» de ser etiquetados como delincuentes no dependen tanto de la conducta ejecutada (delito) como de la posición del individuo en la pirámide social (status). (GARCÍA-PABLOS

MOLINA, 2008, p. 800, grifos do original)⁸

Ainda que a criminalização primária já seja, por si só, um passo seletivo⁹, esse passo é, invariavelmente, ainda abstrato, pois as agências de persecução não podem saber exatamente sobre quem cairá a criminalização formulada. A seletividade do sistema somente se opera em concreto pelas agências de criminalização secundária, principalmente a polícia.

Tais agências, como exposto, possuem *capacidade operacional muito limitada* frente ao número de delitos que chegam a seu conhecimento. Por isso, incumbe a elas decidir quais as pessoas que serão criminalizadas e quais serão as vítimas em potencial. Em razão de tal capacidade limitada, a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária, uma exceção.

Esto responde a que las agencias de criminalización secundaria, dada su pequeña capacidad frente a la inmensidad del programa que discursivamente se les encomienda, deben optar entre la inactividad o la selección. Como la primera acarrearía su desaparición, cumplen con la regla de toda burocracia y proceden a la selección. Este poder corresponde

⁸ Tradução livre: O comportamento delitivo é majoritário e ubíquo, mas a etiqueta de ‘criminoso’ é um ‘bem negativo’ que os mecanismos de controle social repartem com os mesmos critérios de distribuição de outros bens positivos (fama, riqueza, etc.): o *status* e o *rol* de pessoas. De modo que as *chances* e ‘riscos’ de ser etiquetado como delinquentes não dependem tanto da conduta executada (delito) como da posição do indivíduo na pirâmide social (*status*).

⁹ Dificilmente se criminalizará de forma tão contumaz algo que o próprio responsável pela criminalização anteveja como possível de realizar, em comparação aos crimes que ele julga somente passíveis de realização “pelos outros”. Veja-se, p. ex., que, enquanto no furto a devolução da *res furtiva* implica, no máximo, a redução da pena (art. 16 do CP), nos “crimes de colarinho branco” o pagamento ou restituição do valor devido extingue a punibilidade (art. 168-A, §§2º e 3º, art. 34 da Lei nº. 9.249/1995, etc.).

fundamentalmente a las agencias policiales. (ZAFFARONI;
ALAGIA; SKOLAR, 2002, p. 8)¹⁰

É importante notar, entretanto, que apesar de as agências de criminalização secundária procederem a tal seleção, isso não implica que ela o faça de modo arbitrário ou a seu bel-prazer: ela é também condicionada ao poder de outras agências, em especial ao das agências de comunicação social¹¹.

Contudo, embora o poder de outras agências sirva para orientar a seleção operacionalizada pelas agências de criminalização secundária, é sua própria limitação operacional que dá o tom à seleção¹². Em regra, a *criminalização* se traduz na seleção: (a) fatos “brutos” ou grosseiros (a “obra tosca” da criminalidade); e (b) de pessoas que, por sua *incapacidade de acesso ao poder político ou econômico*, causem *menos problemas para serem criminalizadas* (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR,

¹⁰ Tradução livre: “Isso reflete o fato de que as agências de criminalização secundária, dada sua pequena capacidade frente a imensidão do programa que discursivamente se lhes encomenda, devem optar entre a inatividade ou a seleção. Como a primeira acarretaria seu desaparecimento, cumprem com a regra de toda a burocracia e procedem à seleção. Este poder corresponde fundamentalmente às agências policiais.”.

¹¹ Cf., acerca da influência das agências de comunicação social sobre o Direito Penal, o clássico trabalho de BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271-288, 2002. Acerca da influência da mídia especificamente quanto à política de combate às drogas, cf. VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *A Influência da Mídia na Formação da Política de Drogas: O caso dos Estados Unidos da América. Boletim Conteúdo Jurídico*, Brasília, v. 302, 2014.

¹² Já uma verificação de plausibilidade sugere que, no trabalho policial, o princípio da legalidade processual não é realizável. Todas as situações de suspeita precisariam ser classificáveis de modo inequívoco, o que somente por causa da inflação de normas jurídico-penais já é quase impossível. (ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 282).

2002, p. 9). Significa dizer: pessoas a quem a *etiqueta de criminoso* é facilmente aplicada, sem levantar maiores questionamentos por parte da população.

Assim, como essa obra tosca cometida por pessoas a quem facilmente se aplica o rótulo de delinquente são os alvos preferenciais da seleção criminalizante, não é de surpreender que, com o passar do tempo, eles passem a vistos como “os únicos delitos” e, as pessoas que os cometem, como “os *únicos delinquentes*”.

Isto, a seu turno, proporciona um *estereótipo negativo* no imaginário coletivo e, por se tratarem de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todos os *preconceitos* imagináveis, o que termina criando uma *imagem pública de delinquente*, com componentes certos de raça, classe social, idade, gênero e estéticos. No caso brasileiro, um homem negro, pobre, entre 18 e 30 anos e feio, certamente é a imagem pública de delinquente.

As sanções penais sempre recaem sobre os mesmos, que são também os que sofrem perseguição pelos órgãos encarregados da administração da justiça (polícia, juízes e promotores), que exercem mais controle e vigilância sobre esse tipo de pessoa, suas atividades, as zonas onde habitam, fechando assim um círculo que desemboca num processo de criminalização e um controle social, formal e informal, muito mais forte que o exercido sobre outros grupos de pessoas geralmente livre da mácula e da etiqueta de criminoso. Quando se observa o modo de funcionamento dos órgãos encarregados da administração da justiça na realidade, dos parlamentos ou governos encarregados de elaborar as leis penais e de outras instituições de controle social formal ou informal, constata-se, imediatamente, que a etiqueta de criminoso é muitas vezes arbitrária, que não se baseia no dano social do comportamento, mas no fato de pertencer seu autor a determinadas classes sociais, geralmente as mais deterioradas econômica e culturalmente, que não foram

integradas ao sistema criado pelos poderosos e que, portanto, tampouco participam de seus valores e metas culturais. (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 92)

Ou seja, as regularidades de desvalores que as teorias biológicas da Criminologia consideraram causas da criminalidade, em verdade, eram causas de *criminalização*.

Tal constatação explica, ao mesmo tempo, por que é comum se ver “caveirões” irrompendo as favelas do país à procura de usuários e traficantes de drogas, mas nunca se viu sequer uma viatura adentrar um bairro nobre à procura dos usuários e traficantes de drogas sabidamente consumidas pela dita “alta sociedade”, bem como porque aproximadamente 60% da população carcerária nacional é formada por negros e pardos, frente a apenas 37% de brancos, consoante dados colhidos em 2010 (BRASIL, 2011).

De fato, a *seleção criminalizante conforme estereótipos* condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, motivo pelo qual ele é quase inoperante diante de casos que não se enquadrem nesse estereótipo (crimes de colarinho branco, terrorismo, crimes cibernéticos etc.).

La inevitable selectividad operativa de la criminalización secundaria y su preferente orientación burocrática (sobre personas sin poder y por hechos burdos y hasta insignificantes), provoca una distribución selectiva en forma de epidemia, que alcanza sólo a quienes tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más vulnerables a la criminalización secundaria, porque (a) sus personales características encuadran en los estereotipos criminales; (b) su entrenamiento sólo les permite producir obras ilícitas toscas y, por ende, de fácil detección; y (c) porque el etiquetamiento produce la asunción del rol correspondiente al estereotipo, con lo que su

comportamiento termina correspondiendo al mismo (la profecía que se autorrealiza). En definitiva, las agencias acaban seleccionando a quienes transitan por los espacios públicos con divisa de delincuentes, ofreciendo se a la criminalización – mediante sus obras toscas– como inagotable material de ésta. (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p. 10, grifos do original)¹³

Na sociedade, tem lugar uma *formação diferencial*, conforme o grupo a que cada pessoa pertença. Quando uma pessoa comete um delito, ela usa os recursos que sua formação diferencial proporcional: se tais recursos são primitivos ou elementares, não há como o delito ser mais que uma obra tosca.

O *estereótipo criminal* se forma por características ligadas a pessoas de classes sociais desvaloradas – e, portanto, com deficiente formação diferencial – cujos eventuais delitos só podem ser obras toscas. Isso, a seu turno, nada mais faz que *reforçar* os prejuízos existentes.

O sistema penal opera, como se vê, como um *filtro*, selecionando determinadas pessoas, que estão em *situação de vulnerabilidade* frente ao poder punitivo, ou seja, em uma concreta situação de risco criminalizante em que a pessoa se coloca. Essa situação de vulnerabilidade depende de sua correspondência com um estereótipo criminal: quanto

¹³ Tradução livre: A inevitável seletividade operativa da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes), provoca uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que alcança somente àqueles que têm baixas defesas frente ao poder punitivo e tornam-se *mais vulneráveis à criminalização secundária*, porque (a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; (b) sua formação só lhes permite produzir obras ilícitas toscas e, por isso, de fácil detecção; e (c) porque o etiquetamento produz a assunção do papel correspondente ao mesmo (a *profecia que se autorrealiza*). Em resumo, *as agências acabam selecionando aqueles que transitam pelos espaços públicos com estampas de delinquente, oferecendo-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como inesgotável material desta.*

mais corresponda a determinado estereótipo, maior será sua vulnerabilidade (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p.12).

No geral, como a própria seleção já se opera com base em etiquetagens, a pessoa que se enquadra em algum deles não precisa se esforçar para se colocar em situação de perigo. Muitas vezes, apenas ser um negro andando próximo a um local onde há grande incidência de crimes de furto é o suficiente para ser abordado por policiais. Está-se, pois, sempre em um estado de vulnerabilidade elevado. De outro lado, aqueles que não se enquadram no referido estereótipo, devem se esforçar sobremaneira para se colocar em situação de vulnerabilidade¹⁴.

É interessante notar que tais considerações não se tratam de mera elucubração teórica. Em verdade, tais ideias já se encontram, de certa forma, internalizadas na população.

Sílvia Ramos e Leonarda Musumeci, em estudo realizado junto à população do Rio de Janeiro, apontaram que cerca de 60% dos cariocas ouvidos acreditam que a Polícia escolhe pela aparência física quem será abordado, incluindo aí cor da pele (40,1%) e modo de vestir (19,7%). Na opinião de cerca de 60%, os negros são mais parados que os brancos e os pobres mais do que os ricos. Além disso, 43% da população classificaram a PM fluminense como muito racista e, em outra pergunta, 30% afirmaram que ela é mais racista do que o restante da sociedade (2004, p. 6).

Geová da Silva Barros, aplicando questionários e analisando boletins de ocorrências de sete unidades da

¹⁴ Obviamente o sistema penal não filtra apenas as obras toscas. Outras situações podem vulnerabilizar o autor, tais como cometer um crime com brutalidade anormal (criminalização por comportamento grotesco) ou a perda de poder político por aquele que dele se valia para cometer ilícitos (criminalização por falta de cobertura). Tais casos, entretanto, são raros justamente em razão da dificuldade de colocar seus autores em situação de vulnerabilidade. Cf., ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 9-13.

Polícia Militar de Pernambuco, verificou que 65,05% dos profissionais percebem que os pretos e pardos são priorizados nas abordagens, o que corrobora as percepções dos alunos do Curso de Formação de Oficiais e do Curso de Formação de Soldados, com 76,9% e 74%, respectivamente (2008, p. 134).

Resumidamente, podemos lembrar a frase dita ao Monsenhor Óscar Romero, por um camponês em El Salvador: “A lei penal é como a serpente: só pica aos descalços!”.

5 Criminalização, etiquetamento e racismo institucional na polícia

Explicada a forma como agem as agências de criminalização secundária, selecionando os autores que serão etiquetados como criminosos com base em estereótipos e pré-juízos, não é difícil antever que essas pessoas serão, sempre, o alvo favorito dos operadores de tais agências. E, com o passar do tempo, a imagem pública de delinquente fica tão fortemente gravada no seio do sistema que passa a ser, ainda que forma involuntária, parte de seu próprio *modus operandi*.

Na polícia, a agência de criminalização secundária com maior nível de poder criminalizante, a internalização de tal estereótipo – com a consequente busca, sempre, daquelas pessoas a quem a etiqueta de delinquente é facilmente aplicada – é motivo de especial preocupação.

Chama-se *racismo institucional*

quando uma organização ou estrutura social cria um fato social racial hierárquico – um estigma visível, identidades incorporadas e geografias sociais” (AMAR, 2005, p. 234).

É uma forma de tratamento prejudicial onde decisões das agências do sistema penal colocam a cor das pessoas como uma desvantagem significativa.

Indaga-se se existe de fato um racismo institucionalizado no seio do sistema de poder punitivo, especialmente nas corporações policiais.

One possible explanation is that economically deprived persons are more likely to commit the types of crime that come to the attention of the police. Such overrepresentation may also reflect over discrimination in the policies and practices of individual actors and agencies within the criminal justice system. These practices and policies, combined with the depressed socioeconomic levels of many in minority communities, place minority-group members at distinct disadvantages when they come in contact with members of the criminal justice community, be it police on the streets, judges and juries in court, or correctional officers in prison or jail. [...] race and ethnicity do appear to influence processing decision for adults and juveniles in about two-thirds of all court cases. (WINFREE JR; ABADINSKY, 2009, p. 330)¹⁵

Resta, então, saber se a previsão de racismo institucional, extraída dos conhecimentos adquiridos no estudo do processo de criminalização e da teoria do etiquetamento – os quais sugerem que as agências de criminalização secundária terão

¹⁵ Tradução livre: Uma possível explicação é que pessoas economicamente privadas são mais suscetíveis de cometer os tipos de crimes que chegam ao conhecimento da polícia. Tal super-representação também pode refletir a discriminação nas políticas e práticas de atores e agências individuais no sistema de justiça criminal. Essas práticas e políticas, combinadas com o nível de depressão socioeconômica de muitos em comunidades minoritárias, colocam grupos minoritários em distinta desvantagem quando eles têm contato com membros da comunidade de justiça criminal, sejam eles policiais nas ruas, juízes e jurados nas cortes, ou agentes penitenciários nas prisões ou cadeias. [...] raça e etnia parecem influenciar decisões processuais para adultos e jovens em aproximadamente dois terços de todos os processos judiciais.

sua clientela preferencial advinda daqueles em situação de vulnerabilidade elevada, quais sejam, os que se adaptam aos estereótipos aos quais seja mais fácil rotular como delinquente – se confirma no mundo real. E, para tal desiderato, as pesquisas realizadas junto à polícia são as que melhor podem subsidiar o estudioso, pelos motivos já mencionados.

5.1 O perfil racial (*racial profiling*) nos Estados Unidos da América

Kenneth Peak diz que a maior parte dos estadunidenses está convencida de que o sistema de justiça criminal *atrai minorias de forma injusta* para sua rede e que os métodos policiais são a linha de frente dessa prática (2010, p. 129).

Os Estados Unidos talvez sejam um dos países onde o problema do racismo institucionalizado no seio da polícia é mais alarmante, tanto que ali se criou um fenômeno denominado “*racial profiling*” (“perfil racial”), definido como:

... any action undertaken for reasons of safety, security or public protection that relies on stereotypes about race, color, ethnicity, ancestry, religion, or place of origin, or a combination of these, rather than on a reasonable suspicion, to single out an individual for greater scrutiny or different treatment. (ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION, 2003, p. 6, grifos do original)¹⁶

Como a literatura estadunidense revela, as alegações de

¹⁶ Tradução livre: ... Qualquer ação tomada por *razões de salvaguarda, segurança ou proteção pública* que se funde em *estereótipos raciais*, de cor, etnia, ancestralidade, religião ou lugar de origem em vez de fundada suspeita, para escolher um indivíduo para maior escrutínio ou tratamento diferenciado.

que negros e latinos são desproporcionalmente mais visados que brancos em blitz (ali denominadas *traffic stops*) é amplamente comprovada por uma imensa variedade de pesquisas. A expressão “*driving while black*” (“dirigindo sendo negro”, em tradução aproximada) é comumente usada para retratar esse fenômeno (ZILNEY, 2011, p. 218).

O “*Minnesota Statewide Racial Profiling Report*”, um estudo acerca do perfil racial conduzido em 65 jurisdições do estado de Minnesota, em 2003, retratou o seguinte quadro:

Law enforcement officers stopped Black, Latino, and American Indian drivers at greater rates than White drivers, searched Blacks, Latinos, and American Indians at greater rates than White drivers, and found contraband as a result of searches of Blacks, Latinos, and American Indians at lower rates than in searches of White drivers. Conversely, law enforcement officers stopped and searched White drivers at lower rates than drivers of color and found contraband in searches of White drivers at a greater rate than in searches of drivers of color. (COUNCIL ON CRIME AND JUSTICE, 2003, p. 1)¹⁷

Conforme o referido estudo, se os policiais tivessem parado motoristas de todas as raças nas mesmas proporções, aproximadamente *18.800 negros a menos* teriam sido parados e aproximadamente *22.500 mais brancos* teriam recebido a ordem. De 43 jurisdições onde houve significância estatística nos números colhidos, em 38 delas os motoristas *negros* foram

¹⁷ Tradução livre: Agentes de aplicação da lei pararam motoristas negros, latinos e ameríndios em taxas maiores que motoristas brancos, revistaram negros, latinos e ameríndios em taxas maiores que motoristas brancos e encontraram contrabando como resultado de revistas em negros, latinos e ameríndios em taxas menores que motoristas brancos. Por outro lado, agentes de aplicação da lei pararam motoristas brancos em taxas menores que motoristas de cor e encontraram contrabando em revistas em motoristas brancos em uma taxa maior que em revistas em motoristas de cor.

super-representados.

Da mesma forma, em 35 das 37 jurisdições em que foram registradas revistas nos veículos e ocupantes, *negros* foram submetidos a *mais revistas* que brancos. Isso se torna ainda mais preocupante quando se vê que em 24% das revistas em *brancos* encontrou-se *objetos ilícitos*, contra apenas 11% das revistas realizadas em *negros*. Em todas as 37 jurisdições onde números de revistas foram coletados, a taxa de descoberta de objetos ilícitos em *brancos* foi *maior* que em *negros* (COUNCIL ON CRIME AND JUSTICE, 2003, p. 1).

These patterns suggest a strong likelihood that racial/ethnic bias plays a role in traffic stop policies and practices in Minnesota. The same is true for the searches that result from these stops. Taken together, these patterns warrant serious examination. It is fair to conclude that the problems that they suggest are not isolated to a handful of jurisdictions or present only in those jurisdictions that chose to participate in this study. (COUNCIL ON CRIME AND JUSTICE, 2003, p. 2)¹⁸

Estudo intitulado “*Final Report To The North Carolina Advocates for Justice Task Force On Racial and Ethnic Bias*”, após estudar os números fornecidos pelo Departamento de Justiça da Carolina do Norte que cobriam as ordens de parada a veículos de 1º/01/2000 a 14/06/2011, chegou a conclusão semelhante:

¹⁸ Tradução livre: Esses padrões sugerem uma forte possibilidade de que prejuízos raciais/étnicos tenham papel em políticas e práticas de inspeções veiculares em Minnesota. O mesmo é verdadeiro para revistas que resultam dessas inspeções. Tomados juntos, esses padrões requerem sérias considerações. É justo concluir que os problemas que eles sugerem não são isolados a um punhado de jurisdições ou presentes apenas naquelas jurisdições que escolheram participar desse estudo.

Our analysis of over 13 million police stops, based on data collected and made available by the NC Department of Justice and covering all traffic stops in the state from January 1, 2000 through June 14, 2011, shows extensive disparities by race. Black and Hispanic citizens are subject to consistently higher rates of search and arrest than Whites. These disparities are consistent across various reasons for the motorist stop: speeding, running a stop light, etc. However, the disparities appear greatest when the level of officer discretion is highest—seat belts, vehicle equipment, and vehicle regulatory issues. (BAUMGARTNER; EPP, 2012, p. 2)¹⁹

Esse estudo apontou que, não obstante os negros comporem apenas 22% da população geral do estado, eles representam 30% do número total de motoristas parados. Demonstrou também que negros são 77% mais sujeitos a serem revistados que brancos, sendo que em revistas decorrentes de ultrapassagem de limite de velocidade a probabilidade sobe para 80% e, em casos de avanço de sinal, para 98%.

A taxa mais alta encontrada diz respeito a revistas pela violação de não usar cinto de segurança, onde negros possuem probabilidade 223% maior de serem revistados que brancos! Por fim, o estudo deixou claro que, quando drogas são encontradas em tais inspeções, 44% dos brancos são detidos, contra 48% dos negros (BAUMGARTNER; EPP, 2012, p. 4-12).

Loic Wacquant, cuja obra se revela leitura obrigatória

¹⁹ Tradução livre: Nossa análise de mais de 13 milhões de batidas policiais, baseada em dados coletados e colocados à disposição pelo Departamento de Justiça da Carolina do Norte e cobrindo todas as blitz no estado de 1º de janeiro de 2000 até 14 de junho de 2011, mostra extensiva disparidade por raça. Cidadãos negros e latinos estão sujeitos consistentemente a maiores taxas de revista e detenção que brancos. Essas disparidades são consistentes por várias razões para blitz: excesso de velocidade, atravessar sinal vermelho etc. Entretanto, as disparidades parecem maiores quando o nível de discricionariedade do oficial é maior – cinto de segurança, equipamentos veiculares e questões regulatórias do veículo.

para os interessados no tema, assinala que a Unidade de Luta Contra os Crimes de Rua (unidade da polícia de Nova York, nos anos 1990, quando em vigor a política da “Tolerância Zero”), em dois anos de atuação:

... deteve e revistou na rua 45.000 pessoas sob a mera suspeita baseada no vestuário, aparência, comportamento e – acima de qualquer outro indício – cor da pele. Mais de 37.000 dessas detenções se revelaram gratuitas e as acusações sobre metade das 8.000 restantes foram consideradas nulas e inválidas pelos tribunais, deixando um resíduo de apenas 4.000 detenções justificadas: uma em onze. [...] perto de 80% dos jovens homens negros e latinos da cidade foram detidos e revistados pelo menos uma vez pelas forças da ordem. [...] A tolerância zero apresenta, portanto, duas fisionomias diametralmente opostas, segundo se é o alvo (negro) ou o beneficiário (branco), isto é, de acordo com o lado onde se encontra essa barreira de casta que a ascensão do Estado penal americano tem como efeito – ou função – restabelecer e radicalizar. (2001, p. 37).

As pesquisas revelam, pois, que o racismo já é institucionalizado na polícia estadunidense, como previsto pelo funcionamento das agências de criminalização secundária e a teoria do etiquetamento, já que os negros se encontram, sempre, em situação de vulnerabilidade muito alta, de forma que a eles facilmente se associa o rótulo de delinquente. Nada mais natural, então, que, frente às suas reduzidas capacidades operacionais, a polícia busque nessa clientela estereotipada seus alvos preferenciais, sendo eles sempre super-representados em inspeções e revistas aleatoriamente feitas por policiais.

5.2 Abordagens policiais no Rio de Janeiro

Visto que as previsões se mostraram confirmadas na prática da polícia estadunidense, deve-se agora examinar se as práticas policiais brasileiras seguem o mesmo rumo.

Entretanto, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, a situação no Brasil não permite que os dados sejam extraídos de *blitz*, por um motivo simples: em nosso país, os negros são severamente sub-representados na população de motoristas.

É importante lembrar que mais da metade das últimas situações de abordagem relatadas ocorrera em veículos particulares, ou seja, que a experiência que a pesquisa registrou em maior proporção já está previamente filtrada por certos condicionantes demográficos e sociais, como idade mínima para dirigir, renda mínima para possuir um veículo e, muito provavelmente, raça/cor branca – se considerarmos, como aproximação grosseira, os dados do Censo 2000, mostrando que apenas 2% dos domicílios cariocas com responsáveis “pretos” e 7,4% daqueles com responsáveis “pardos” possuíam automóvel para uso particular. Mesmo não havendo como estimar a dimensão e composição da parcela de pessoas que possui e/ou dirige veículos particulares, sabemos que ela não se distribui de forma aleatória pelos grupos étnicos, raciais ou econômicos da população carioca. Logo, qualquer comparação entre o total de pessoas paradas pela polícia (sendo mais de 50% em abordagens automobilísticas) e o total de moradores da cidade tenderá a sub-representar no primeiro grupo os muito jovens e o segmento mais pobre da população, no qual se incluem, majoritariamente, as pessoas negras (RAMOS; MUSUMECI, 2004, p. 7)

Isso impede que se façam correlações entre as práticas

da polícia brasileira e o *racial profiling* americano na forma relatada. A melhor forma de se buscar dados para se confirmar se há predileção por parte da polícia a selecionar a população negra como alvo de suas investidas é utilizar os números referentes a abordagens e revistas pessoais, por dois motivos: (a) as abordagens não dependem da escolha dos cidadãos (diferentemente, por exemplo, da decisão de registrar uma ocorrência ou de acionar a polícia para resolver um problema); (b) elas acontecem fora do contexto da ocorrência criminal, sem informações concretas para fundamentar a suspeita, estando, portanto, mais abertas ao acionamento de estereótipos e preconceitos (RAMOS; MUSUMECI, 2004, p. 1)

Sílvia Ramos e Leonarda Musumeci conduziram estudo, em 2004, no qual buscavam conhecer os mecanismos e critérios de construção da suspeita por parte dos policiais militares, responsáveis pelo policiamento ostensivo, como forma de verificar a possível influência de filtros raciais (e sociais) na definição dos “elementos suspeitos”, ou seja, das pessoas com maior probabilidade de ser paradas e revistas pela Polícia.

Como forma de atingir seus objetivos, inicialmente as autoras fizeram entrevistas com militantes do movimento negro e com jovens envolvidos em trabalhos culturais em comunidades, bem como realizaram quatro grupos focais com jovens de distintos segmentos sociais e diferentes regiões da cidade. Após, aplicou-se um questionário com 79 perguntas a uma amostra de 2.250 pessoas, estatisticamente representativa da população carioca na faixa etária entre 15 e 65 anos, visando conhecer suas experiências e percepções acerca das abordagens policiais na cidade, assim como suas visões gerais sobre Polícia, Justiça, segurança pública e discriminação racial e social. Por fim, realizaram entrevistas abertas com policiais militares de diferentes batalhões do município – comandantes, oficiais e praças –, com o objetivo de compreender a dinâmica e a lógica

das abordagens e *blitz*, e de captar opiniões de segmentos da própria PM a respeito dos temas focalizados pela pesquisa.

O resultado da pesquisa confirma as premissas teóricas até aqui desenhadas.

De fato, ser *parado(a) andando a pé na rua ou em transporte coletivo* é uma experiência que *incide desproporcionalmente sobre os negros*, valendo registrar ainda que esse tipo de abordagem foi registrado em proporções bem maiores nas zonas oeste (31%), nos subúrbios (26%) e na região centro-norte (22%) do que na zona sul da cidade (7%).

Quando se analisam os dados relativos às revistas pessoais, a seletividade racial se torna ainda mais clara. Enquanto as revistas corporais em *blitz* acontecem em apenas em torno de 19% dos casos, ela chega à *metade* em casos de abordagens em *transportes públicos* (ônibus ou trem) e a assustadores 77% dos casos em abordagens a *pedestres*. De acordo com as autoras, 55% das pessoas autotranscritas como pretas e paradas pela Polícia, a pé ou em outras situações, disseram ter sofrido revista corporal, contra 33% do total de brancos parados.

Parece confirmar-se, assim, a ideia de que a Polícia não só para menos transeuntes brancos, mais velhos e de classe média (sobretudo quando circulam por áreas ‘nobres’ do Rio de Janeiro), como tem maior pudor em revistá-los – um procedimento muito fortemente associado à existência de suspeição e considerado em si mesmo humilhante. (RAMOS; MUSUMECI, 2004, p. 9)

As autoras, em suas entrevistas, fizeram algumas perguntas aos policiais militares acerca das *abordagens* por eles realizadas a *peças andando a pé* pelas ruas da cidade. Entre as questões formuladas, algumas são de especial interesse para o tema ora debatido: Há *justificativa técnica* para esse procedimento? Ele se

baseia em *fundadas suspeitas*? Existem sobre ele *diretrizes claras*, que definam *normas, objetivos, funções e resultados esperados*? Há alguma avaliação do seu *custo-benefício*, de seus *efeitos na redução da violência* ou no *aumento da sensação de segurança*? Há *mecanismos institucionais de monitoramento e controle capazes de detectar e minimizar práticas abusivas e discriminatórias* nessa modalidade de ação policial? (RAMOS; MUSUMECI, 2009, p. 10).

As entrevistas com os policiais militares deixaram claro que a resposta a todas essas questões é *negativa* e não existe discurso algum que explique com nitidez o que *leva um policial a abordar e revistar alguém* num ônibus ou na rua.

Falas quase sempre evasivas, defensivas, sugerem a prevalência de critérios individualizados, “*subjetivos*”, “*intuitivos*”, não regulados institucionalmente – vale dizer, a ausência de parâmetros, até mesmo conceituais, que norteiem as decisões num espaço tão aberto ao exercício da discricionariedade policial. Mais do que uma orientação deliberadamente discriminatória, o que se percebe, assim, é a delegação dessas decisões à cultura informal dos agentes, a renúncia a impor-lhes balizas institucionais e, em consequência, um bloqueio de qualquer discussão interna ou externa sobre estereótipos raciais e sociais intervenientes no exercício cotidiano da suspeição. (RAMOS; MUSUMECI, 2009, p. 10).

Um dos entrevistados disse claramente: “A cor, num primeiro momento, pode ser importante para a abordagem.”.

Outra indicação importante de racismo institucional na polícia é a descoberta de um número pequeno, mas, ainda assim, digno de nota, de que numa abordagem policial, a probabilidade de se sofrer *ameaça, intimidação, coação e violência física ou psicológica é maior* para os jovens, para os *negros* e pobres

(RAMOS; MUSUMECI, 2009, p. 10).

5.3 Abordagens policiais em São Paulo

Até onde nosso levantamento bibliográfico permitiu inferir, não fora realizado nenhum estudo focado na seletividade das abordagens policiais no estado.

Contudo, estudo conduzido por Jacqueline Sinhoretto, Giane Silvestre e Maria Carolina Schittler, no ano de 2014, analisou a desigualdade racial operada pela polícia relativamente às prisões em flagrante e letalidade policial. Neste momento, focar-se-á apenas nos números relativos às prisões em flagrante, por serem mais próximas do tema aqui abordado²⁰.

As autoras coletaram os dados utilizados na pesquisa nas tabelas fornecidas pela Secretaria de Segurança Público de São Paulo, as quais traziam a informação cor/raça da pessoa presa.

Segundo apontado pelo estudo, no período de 2008 a 2012, *54,1% dos presos em flagrante são negros*.

É possível observar uma sobrerrepresentação da população negra nas prisões em flagrante, pois quando se calcula a taxa de presos em flagrante no ano de 2012 segundo cor/raça proporcionalmente às populações branca e negra residentes no estado com 18 anos ou mais, a maior incidência das prisões em flagrante sobre a população negra é observada. Enquanto que para cada 100 mil habitantes brancos 14 são presos, para cada 100 mil habitantes negros 35 são presos. (SINHORETTO; SILVESTRE; SCHLITTLER, 2014, p. 22-23)

²⁰ Vale salientar, entretanto, que os dados referentes à letalidade das ações policiais também confirmam a tese aqui sustentada: 61% das vítimas são negras (501 negros de um total de 823 vítimas).

Verifica-se que, embora a *população geral* de *negros* seja de 10.187.982, em 2012 foram *presos em flagrante* 3.592 *negros*, contra 2.682 *brancos*, de uma população de 19.719.035. Ou seja, embora a *população total de negros seja menor que de brancos*, eles representam a *maior parte* dos presos em flagrante do Estado, com uma taxa de 35 por 100.000 habitantes, frente a taxa de 14 por 100.000 habitantes dos brancos.

Por fim, não há como não se destacar a Ordem de Serviço n°. 8º BPMI-822/20/12, confeccionada pelo Comandante da 2ª Cia PM, onde se lê: “focando em abordagens a transeuntes e em veículos de atividade suspeita, *especialmente indivíduos de cor parda e negra*” (grifos ausentes no original).

5.4 Abordagens policiais em Pernambuco

Talvez o mais interessante estudo acerca do racismo institucional na polícia tenha sido aquele conduzido por Geová da Silva Barros, em 2008, no estado do Pernambuco.

O estudo buscou identificar, na prática policial, a existência do componente racial na seleção do indivíduo a ser abordado e aferir a percepção dos policiais quanto ao racismo institucional.

Para tanto – e aí reside a particularidade que o torna extremamente interessante – foi aplicado questionário para 78 alunos do Curso de Formação de Oficiais (CFO) e 376 do Curso de Formação de Soldados (CFSD), a fim de se aferir a percepção do racismo institucional dos futuros profissionais da Polícia Militar. Ademais, entre os já profissionais, 469 responderam ao questionário e foram realizadas 24 entrevistas, havendo assim condições de se estabelecer um paralelo entre as percepções dos policiais experientes e os que ainda estão nas escolas de formação. Além disso, a partir dos Boletins de Ocorrências de sete unidades da Polícia Militar, foi montado

um banco de dados com 1.538 registros de pessoas que foram consideradas suspeitas ou imputadas em ocorrências policiais, em 2004.

Percebe-se, então, que se tem aqui um quadro acerca do racismo institucional da polícia pintado pelos próprios policiais. Resta saber se, tal qual os outros estudos apontam, os próprios policiais militares entendem que há uma seleção preferencial pela polícia a membros de certa raça.

O autor elaborou entrevista com 469 policiais militares, em sua maioria com mais de dez anos de serviço, na qual indagou questões como: “O que para você é mais suspeito?”; “Tendo que fazer uma triagem dos veículos a serem abordados, se você estivesse trabalhando no bloqueio, qual a sua prioridade de suspeição para se fazer a triagem para realizar a abordagem?”; “O que para você é menos suspeito?”.

As respostas apontaram que os profissionais consideram que a situação mais suspeita entre pessoas pretas e brancas, quando na direção de um veículo, é a *preta dirigindo um carro de luxo*: 21,7% apontaram que “*preto dirigindo carro de luxo*” é *situação mais suspeita*, contra apenas 2,6% de “brancos dirigindo carro de luxo” (BARROS, 2008, p. 139).

Nesse aspecto, não havendo nenhuma referência a outras variáveis, pode-se deduzir que a cor constitui o “*filtro*” *principal de suspeição*.

Na mesma toada, na abordagem de condutores tanto de carro de luxo como popular, os *profissionais tendem a priorizar primeiro os negros*, depois os pardos e, por último, os brancos: 77 carros de luxo dirigidos por negros foram parados, contra 19 conduzidos por brancos e 33 carros populares dirigidos por negros foram parados, contra 17 dirigidos por brancos (BARROS, 2008, p. 139).

Confirmando o dito, para os profissionais, o menos suspeito é *uma pessoa branca dirigindo um carro de luxo*: 17,3% dos policiais entrevistados entenderam que “branco dirigindo

carro de luxo” era a situação menos suspeita em uma *blitz*, enquanto apenas 5,3% entenderam que “preto dirigindo carro de luxo” era menos suspeito (BARROS, 2008, p. 140).

Alunos do CFSD, ao serem indagados se já presenciaram policiais em *blitz* agindo de forma diferenciada, em razão da raça dos envolvidos, relataram as seguintes histórias:

“Fui abordado, mandaram que eu deitasse no chão, tendo outro tratamento o motorista do carro que foi abordado em seguida.” (Aluno de cor preta)

“Íamos dar aulas de Educação Física, fomos abordados, porém os policiais interrogaram mais meu amigo por ser negro, estávamos em seu carro.” (Aluno de cor branca)

“Os policiais abordaram um Vectra e um Fusca. Liberando o primeiro, sem que eles (ocupantes) saíssem do carro; enquanto no segundo todos saíram.” (Aluno de cor preta). (BARROS, 2008, p. 140).

Interessante também foram as situações hipotéticas criadas pelo autor. Ele apresenta as respostas das três categorias (policiais e alunos do CFO e CFSD), no caso hipotético em que um trio de policiais é informado pela central sobre a existência de uma *pessoa suspeita em determinada rua* e, ao chegar à rua, o trio avista *dois homens em deslocamento, trajados de forma semelhante, em lados opostos da rua, sendo um branco e outro negro*, devendo o trio *escolher o primeiro a ser abordado*.

Na situação “A”, o respondente apenas está observando o trio de policiais trabalhar, devendo responder qual seria a tendência desse trio. Na situação “B”, o respondente é parte integrante do trio, tendo que responder qual seria a sua tendência.

Os resultados são os esperados frente ao que se apresentou até o momento.

Nas *três categorias*, na situação “A”, verifica-se que

as proporções referentes a *abordar primeiro o preto e depois o branco* são *bem superiores* àquelas para a categoria outra: entre os *policiais militares*, 51,3% abordariam *primeiro o negro*, contra apenas 8,3% que abordariam o *branco primeiro*; entre os *alunos do CFO*, 83,1% abordariam *primeiro o negro*, contra 0% que abordariam *primeiro o branco* (*nenhum dos entrevistados abordaria primeiro o branco!*); já nos alunos do CFSD, 67,9% abordariam o *negro primeiro*, contra 3,9% que abordariam o *branco* em *primeiro* lugar.

Os percentuais na situação “B” também revelam dados dignos de nota quando se percebem as taxas de policiais que *abordariam primeiramente o negro*: 28,0% para policiais; 27,3% para alunos do CFO; e 26,4% para os do CFSD.

A proximidade entre os percentuais dos profissionais, muitas vezes com mais de 15 anos de atividade, e dos alunos, em especial os do CFSD com menos de três meses de curso, permite inferir que os policiais militares reproduzem o preconceito racial que já trouxeram quando ingressaram na Polícia Militar. (BARROS, 2008, p. 141-142)

As respostas dadas pelos policiais ao caso hipotético, na situação “A”, não deixam dúvidas. “O cara vai logo ao negro, sempre foi assim, sempre vai ser assim.”, foi a resposta de um Soldado. “De imediato o preto, digo sem medo de errar.”, disse outro Soldado. “O negro, com certeza.”, foi a resposta de um Capitão. Já na situação “B”, o quadro não se altera de maneira significativa: “Abordaria os dois [...] caso não fosse possível, a tendência seria abordar o negro, por uma questão cultural.”, foi a resposta de um Capitão PM. “Em primeiro lugar abordaria o negro.”, disse outro Capitão. “Talvez o negro, inconscientemente.”, foi dito por um Tenente (BARROS,

2008, p. 142).

Já no que se refere às abordagens de iniciativa da própria viatura, registradas em BO, o mesmo padrão é observado. Em Olinda, das 167 pessoas registradas, 58 foram abordadas a partir da iniciativa dos componentes da guarnição. Desses, 27 eram pardos, correspondendo a 65,8%; três eram brancos (7,3%); e 11 eram pretos (26,8%). De acordo com o Censo Demográfico 2000 (IBGE), os brancos respondiam por 41,12% da população total do município, os pardos por 51,68% e os negros por 5,4%. Dessa forma, verifica-se que os brancos estão sub-representados na iniciativa da guarnição em abordar, enquanto os negros e os pardos estão super-representados. Isso se repete também nas cidades de Paulista e Recife (BARROS, 2008, p. 143-144).

O autor aponta também que a maioria dos policiais relatou que *há uma seleção de prioridade nas abordagens em virtude da cor, que há policiais negros que também discriminam* e que *já haviam presenciado brincadeiras que envolviam a cor negra* (BARROS, 2008, p. 145-146).

Segundo o autor, 65,05% dos policiais têm a percepção de que os negros são abordados em primeiro lugar, enquanto 34,95% responderam que não há preferência. Ao serem indagados acerca do motivo pelo qual abordam primeiramente os negros, 22% responderam que o motivo era que a *maioria dos presos/detidos é negra ou parda*, inferindo-se daí que a *cor negra* ou *parda é fator predisponente para o cometimento do crime*. Esse estereótipo do *negro como tendente ao crime* deixa ver a presença de racismo institucional, o qual pode ser visto ou detectado em processos, atitudes e comportamentos que totalizam em discriminação por preconceito involuntário, ignorância, negligência e estereotipação racista (BARROS, 2008, p. 147-148).

Vê-se, pois, claramente a presença de racismo institucional no seio da polícia militar do estado. Não há como não identificar a situação de vulnerabilidade bastante elevada em que os negros se encontram nas ações policiais. Essa situação é a característica crucial na definição de racismo institucional e é reconhecida pelos próprios milicianos.

6 Conclusão

O poder punitivo estatal não opera de forma igualitária, atingindo a todos indistintamente, e sim na forma de funil, selecionando apenas uns poucos infratores para persecução. A cifra negra da criminalidade demonstra de forma inequívoca que, apesar da ubiquidade do delito, nem todos os criminosos assim o são considerados; somente o são aqueles a quem o sistema decide, seletivamente, investigar. Criminosos não são aqueles que cometem crime, e sim aqueles a quem a sociedade assim decide considerar. Delinquente nada mais é que uma etiqueta que a sociedade aplica, de forma arbitrária e seletiva, a alguém.

Em razão de sua reduzida capacidade operacional, já que não pode investigar todos delitos, a polícia acaba por selecionar como objeto de persecução as “obras toscas” da criminalidade, cometida por pessoas de baixa formação diferencial e sem acesso aos discursos econômicos, políticos e sociais dominantes.

Tais pessoas estão sempre em situação de vulnerabilidade elevada frente ao poder punitivo, já que se enquadram no estereótipo que a sociedade estipulou para a imagem pública de delinquente. A eles, a etiqueta de criminoso é facilmente aplicada em qualquer situação. O componente racial de tal estereótipo, vinculado à raça negra, é de extrema importância no processo de etiquetagem.

Pesquisas realizadas no Brasil e nos Estados Unidos da América encontraram de forma consistente que negros são super-representados em todos os tipos de abordagens policiais, sejam ordens de parada em veículos (nos Estados Unidos), sejam em abordagens em transportes públicos ou a pé (Brasil).

Os dados apontam maior vigilância policial sobre a população negra, que se reflete na concentração do número de abordagens especificamente sobre este grupo. Tais abordagens não decorrem de uma investigação criminal prévia, a indicar que os negros são parados com maior frequência do que brancos, pois são mais visados pela ação policial.

Do que se pode extrair das pesquisas que a vigilância policial seleciona de forma discriminatória, com base predominante racial, as pessoas negras e as reconhece como suspeitos criminais, parando-as em maior intensidade, ao passo que os brancos, menos visados, são parados com menor frequência em sua prática delitiva.

As pesquisas realizadas são unânimes em apontar a tendência de continuidade da vigilância sobre negros. O fato de todas apontarem, sem margens para dúvidas, a predileção das agências policiais por abordarem negros, em detrimento de brancos, sinaliza que tais práticas foram incorporadas à cultura policial, ou seja, balizam o racismo institucional.

Poder-se-ia dizer que tal predileção policial não se dá em razão da raça, e sim de classe social: negros são mais comumente abordados não em razão de sua raça, mas sim pelo fato da maior parte dos pertencentes às baixas classes sociais serem negros. Contudo, as situações apontadas nas pesquisas, nas quais brancos e negros estão vestidos de forma semelhante ou que negros dirigiam carros de luxo, a excluir todas as outras variáveis que não as raças dos envolvidos, demonstram que a raça ainda é o fator primordial de escolha para abordagem, não obstante a classe social possa funcionar como concausa.

Também se poderia afirmar que tais práticas não podem ser generalizadas a toda a corporação policial, de forma que não configuram racismo institucional, e sim desvio de caráter individual dos policiais envolvidos. Sem embargo, o fato de todas as pesquisas, realizadas em diferentes estados do Brasil e por todo os Estados Unidos, apontarem os mesmos resultados, torna difícil sustentar que não se trata de um traço característico do *modus operandi* das próprias agências de criminalização secundária, ainda mais quando os próprios policiais e a maior parte da população veem o racismo como característica da instituição.

A estereotipação racista, a atingir aqueles em elevada situação de vulnerabilidade frente ao poder punitivo, é traço que não pode ser ignorado na seleção operada pelas agências de criminalização secundária, em especial as agências policiais, e fazem uma triste profecia se autorrealizar: cada vez mais se torna fácil a etiquetagem daqueles que já se espera serem delinquentes.

Criminalization, Labeling Approach and Institutionalized Racism in Police: the self-realization of a bitter prophecy

Abstract: This paper discusses criminalization process, labeling approach criminological theory and institutionalized racism in American and Brazilian police. Along this line, it problematizes the subject with the following question: primary and secondary criminalization process and labeling theory favor and explain the formation of institutionalized racism within law enforcement agencies? After conducting a preliminary analysis of the criminalization process and labeling theory, the paper introduces a discussion on the topic, pointing out the need to understand the institutionalized racism within the law enforcement agencies as the result result of perceived

preference of the agencies of the criminal justice system for a clientele sought in the lower layers of the population. In addition, the article includes a theoretical doctrine founded on the most modern criminal law and criminology, follows the guidelines of the deductive method and uses the literature search as data collection technique.

Keywords: Criminalization. Labeling Theory. Institutionalized Racism. Racial Profiling. Police approach.

Referências

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMAR, Paul. Táticas e termos da luta contra o racismo institucional nos setores de polícia e de segurança. In: RAMOS, S.; MUSUMECI, L. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271-288, 2002.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, ano 2, n. 3, p. 134-155, jul./ago. 2008.

BAUMGARTNER, Frank R.; EPP, Derek. *North Carolina Traffic Stop Statistics Analysis. Final report to the North Carolina Advocates for Justice Task Force on Racial and Ethnic bias*. Chapel Hill: University of North Carolina at Chapel Hill, 2012.

BECKER, Howard S. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BRASIL, Ministério da Justiça. *Departamento Penitenciário Nacional – Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen)*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITE>

MIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>.
Acesso em: 04 fev. 2015.

COUNCIL ON CRIME AND JUSTICE. *Minnesota Statewide Racial Profiling Report: All Participating Jurisdictions. Report to the Minnesota Legislature. September 22nd, 2003*. Minneapolis: Council On Crime and Justice, 2003.

ERICKSON, Kai Theodor. *Wayward Puritans*. New York: Wiley, 1966.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION. *Paying the Price: The human cost of racial profiling. Inquiry Report*. Toronto: Ontario Human Rights Commission, 2003.

PEAK, Kenneth J. *Justice Administration: Police, courts and corrections management*. 6. ed. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2010.

RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. “Elemento Suspeito”. Abordagem policial e discriminação na cidade do rio de janeiro. *Boletim Segurança e Cidadania*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 8, p. 1-16, dez. 2004.

SCHUR, E. *Labeling Deviant Behavior: Its sociological implications*. New York: Harper and Row, 1971.

SELL, Sandro César. A etiqueta do crime. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10290>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina. *Desigualdade Racial e Segurança Pública em São Paulo. Letalidade policial e prisões em flagrante. Sumário Executivo*. São Carlos: Universidade Federal de São Carlos, 2014.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. A Influência da Mídia na Formação da Política de Drogas: O caso dos Estados Unidos da América. *Boletim Conteúdo Jurídico*, Brasília, v. 302, 09-14 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-influencia-da-midia-na-formacao-da-politica-de-drogas-o-caso-dos-estados-unidos-da-america,48564.html>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

WACQUANT, Loic. *As Prisões da Miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

WINFREE JR, L. Thomas; ABADINSKY, Howard. *Understanding Crime: Essentials of Criminological Theory*. 3. ed. Belmont: Wadsworth, Cengage Learning, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZILNEY, Lisa Anne. *Drugs: Policy, Social Costs, Crime, and Justice*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2011.

Descentralização da competência da gestão ambiental no Amazonas: Aspectos legais e práticos

*Lais Rejane de Carvalho Freitas**

*Miguel Petrere Jr ***

Sumário: 1 Introdução. 2 O Modelo Federativo Brasileiro. 2.1 A Federação Brasileira. 2.2 O Município como ente federativo. 3 Competência no Estado Federal Brasileiro. 3.1 Competência Ambiental Constitucional. 4 A Política Nacional do Meio Ambiente como Instrumento de Descentralização da Gestão Ambiental. 5 Licenciamento Ambiental. 6 Situação Atual do Processo de Municipalização da Gestão Ambiental. 7 Descentralização da Gestão Ambiental. 8 Consórcios como Instrumento de Descentralização da Gestão Ambiental. 9 Cooperação entre as Unidades da Federação. 10 Conclusão. Referências.

Resumo: A questão da repartição de competências entre os entes da Federação encontra-se devidamente prevista na Constituição Federal de 1988, inclusive no que diz respeito à repartição de competência em matéria ambiental. Todavia, na prática, tal repartição de competência não é devidamente observada, trazendo dúvidas e inúmeros prejuízos para os administrados. Essa inobservância se deve, precipuamente, à falta de uma atuação efetiva dos órgãos municipais de meio ambiente, os quais, muitas vezes, não dispõem de pessoal habilitado e equipamento mínimo para execução de seu mister. Diante desse problema, a cooperação entre as unidades da Federação se mostra como alternativa plenamente viável para a execução efetiva da

* Promotora de Justiça. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Especialista em Direito Público e Administrativo pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Uso de Recursos Renováveis da Universidade Federal de São Carlos, Campus de Sorocaba, PPGPUR.

descentralização da gestão ambiental, trazendo-a para mais próximo da sociedade.

Palavras-Chave: Constituição. Federação. Competência Ambiental. Gestão Ambiental. Descentralização. Cooperação.

1 Introdução

A despeito da Constituição Federal de 1988 ter inovado com a apresentação da repartição da competência, inclusive em matéria ambiental, no Estado do Amazonas, especialmente em Manaus e em particular no município de Caapiranga, tal repartição não é devidamente considerada para efeito de descentralização da gestão ambiental, causando dúvidas aos operadores do Direito e à sociedade em geral por não ser possível precisar com exatidão quando a atribuição concerne ao Órgão Estadual ou ao Órgão Municipal.

Isto porque, decorridos mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, e considerando a persistência de dúvidas quanto à observância da repartição de competência executiva no que concerne à proteção legal do meio ambiente, o esclarecimento de tais questões mostra-se imperioso, a fim de dar efetividade à ideia do constituinte. Neste artigo, delimitou-se a atribuição de cada ente federativo (União, Estado, Distrito Federal e Município) no que diz respeito à matéria ambiental, de modo a possibilitar a análise das carências dos mesmos para que a descentralização da gestão ambiental se realize, seja no aspecto legal ou material.

Observou-se que, enquanto em Manaus as atuações dos órgãos responsáveis pela gestão ambiental como: IBAMA (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis), IPAAM (Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas) e SEMMAS (Secretaria Municipal de Meio

Ambiente e Sustentabilidade) se confundem, o interior do Estado carece da atuação efetiva de qualquer desses órgãos, seja em decorrência da vastidão de seu território, seja pela falta de estrutura municipal para se implementar a descentralização da gestão ambiental.

Por outro lado, não há dúvidas de que tal descentralização é viável, na medida em que ela já vem sendo colocada em prática, como na saúde, conforme previsão constitucional, e, mais recentemente, com um convênio de Repartição de Competência celebrado entre o IPAAM e a SEMMAS, com a interveniência da Secretaria Estadual do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SDS) e a Prefeitura de Manaus.

2 O modelo federativo brasileiro

2.1 A federação brasileira

O estudo da Federação, no presente artigo, objetiva analisar os fundamentos da repartição constitucional de competências, até porque o Princípio Federativo constitui uma das bases da Constituição, a qual lhe concedeu tanta relevância que impossibilitou sua alteração até mesmo por via de emenda constitucional.

A Federação surgiu nos Estados Unidos da América, como forma de resolver o problema da convivência harmônica das originais treze colônias inglesas tornadas Estados independentes e que pretendiam adotar uma forma de poder político unificado. Assim, segundo Celso Ribeiro Bastos¹, surgiu “a Federação como uma associação de Estados pactuada por meio da Constituição”.

Desse modo, a Federação implica numa repartição de

¹ BASTOS, 1998, p. 282.

competências entre o poder central, representado pela União, e as organizações regionais, em geral conhecidas por Estados-membros. Tal partilha de competências, inserida na própria Constituição, mostra-se rígida, pois somente pode ser alterada através de emenda constitucional.

Na Federação, em princípio, as pessoas encontram-se submetidas a dois poderes políticos num mesmo território: o regional e o central, cada um atuando nos estritos limites de sua competência, cuja repartição consta da Constituição.

Ao lado da descentralização do poder, a Federação se caracteriza pela existência do que Celso Ribeiro Bastos chamou de “fenômeno associativo” ou de “agrupamento de Estados preexistentes”.

Como foi mencionado, nos Estados Unidos da América, a Federação foi formada a partir da associação das treze colônias inglesas tornadas independentes e com anseio de constituir um Estado unitário. Todavia, também é possível atingir a federação por meio da operação inversa, ou seja, pela desagregação desse mesmo Estado unitário. Isso ocorre quando o Estado unitário se separa em diversas unidades autônomas, as quais constituirão seus Estados-membros, aos quais são conferidos amplos poderes, além de possuírem Constituições próprias, um Legislativo, um Executivo e um Judiciário restritos a seu âmbito de atuação.

A República Federativa do Brasil constitui um exemplo dessa segunda forma de Federação, uma vez que é formada pelo poder central (União) mais os poderes locais ou regionais (Estados-membros), além dos Municípios, no caso específico do federalismo brasileiro, os quais gozam de autonomia similar à dos Estados.

Especificamente no que concerne à repartição de competências, a Teoria dos Poderes Implícitos, consistente na técnica de competências enumeradas da União e competências

remanescentes dos Estados-membros, permanece como um elemento indispensável à Federação.

Podem-se citar, ainda, outras características de uma federação, segundo Celso Ribeiro Bastos²:

- a união de certas entidades políticas autônomas (os Estados) para finalidades comuns;
- a divisão do poder legislativo entre o governo federal e os Estados componentes, divisão regida pelo princípio de que o primeiro é um 'Governo de poderes enumerados', enquanto os últimos são governos de 'poderes residuais';
- a operação direta, na maior parte, de cada um desses centros de governo, dentro de sua esfera específica, sobre todas as pessoas e propriedades compreendidas nos seus limites territoriais;
- a provisão de cada centro com o completo aparelhamento de execução de lei, quer por parte do Executivo, quer do Judiciário.

O Estado Brasileiro, na Constituição de 1988, inclui os Municípios e o Distrito Federal na sua estrutura de Federação, sob o argumento de que a descentralização do poder representa instrumento fundamental para o exercício da democracia, pois quanto mais perto estiver a sede do poder decisório daqueles que a ele estão sujeitos, maior a probabilidade do poder ser exercido de forma democrática.

Por outro lado, considerando a Constituição de 1988, a realidade não confirma tal importância do princípio federativo, pois não há que se negar que a autonomia estadual é mínima, muitos Estados-membros não têm condições de sobreviver financeiramente sem contar com o suporte do Governo Federal, situação essa que se agrava quando se trata dos Municípios.

Agravando ainda mais a situação, a partilha constitucional

² BASTOS, op. cit., p. 289.

de competências não é realizada com equidade entre Estados e Municípios, de modo que resta sob o manto da União a determinação das diretrizes a prevalecerem em todos os legislativos.

Tendo em vista que o Município é um ente federativo característico da Federação Brasileira, nada mais justo que lhe conceder um estudo mais atento a seguir.

2.2 O Município como ente federativo

O Município assumiu todas as responsabilidades concernentes à ordenação da cidade, organização dos serviços públicos locais, além da proteção ambiental de sua área.

Com a Constituição de 1988, ocorreu a ampliação da autonomia municipal no campo político, administrativo e financeiro, tendo-lhe assegurado, inclusive, o poder de elaborar sua lei orgânica.

Além da competência privativa do Município para as matérias previstas no art. 30, a Constituição de 1988 lhe concedeu competência comum com a União, Estados-Membros e Distrito Federal, na forma do seu art. 23.

A autonomia municipal, por sua vez, constitui matéria intangível na Constituição de 1988, tanto que autoriza a intervenção federal, com a finalidade de mantê-la ou restaurá-la, na hipótese de inobservância de tal prerrogativa pelo Estado-Membro (art. 34, VII, “c”).

Outrossim, a CF/88 enumerou outros princípios asseguradores da autonomia municipal nos seus três vértices político, administrativo e financeiro:

- a. Poder de auto-organização;
- b. Eletividade do prefeito, vice-prefeito e dos vereadores e legislação acerca de assuntos de interesse local;

c. Administração própria, organização dos serviços públicos locais e ordenação do território municipal;

d. Decretação de tributos e aplicação das rendas municipais.

É importante destacar, segundo Hely Lopes Meirelles³, a autonomia municipal nada mais é que

um direito público subjetivo do Município, para cuja tutela dispõe o seu titular de todas as ações e recursos processuais, oponíveis a qualquer poder, órgão, autoridade ou particular que obste ou embarce o seu exercício.

O ponto central da competência administrativa do Município está inserido no inciso I, do artigo 30, da Constituição Federal de 1988, com a discriminação das matérias enumeradas nos incisos seguintes (II a IX).

De acordo com o citado dispositivo legal, compete aos Municípios “legislar sobre assuntos de interesse local”.

O termo *interesse local* veio substituir o *peculiar interesse* existente nas cartas políticas anteriores, caracterizando-se pela *predominância* (e não exclusividade) do interesse para o Município, em detrimento dos demais entes da Federação, uma vez que não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional.

A enumeração, mesmo que não taxativa, das matérias de interesse local mostrar-se-ia inútil e incompleta, porque a atividade do Município, a despeito de restrita aos limites de seu território, alcança os mais variados aspectos, além de se apresentar variável nas diferentes localidades.

Há, ainda, matérias que estão sujeitas simultaneamente

³ MEIRELLES, 1994, p. 84.

à regulamentação dos três entes (União, Estados-Membros e Municípios), pois sobre cada aspecto do assunto há a predominância do interesse de uma das três entidades, sendo que quando tal predominância se refere ao Município, a ele cabe regulamentar a matéria, diante de seu *interesse local*.

Ressalte-se que embora algumas atividades sejam tuteladas ou combatidas pela União e/ou pelos Estados-Membros, deixam remanescer aspectos incidentes sobre o interesse local, e sobre os quais cabe intervir, diante do seu poder de polícia municipal.

Igualmente, em termos constitucionais, a autonomia do Município recebe uma proteção que torna inadmissíveis e nulos quaisquer atos legislativos praticados na esfera de poder do Estado-membro tendentes a invadir ou reduzir tal autonomia. Ressaltando-se que o Município se caracteriza pela auto-organização, autogoverno, autoadministração e autofinanciamento.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e das Constituições Estaduais no ano seguinte, paulatinamente os Municípios foram criando suas normas relacionadas à proteção ambiental, vez que a tendência tem sido que as esferas superiores de governo deleguem uma parte de suas atribuições e serviços para esferas inferiores, especialmente no âmbito municipal.

Segundo Andreas Junior Krell⁴,

a razão para essa prática, adotada, sobretudo em países desenvolvidos, é aliviar a estrutura administrativa superior e entregar determinados serviços a um nível de governo mais perto da população, facilitando assim o controle da comunidade sobre a qualidade e a eficiência da prestação dos mesmos.

⁴ KRELL, 2005, p. 312.

Por outro lado, o repasse de encargos públicos para os Municípios implica, dentre outras medidas a transferência de recursos financeiros, o estabelecimento de normas e parâmetros a serem observados uniformemente pelas entidades que receberem a delegação, além da prestação de assessoria técnica e treinamento, a fim de que as Prefeituras tenham condições de desempenhar satisfatoriamente as novas responsabilidades que lhes foram repassadas.

Inegável, também, a desigualdade entre os Municípios brasileiros, na medida em que apenas 50 das 4100 municipalidades existentes em julho de 1988 recolhiam, a partir da própria base tributária, mais de 50% da receita disponível.

De fato, o não reconhecimento do postulado da desigualdade dos iguais impede que a União se desencarregue da execução de programas de desenvolvimento urbano e da formulação e da implementação de políticas públicas voltadas ao interesse do Município. Até porque, a ideia da falsa isonomia municipal resulta no comprometimento da consciência minimamente segura de quem faz o quê e até onde, ou seja, das competências de cada ente da Federação.

As desigualdades entre os Municípios ocorrem, principalmente, porque os constituintes não estabeleceram critérios técnicos e financeiros capazes de impedir a criação de Municípios inviáveis, resultando na excessiva pulverização de recursos.

Atualmente, a implementação das competências constitucionais mostra-se comprometida, pois, se por um lado a Constituição outorgou um leque de relevantes funções aos Municípios, por outro não cuidou de prever meios financeiros e técnicos capazes de assegurar a realização dessas funções, sendo a cooperação entre os entes uma alternativa possível.

3 Competência no Estado Federal Brasileiro

O art. 1º da Constituição da República de 1988 demonstra que o Brasil é uma Federação, “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”.

A Federação, como forma de Estado, apresenta como características primordiais a existência de um Estado soberano, composto de Estados autônomos, dotados de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração. Além disso, tem como base jurídica uma Constituição, na qual estão fixados os fundamentos essenciais de suas relações recíprocas.

A autonomia dos Estados se consubstancia na sua capacidade de auto-organização, de autolegislação, de autogoverno e de autoadministração.

No art. 25, da CF, segundo o qual “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”, encontram-se consagradas as capacidades de auto-organização e de auto legislação.

A capacidade de autogoverno tem seu fundamento nos arts. 27, 28 e 125, os quais dispõem sobre os princípios de organização dos poderes estaduais, respectivamente: Poder Legislativo, através das Assembleias Legislativas; Poder Executivo, exercido pelo Governador e Poder Judiciário, representado pelo Tribunal de Justiça e juízes.

A capacidade de autoadministração decorre das normas que distribuem as competências entre União, Estados e Municípios, em especial no art. 25, §1º, segundo o qual “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”

Exatamente na Constituição pode-se encontrar outra característica do Estado Federal consistente na repartição de

poderes entre os entes da Federação.

A Constituição de 1988 adotou o sistema de competências ou poderes reservados ou enumerados para a União e para os Municípios, ficando os remanescentes com os Estados (art. 25, §1º).

Poderes reservados são os enumerados na Constituição como pertencentes à União e aos Municípios, e também os que estão ínsitos naqueles e nos princípios constitucionais adotados. Daí a existência de poderes explícitos e poderes implícitos, constituindo as reservas da Constituição.

Poderes explícitos são aqueles que estão literalmente expressos no texto constitucional (arts. 21 e 22, para a União, e art. 30, para os Municípios).

Poderes implícitos são os que resultam como consequência lógica e necessária de um poder explícito, ou dos princípios adotados pela Constituição. Exemplo da primeira hipótese: do poder explícito de instituir um tributo, resulta o poder implícito de arrecadá-lo. Exemplo da segunda hipótese: do princípio federativo resulta para a União o poder de dividir o território nacional em estados autônomos.

Remanescem para os Estados-Membros todos os poderes que não estão reservados expressa ou implicitamente à União e aos Municípios.

3.1 Competência ambiental constitucional

Segundo José Afonso da Silva⁵,

a Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se até dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista.

⁵ SILVA, 2009, p. 835.

Assumi o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título Da Ordem Social. Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional.

Não há dúvidas de que a questão ambiental foi tema recorrente nas discussões da Constituinte, resultando na relevância conferida ao tema na atual Constituição.

Por outro lado, a repartição de competências em matéria ambiental é tema complexo, na medida em que coexistem competências privativas, comuns e concorrentes para as três entidades integrantes da Federação (União, Estados-membros e Municípios).

Seguindo a classificação proposta por Manoel Gonçalves Ferreira⁶, a competência constitucional em matéria ambiental pode ser considerada segundo a natureza e a extensão, sendo a primeira subdividida em executivas, administrativas e legislativas; enquanto a segunda, em exclusivas, privativas, comuns, concorrentes e suplementares.

A competência executiva reserva a determinada esfera do poder o direito de estabelecer e executar diretrizes, estratégias e políticas relacionadas ao meio ambiente; a competência administrativa, por sua vez, traz consigo o sentido de implementação e fiscalização, ou seja, remete ao exercício do poder de polícia pelas entidades federativas com o propósito de proteger e preservar o meio ambiente; finalmente, a competência legislativa refere-se à capacidade outorgada a um ente da Federação para legislar sobre questões referentes à temática ambiental. Quanto à extensão, as competências ambientais podem ser classificadas como exclusivas, privativas, comuns, concorrentes e suplementares. A competência exclusiva

⁶ FERREIRA, 2008.

(...) exclui os demais entes federativos do seu exercício; a privativa, embora também seja específica de determinado nível de governo, admite delegação ou complementaridade; a competência comum, também denominada cumulativa ou paralela, é exercida de forma igualitária por todos os entes que compõem a Federação; a concorrente, por sua vez, prevê a possibilidade de disposição sobre determinada matéria por mais de um ente federativo, havendo, entretanto, uma primazia por parte da União quanto à fixação de normas gerais; finalmente, a competência suplementar indica a possibilidade de edição de normas que pormenorizem normas gerais existentes ou supram a sua ausência ou omissão.

É importante destacar que enquanto as competências privativas podem ser delegadas, as competências exclusivas devem ser exercidas por um único ente da Federação, cuja competência lhe é atribuída constitucionalmente. E, de acordo com a repartição constitucional da competência, os Estados e os Municípios, ao contrário da União, possuem apenas competências exclusivas (de natureza executiva e legislativa), sendo que, em geral, as competências privativas são enumeradas.

As competências materiais da União estão dispostas no art. 21 da CF/88, na qual lhe é conferida competência para o desempenho de certas atividades de cunho político, administrativo, econômico ou social e que, por sua natureza, estão inseridas na órbita do Poder Executivo, pressupondo seu exercício a tomada de decisões governamentais e a utilização da máquina administrativa.

Assim, compete exclusivamente à União, na forma do art. 21, da CF/88:

- elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (inc. IX).

Tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o inciso VIII, do art. 30, da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 30 – Compete aos Municípios:

(. . .)

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Assim, a despeito de se tratar de competência exclusiva da União, essas atribuições possuem relação direta com os Municípios.

- planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, em especial as secas e inundações (XVIII).

De fato, cabe à União, como Poder Central, o desenvolvimento de metas específicas sobre a competência executiva dos Estados, dispondo explicitamente apenas sobre a competência da União e dos Municípios, resta aos Estados a matéria remanescente.

- instituir um sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso (XIX).

Para tanto já foi promulgada a Lei n. 9.433/97 que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

- instituir diretrizes básicas para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (XX).

Mais uma vez tem-se um tema com maior impacto no âmbito Municipal, porém, frise-se, a competência da União

restringe-se a traçar as diretrizes básicas para o desenvolvimento urbano, cabendo aos Municípios adequar essas diretrizes genéricas à sua realidade local.

- explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (XXIII).

A relevância do tema justifica a competência da União, sendo que as eventuais atribuições concedidas aos Estados-membros e aos Municípios se restringem à possibilidade de opinar nos estudos ambientais na fase de implantação do empreendimento e de fiscalizar tais atividades.

Todavia, o citado art. 21 não esgota a relação das competências materiais privativas da União no que concerne à questão ambiental, podendo ser encontrados outros exemplos nos artigos 176 e 177 da CF/88.

O art. 22 da CF/88 apresenta o elenco de competências legislativas da União, sempre relacionadas às suas competências de execução, denotando a intenção do constituinte de submeter ao controle do poder central certas atividades mais relevantes, como direito agrário, desapropriação, águas e energia, jazidas, atividades nucleares.

Por outro lado, o parágrafo único do citado art. 22 estabelece que os Estados também poderão ser autorizados a legislar sobre questões específicas de tais matérias, desde que haja lei complementar nesse sentido.

Outrossim, a despeito da competência legislativa privativa da União, os demais entes da Federação não tem seu dever de fiscalização afastado, uma vez que estão mais próximos das realidades locais.

No que concerne à competência executiva dos Estados, a

Constituição Federal de 1988 não dispôs de forma específica, dispondo explicitamente apenas sobre a competência da União e dos Municípios, resta aos Estados a matéria remanescente.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§1º - São reservados aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição

Isto significa que toda matéria que não for da competência federal ou municipal será, de forma residual, competência estadual.

Destaque-se que, de acordo com o art. 25, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, os Estados possuem poderes exclusivos de natureza executiva para explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços de gás canalizado e instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamento de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Quanto à competência dos Municípios na Federação Brasileira, esta é consequência do reconhecimento da sua autonomia político-administrativa, bem como da adoção da ideia de “interesse local”, como vetor preponderante da identificação de sua competência.

Isto porque, na forma do art. 30, I, da Constituição Federal, *competete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local.*

Todavia, a imprecisão da expressão *interesse local* tem ensejado inúmeros questionamentos, pois qual o assunto ambiental de interesse federal ou estadual que não interessa à

comunidade?

Para Paulo Affonso Leme Machado⁷ (2001),

O ‘interesse local’ não precisa incidir ou compreender, necessariamente, todo o território do Município, mas uma localidade, ou várias localidades, de que se compõe um Município ... Portanto, pode ser objeto de legislação municipal aquilo que seja da conveniência de um quarteirão, de um bairro, de um subdistrito ou de um distrito.

Destaque-se que a ideia de “interesse local” não se caracteriza pela *exclusividade* do interesse, mas pela sua *predominância*, de forma que caberá aos Municípios legislar sobre todas as matérias em que seu interesse prevaleça sobre o interesse dos demais entes federativos.

Por outro lado, haverá situações em que não será possível evitar que determinado tema de *interesse local* alcance também a esfera estadual ou nacional, cabendo aos Municípios, em tais situações, legislar dentro dos limites do seu interesse prevalente.

A Constituição Federal também assegurou aos Municípios a competência suplementar, conforme o inciso II, do art. 30, sendo que a competência suplementar é constituída pelas competências supletiva (quando os Municípios suprem lacunas existentes na lei federal ou estadual) e complementar (quando se limitam a detalhar a norma federal ou estadual).

Em seguida, nos incisos III, IV, V e VIII, do art. 30, da Constituição Federal, estão enumeradas competências político-administrativas dos Municípios, como forma de demonstrar a importância desses assuntos serem resolvidos pelos Municípios, privilegiando as pessoas diretamente

⁷ MACHADO, 2001, p. 359.

envolvidas com o problema.

O art. 24, da Constituição Federal, traz a competência legislativa concorrente, possibilitando a disposição sobre determinada matéria pela União, pelos Estados e Distrito Federal, sendo que caberá à União o estabelecimento de normas gerais, restando aos Estados a competência para suplementá-las.

Cabe às normas gerais estabelecer princípios fundamentais, gerais e abstratos, que não incidam no campo de atuação dos Estados e do Distrito Federal.

A despeito dos Municípios terem sido excluídos do exercício da competência legislativa concorrente, as normas gerais editadas pela União não poderão imiscuir-se em assuntos que devam ser tratados em âmbito municipal (*interesse local*).

Caso não haja atuação normativa da União, poderão os Estados exercer a competência legislativa plena e estabelecer normas gerais, tendo em vista o atendimento de suas peculiaridades. Porém, com o advento de lei federal sobre o tema, ocorre a suspensão da eficácia da lei estadual nas disposições que lhe forem contrárias.

4 A Política Nacional do Meio Ambiente como instrumento de descentralização da gestão ambiental

A política e o sistema nacional do meio ambiente encontram-se inseridos na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e cria o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

Segundo Paulo de Bessa Antunes, citado por Luis Paulo Sirvinskaskas⁸, a política nacional do meio ambiente

deve ser compreendida como o conjunto de instrumentos

⁸ SIRVINSKAS, 2009, p. 134.

legais, técnicos, científicos, políticos e econômicos destinados a promoção do desenvolvimento sustentado da sociedade e economia brasileiras.

Com isso, na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, está disciplinada a sistemática necessária para a aplicação da política ambiental, objetivando, entre outros aspectos, atender à certa contradição existente entre o setor industrial e a crescente idéia da manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Essa norma legal é uma das legislações mais avançadas do mundo em matéria ambiental, sendo integralmente recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Entre os instrumentos previstos na Lei que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, tem-se o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; o zoneamento ambiental; a avaliação de impactos ambientais; os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público (áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas); o sistema nacional de informação sobre o meio ambiente; o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental; as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental; a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente; a garantia da prestação de informações relativas ao meio ambiente; o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras de recursos ambientais; e o licenciamento ambiental, cujo processo garante a participação popular na tomada de decisões quanto ao licenciamento ou não de um empreendimento potencialmente poluidor.

A participação popular prevista em lei nada mais é do que a demonstração de que o legislador pretendia que a comunidade pusesse em prática a gestão compartilhada e descentralizada em matéria ambiental, considerando-se, sempre, a dimensão local na gestão do meio ambiente.

Outrossim, um dos pontos básicos da PNMA é a existência de órgão executivo com estrutura capaz de responder às demandas locais, além de uma Legislação Municipal de Meio Ambiente (LMMA), do Conselho Municipal de Meio Ambiente (CMMA) com poder deliberativo (na parte normativa) e consultivo (em relação às diretrizes da PNMA), com ampla participação da sociedade civil e o Fundo Municipal de Meio Ambiente (FMMA), com conta exclusiva e garantia de destinação dos recursos para o setor.

Estas medidas têm o condão de capacitar os Municípios para lidar por si próprios com os processos de licenciamento, os quais representam um ponto primordial da descentralização, na medida em que se dá poderes ao Município em suas relações com outros setores, além de constituir importante mecanismo de arrecadação municipal.

Com a finalidade de complementar a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938/81, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, editou a Resolução 237, de 19 de dezembro de 1997, a qual *dispõe sobre a necessidade de revisão dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental, de forma a efetivar a utilização do sistema de licenciamento como instrumento de gestão ambiental.*

A partir da análise da Resolução CONAMA 237/97, constata-se que ela assegurou “Cidadania ambiental” aos municípios, pois:

- Supriu parcialmente a falta de regulamentação do Artigo 23, da Constituição Federal de 1988, na medida em que nos seus artigos 4º, 5º e 6º, disciplina a competência Federal,

Estadual e Municipal de licenciamento.

Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.939, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional e regional, a saber:

I – localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação de domínio da União.

II – localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do país ou de um ou mais Estados;

IV – destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN;

Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

I – localizadas ou desenvolvidas em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

II - localizadas ou desenvolvidas nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim foram consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;

III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais municípios;

IV – delegadas pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento

ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe foram delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

Em seguida, criou exigências de estrutura (Exigências mínimas: Lei Ambiental, Conselho Municipal e estrutura própria com servidores habilitados) para que o Município possa assumir a responsabilidade sobre a gestão ambiental.

Também definiu, claramente, que empreendimentos de impacto local são de competência do município sem necessidade de Convênios de Delegação.

5 O licenciamento ambiental

Todas as atividades humanas em cujo processo são utilizados recursos naturais, independentemente de serem públicas ou privadas, deverão se sujeitar à fiscalização, ao controle e ao monitoramento do Estado.

Não se duvida de que o licenciamento ambiental encontre sua origem no disposto no art. 225, da Constituição Federal, em especial no seu §1º, inciso IV, cujo texto faz remissão expressa à legislação infraconstitucional como instrumento capaz de apresentar as especificidades operacionais da proteção e conservação do ambiente.

A Lei nº 6.938/1981 veio regulamentar a exigência contida na expressão “na forma da lei”, instituindo o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, de modo a racionalizar as atuações estatais de fiscalização, controle e monitoramento das atividades com potencial impacto ambiental, consolidando o pacto federativo em prol da manutenção da qualidade do ambiente.

Resultando dessa iniciativa democrática, a mesma lei cria, ainda, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), na forma de um colegiado de ampla representação, formado pelos órgãos responsáveis pelo cuidado ambiental de todas as esferas de poder, incluindo os Ministérios Públicos.

Em seguida, referida lei estruturou o SISNAMA, a fim de distribuir racionalmente as competências administrativas em matéria ambiental. Deste modo, a atuação do CONAMA foi tratada no art. 7º do Decreto Federal nº 99.274/1990.

A Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997, adota as seguintes definições:

Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

II – Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

O procedimento administrativo, cujo objeto seja a concessão de licença ambiental, mostra-se como importantíssimo instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente na preservação, proteção, melhoria e restauração do

meio ambiente, posto que garante ao administrador o devido processo legal, indicando todos os meios para o exercício do seu direito de petição, como também instiga o exercício da fiscalização, do controle e do monitoramento do ambiente e das atividades potencial ou efetivamente poluidoras.

No procedimento administrativo de licenciamento ambiental, podem-se vislumbrar vários preceitos de sustentação da República do Brasil, pois se de um lado valoriza-se a iniciativa do empreendedor, doutra banda encontra-se a garantia dos cidadãos de viverem condignamente num ambiente ecologicamente equilibrado.

Nosso ordenamento jurídico incluiu o licenciamento ambiental no âmbito do Poder de Polícia da Administração Pública, de modo a propiciar-lhe meios eficazes de cumprimentos dos preceitos e fundamentos constitucionais.

Desta feita, não se mostra razoável o exercício do Poder de Polícia por mais de uma autoridade, com realização de licenciamentos independentes, paralelos e/ou concomitantes, desafiadores de análises acerca do mesmo objeto, pedido e causa de pedir, mas por autoridades distintas e independentes entre si.

O licenciamento ambiental é, segundo o art. 9º, IV, da lei Nacional nº 6938/1981, um instrumento de caráter preventivo de tutela do meio ambiente. Não pode ser considerado como um ato administrativo único, ou mesmo como um ato simples, correspondendo, na realidade, a uma sucessão de atos administrativos, o que lhe atribui, ao final, a condição de procedimento. Trata-se, destarte, de ato vinculado.

Desta forma, o procedimento administrativo concernente ao licenciamento ambiental nada mais é que uma garantia para a sociedade da correta análise pelo Estado das atividades potencialmente poluidoras. Também pode ser visto como um direito do empreendedor, de modo a não se lhe onerar em

tempo e modo além dos expressamente definidos. Por fim, é uma obrigação para o Estado, vedando-lhe a emissão de licenças gratuitas.

6 Situação atual do processo de municipalização da gestão ambiental

Segundo Cláudio Langone, na palestra “O papel do Município na Gestão Ambiental”, proferida no 14º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, promovido pelo Instituto “O Direito por um Planeta Verde”, em 2009, a ESCALA ATUAL DO LICENCIAMENTO se apresenta da seguinte forma:

| | | |
|------------|---|--------------|
| IBAMA | 350 | Licenças/ano |
| OEMAs | 100.000 | Licenças/ano |
| MUNICÍPIOS | 500 (dos quais 221 apenas no Rio Grande do Sul) | Licenças/ano |

Ainda segundo Langone, existe a estimativa de que 70% dos licenciamentos feitos pelos Estados se enquadrariam como impacto local, porém o Município não dispõe de estrutura mínima para proceder o licenciamento nos moldes legais.

Deste modo, mostra-se imperioso identificar as causas do baixo nível de municipalização da gestão ambiental:

a) Problemas e dificuldades do licenciamento, consistentes na demanda crescente e a redução da capacidade estabilizada decrescente dos órgãos executores, resultando na sobrecarga dos OEMAs;

- b) Falta de participação de vários setores da sociedade, principalmente rurais;
- c) Pouca integração com outros instrumentos (por exemplo, outorga de uso da água).

Por outro lado, há formas para solucionar o impasse, como, por exemplo, melhorar o desempenho e descentralizar, racionalizando procedimentos.

7 Descentralização da gestão ambiental

Segundo a obra *Práticas de Descentralização da Gestão Ambiental: “Acre, Amazonas e Pará”*, de Heliandro Torres Maia e Alcione Cristina Costa Souza⁹,

para a concretização da descentralização da gestão ambiental, dependemos, em grande parte, da vontade política dos governos locais e da articulação das organizações da sociedade civil em buscar mecanismos que permitam institucionalizar os canais de participação, tornando-os legítimos em suas formas de representação e em seus poderes para que possam dar legitimidade à tão propalada gestão participativa, criando canais que possibilitem influenciar nas ações governamentais e, por conseguinte, nas políticas públicas como a ambiental.

Pode-se afirmar que descentralizar significa transferir a autoridade e o poder decisório de instâncias agregadas para unidades espacialmente menores (municípios e comunidades), atribuindo capacidade de decisão e autonomia de gestão para as unidades territoriais de menor amplitude e escala.

⁹ MAIA; SOUZA, 2008, p. 68.

A descentralização visa criar condições institucionais para a organização, mobilização social e decisões autônomas da sociedade.

A desconcentração, por sua vez, representa a distribuição da responsabilidade executiva de atividades, programas e projetos sem transferência da autoridade e da autonomia decisória. Uma desconcentração de tarefas normalmente é feita internamente dentro de uma mesma instituição. Por exemplo, quando o IBAMA ou o OEMA abre escritórios locais em municípios que deverão realizar algumas tarefas de competência da instituição naquela localidade, os órgãos públicos estão desconcentrando suas atividades.

Como resultado, a descentralização deve contribuir para melhorar a gestão pública, elevando seus resultados e melhorando a relação custo/benefício, ao mesmo tempo em que assegura sua contribuição para o desenvolvimento local e para a democratização da sociedade.

A Gestão Ambiental Desconcentrada ocorre com desconcentração de ações de um mesmo órgão, em geral das esferas federal e estadual, em espaço territorial de sua abrangência.

Neste caso, o órgão pode disponibilizar um escritório próprio na localidade ou uma representação em parceria com outra instituição que esteja atuando no local.

Essa medida é recomendada quando o município não possui condições de assumir a gestão ambiental do seu território ou necessite de um apoio maior e mais gradual para tal tarefa.

Pode ser implementada através da instalação de um escritório local, ou com a montagem de uma espécie de “balcão” de atendimento do IBAMA e/ou OEMA no local, viabilizado em parceria com uma instituição que possua escritório na localidade (Prefeitura, Secretaria Estadual, ECT.).

A Gestão Ambiental Descentralizada pode ser:

a) **Gestão Ambiental Descentralizada Autônoma**

O órgão ambiental, estadual e/ou municipal, assume responsabilidades utilizando recursos próprios e em questões de sua competência, independentemente da vontade da instituição centralizada.

Como condição para sua implementação, o organismo ambiental deve possuir, além de sustentabilidade financeira, uma estrutura adequada (pessoal suficiente e capacitado para a execução das tarefas); mecanismos próprios para uma efetiva participação da sociedade e um sistema de planejamento e operacionalização adequados.

b) **Gestão Ambiental Descentralizada Dependente**

Este tipo de gestão depende do repasse de recursos financeiros e/ou estruturais, e pode ser através de duas alternativas:

- **Gestão Ambiental Descentralizada Compartilhada**

Baseia-se na cooperação e complementaridade referente às ações da União, Estado e Município, buscando soluções regionais e locais. Em geral, parte dos serviços é prestada na localidade e, outra parte é completada em outro local.

Tem lugar quando o Estado e/ou Município ainda não possuem condições de assumir tarefas de forma integral. Diante de tal situação, é formada uma parceria – órgãos federal, estadual (OEMA) e municipal – para a execução das tarefas.

Este tipo de descentralização deve ser fruto de um processo participativo, envolvendo duas ou três instâncias (União, Estado e Município) e deve ser realizada de forma gradual, iniciando com pequenas tarefas e crescendo conforme os resultados obtidos.

- **Gestão Ambiental Descentralizada Vinculada**

Caracteriza-se pela possibilidade de existir um espaço

de decisão para o organismo ambiental local, o qual já teria adquirido certa experiência, aliada a uma autonomia relativa, possuindo estrutura compatível com suas atividades, número suficiente de técnicos capacitados e certa sustentabilidade.

Tendo em vista a heterogeneidade sociocultural e ambiental de cada região, deve-se avaliar a forma de descentralização da gestão ambiental que melhor se aplique, considerando-se o panorama da localidade.

8 Consórcios como instrumento de descentralização da gestão ambiental

A Lei dos Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005) foi promulgada para atender ao disposto no art. 241, da Constituição da República, segundo o qual:

Art. 241 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Referida lei possibilitou a associação de Municípios para resolver problemas comuns ou desenvolver políticas conjuntas, na medida em que dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum.

Segundo o texto legal “o consórcio público constituirá

associação pública ou pessoa jurídica de direito privado”, podendo, para cumprir seus objetivos:

I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

II – nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e

III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

Ressalte-se que ao consórcio público é dada a característica de entidade associativa, dotada de personalidade jurídica de direito público, não podendo ser confundido com o significado tradicional que a palavra consórcio tem no direito pátrio, pois segundo o que dispõe a Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15.12.1976, atualizada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001), cujo art. 278, estabelece que o consórcio é constituído “para executar determinado empreendimento”, não possuindo personalidade jurídica.

9 Cooperação entre as unidades da federação

De acordo com o art. 23 da Constituição, cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de forma cooperativa,

proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e

cultural; proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora; e, por fim, registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

O parágrafo único do citado dispositivo constitucional dispõe que as normas de cooperação entre os entes federativos deverão ser fixadas por lei complementar. Todavia, até a presente data tal lei complementar não foi promulgada.

Tal dispositivo não significa que se deva devolver à União a competência para instituir encargos a Estados e Municípios, o que representaria uma verdadeira invasão no âmbito da competência desses entes federativos, e sim para legislar sobre mecanismos de cooperação intergovernamental tendentes a instrumentalizar a união de esforços pretendida pelo constituinte.

A maturidade relacionada à interatividade governativa no Brasil somente será atingida quando a partilha de poder for encarada enquanto cooperação entre as distintas esferas decisórias, tendo em vista a realização de objetivos comuns, isto é, enquanto integração de todas as instâncias num esforço conjunto para a realização das tarefas que redundem em benefício de toda a coletividade.

Por outro lado, considera-se que o art. 23 da Constituição Federal possui eficácia plena, na medida em que a atuação conjunta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é sempre possível, uma vez respeitados seus limites territoriais, pois a norma regulamentadora serviria apenas para indicar a maneira pela qual a cooperação entre os entes seria realizada.

A despeito do termo cooperação indicar inexistência de hierarquia entre os entes federativos, verifica-se, em muitas

ocasiões, conflitos entre normas e quanto à atuação desses entes.

Há, ainda, quem defenda a possibilidade da aplicação do princípio da subsidiariedade, o qual, ao lado do princípio da predominância do interesse, é um dos preceitos informadores da repartição de competências e verdadeira ferramenta de execução do federalismo flexível.

De acordo com o princípio da subsidiariedade, as entidades estatais superiores somente deverão assumir as atribuições que os entes menores não puderem cumprir de forma eficiente.

Existe, também, um terceiro entendimento, segundo o qual cada ente federativo deve atuar nos estritos limites de sua competência legislativa, existindo casos em que a competência administrativa comum poderá ser exercida por uma pessoa política diversa daquela que editou a norma, o que significa que qualquer dos entes da Federação, em casos específicos, poderá aplicar a legislação ambiental, mesmo que não a tenha editado.

Diante da nova redação do art. 241, da CF/88, cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) disciplinará, através de lei, os consórcios e os convênios de cooperação entre si, autorizando a gestão associada de serviços públicos, além da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à realização dos serviços transferidos.

Importante não confundir tais consórcios e convênios de cooperação com os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, com base na lei n. 8.666, o que resultaria na competência exclusiva da União.

De fato, no contrato cada parte pretende um resultado diverso, enquanto no acordo todas se voltam para o mesmo resultado; no contrato as partes têm interesses contrapostos

que ao final são compostos mediante concessões recíprocas e prestações mútuas, enquanto no acordo as partes possuem os mesmos interesses que são perseguidos através de prestações convergentes; o contrato objetiva atender direta e concretamente ao interesse público, cuja realização depende da prestação do contratante privado, enquanto o acordo serve para ajustar as atuações conjuntas de dois entes públicos; no contrato uma das partes pretende o objeto, a outra visa a contraprestação respectiva, no convênio as prestações são sempre as mesmas, variando, apenas, as possibilidades de cada qual para a realização do objetivo comum.

Embora seja afastada a natureza contratual dos convênios e consórcios, não se nega a necessidade de uma normatividade federal que estabeleça um regime jurídico global, de princípios, regras e procedimentos com a finalidade de orientar a cooperação intergovernamental.

Enquanto lei complementar federal não regular os consórcios públicos, na forma do art. 241 da CF/88, Estados e Municípios podem celebrá-los, com fulcro no art. 25 e art. 30, ambos da CF/88.

Os consórcios são celebrados entre pessoas jurídicas da mesma espécie, enquanto os convênios são celebrados entre pessoas jurídicas de espécies diferentes, sendo que a partir da celebração do ajuste não ocorre a formação de uma outra pessoa jurídica.

Ao celebrar o acordo, as entidades podem optar por executá-lo diretamente (através de seus próprios órgãos) ou indiretamente (por delegação legislativa). No segundo caso, nada obsta que os entes envolvidos instituem entidades públicas ou privadas para executar concretamente as atividades pretendidas, reconhecendo-se a necessidade de autorização legislativa, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha decidido pela inconstitucionalidade de tal exigência, por estar

em jogo um ato de gestão das funções e bens públicos.

As entidades cooperantes devem definir, no instrumento do convênio ou consórcio, o modo e o regime com que pretendem exercer conjuntamente as competências em causa, bem como a duração, o patrimônio, o regime de pessoal, entre outras particularidades.

Destacam-se, ainda, os pontos favoráveis da cooperação:

- resolução de controvérsias competências;
- criação de fórmulas e procedimentos de participação global dos entes periféricos nos processos decisórios centrais; e
- a instituição de órgãos mistos para a gestão de interesses e prestação de serviços comuns.

As transferências de recursos entre as unidades da federação constituem requisito para a própria existência da federação, na medida em que não se pode olvidar da compensação das desigualdades regionais, sendo correto afirmar que a compensação financeira decorre do compromisso constitucional de cooperação.

No sistema brasileiro, a crise das finanças excederia as tensões naturais de qualquer Estado composto, posto que o instrumentário financeiro utilizado não permite que seja atingido o equilíbrio desejado.

Isto porque, os critérios objetivos para a concessão de recursos e a análise de mérito para a sua continuidade são objeto de barganha, colocando em uma situação difícil a autonomia do ente federativo.

Numa resumida análise, a distribuição de competências tributárias e sistemas de transferências financeiras podem ser entendidos da seguinte forma:

- a) os entes federados possuem competências tributárias, pois instituem e arrecadam tributos como autonomia no manejo dos mesmos, na medida em que podem adotar alíquotas

diferenciadas nos tributos sob sua responsabilidade, o que pode resultar na alteração do gravame fiscal entre as regiões, como comumente ocorre quanto ao ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços).

b) os entes periféricos recebem transferências automáticas ou obrigatórias, neste caso, a transferência de recursos independe da decisão do ente que os deva outorgar, nas seguintes formas constitucionais de participação no produto da arrecadação alheia:

- direta: nesta modalidade, as normas constitucionais instituem relações simples de rateio (ex. aos Municípios será atribuído 50% do produto do imposto sobre a propriedade territorial rural arrecadado pela União relativamente aos imóveis neles situados e 50% do produto do imposto arrecadado pelo Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios);

- indireta: através da criação de fundos de participação para os quais afluem 47% dos recursos da União oriundos da arrecadação com o Imposto de Renda e 47% dos recursos da União decorrentes do IPI. Esses recursos são repartidos da seguinte forma: 21,5% para o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e 22,5% para o Fundo de Participação dos Municípios.

c) os entes federados também recebem transferências discricionárias ou voluntárias, dependentes da vontade do ente que as deseje outorgar, as quais permitem que do total de recursos administrados pela União uma parcela seja espontaneamente repassada aos Estados e Municípios para o financiamento de programas sociais condicionados.

Ressalte-se que as cotas de participação de Estados e Municípios nos fundos constitucionais são definidas por meio de uma complexa fórmula multiplicativa que resulta numa indesejada diluição dos recursos disponíveis e atendimento insuficiente das demandas sociais, sem mencionar que as fórmulas em vigor estimulam a criação de novos Municípios, muitas vezes sem o atendimento de inúmeros requisitos essenciais para sua sobrevivência.

Há um verdadeiro incentivo à criação de novos municípios a despeito de inexistirem programas efetivos de incentivo aos Municípios já existentes, sendo a cooperação uma alternativa de viabilidade para que esses entes periféricos executem plenamente suas tarefas constitucionalmente asseguradas.

10 Conclusão

O Brasil vive a dicotomia desenvolvimento econômico versus preservação do meio ambiente, buscando o chamado desenvolvimento sustentável, pois ao mesmo tempo em que são criados mecanismos de estímulo à indústria, às construções e ao empreendimento em geral, são criados meios de controle pelo Estado, de modo a preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, em observância ao disposto no art. 225 da Constituição Federal.

Daí porque entre os instrumentos criados pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), está o Licenciamento Ambiental, entendido como um *procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer*

forma, possam causar degradação ambiental, conforme definição apresentada pela Resolução 237 do CONAMA.

O Licenciamento Ambiental, por sua vez, deve ser realizado pelo órgão ambiental competente seja da União, do Estado ou do Município, mas desde que preenchidos requisitos concernentes à competência material para a expedição da respectiva licença, vez que se trata de atividade relacionada ao Poder de Polícia do respectivo ente, bem como à estrutura administrativa do órgão.

A despeito da Resolução CONAMA 237 disciplinar a competência de licenciamento ambiental nas esferas federal, estadual e municipal, no Estado do Amazonas a atuação administrativa para concessão de licenças ambientais dos três entes se confunde. Ocorrendo, em alguns casos, exigência de duplicidade de licenciamento para um mesmo empreendimento ou mesmo que após a concessão da licença por um órgão ambiental, outro, no exercício do seu Poder de Polícia autue, exigindo nova licença.

Daí a importância de se analisar a competência ambiental de cada ente federativo, sendo constatado que não basta identificar a competência em matéria ambiental. Impõe-se verificar se o respectivo ente possui aparato técnico necessário para pôr em prática a descentralização da gestão ambiental na forma legal e, finalmente, propor medidas para implementar a referida descentralização.

A competência para o licenciamento ambiental foi tratada pelos arts. 4º, 5º e 6º da Resolução CONAMA 237/97, os quais supriram a falta de regulamentação do art. 23 da CF/88, destacando-se que em relação à competência do Município foi adotada a noção de “impacto ambiental local”, com a mesma conotação da expressão “interesse local”, encontrada no inciso I, do art. 30 da CF/88, ou seja, privilegiando os Municípios como centros de decisões locais, mais próximos de onde o

possível impacto ambiental será sentido com maior intensidade pela comunidade.

Por outro lado, como visto, nem mesmo o Município de Manaus dispõe de um órgão de meio ambiente composto de aparato de pessoal e técnico suficiente para cumprir sua parcela decorrente da descentralização da gestão ambiental, com maior razão os Municípios menos desenvolvidos do Estado. Isto significa que a despeito de se reconhecer a competência do órgão de gestão ambiental do Município para o licenciamento de atividades e empreendimentos cujos impactos sejam verificados no local, tais órgãos esbarram em obstáculos técnicos para o desempenho de seu mister, sendo impositiva a adoção de medidas para pôr em prática a descentralização da gestão ambiental.

A alternativa viável para solucionar, senão em todos ao menos em alguns setores, a impossibilidade de implementar os programas concernentes aos Municípios, consiste na cooperação entre os entes da Federação, seja através de convênios ou consórcios, o que, inclusive, causa um aumento na esfera de influência da democracia local.

O art. 23 da CF/88 possibilita que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de forma cooperativa, protejam *os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural; proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora; e, por fim, registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.*

Em seguida, o art. 241 da CF/88 dispõe sobre os consórcios e convênios de cooperação que podem ser celebrados pelos entes

da Federação para a realização de objetivos comuns. Desde que o ente disponha de condições mínimas para o desempenho de sua atividade, ao contrário do que ocorreu com o Convênio celebrado entre o IPAAM e a SEMMAS, pois esta Secretaria Municipal não preenche os requisitos necessários, ensejando a anulação judicial do mesmo.

Desta forma, a primeira providência a se adotar consiste em dotar os Municípios de aparato legal sobre a questão ambiental, bem como aparelhar os órgãos ambientais com corpo técnico formado e do quadro, bem como equipamentos mínimos de acordo com a real necessidade da localidade.

Não se duvida de que tais medidas demandam tempo e verba além do que dispõem os Municípios; entretanto a proteção ambiental não pode esperar, pois a cada dia novas e mais severas ameaças e violações ao ambiente são verificadas.

Assim, de forma paliativa, proponho inicialmente a desconcentração da gestão ambiental, através da instalação de escritórios locais do IBAMA e do IPAAM em parceria com as Prefeituras Municipais.

Em seguida, quando um dos Municípios atingir maior grau de autonomia, se evolui para a Gestão Ambiental Descentralizada, na qual parte das atividades é desenvolvida no local e outras de maior complexidade no Município mais desenvolvido mediante a celebração de convênios.

Muito além de um trabalho teórico, buscou-se apresentar uma alternativa jurídica para a completa implementação da descentralização da gestão ambiental no Estado do Amazonas, pois o respeito ao meio ambiente não pode mais ser adiado, nem relegado a segundo plano, sendo a descentralização ambiental a forma ideal, pois as atividades administrativas são realizadas em âmbito local.

Decentralization of powers of environmental management in the Amazon: Legal and Practical Aspects

Abstract: The question of the division of powers between the Federation loved is duly provided for in the Federal Constitution of 88, including as regards the division of competence in environmental matters. However, in practice this division of powers is not properly observed, bringing doubts and countless losses for regulated . This failure is due, primarily, that the lack of an effective performance of municipal environmental agencies, which often lack qualified personnel and minimal equipment to perform his profession. Given this problem , cooperation between the Brazilian states shown as fully viable alternative to the effective implementation of the decentralization of environmental management, bringing it closer to the society.

Keywords: Constitution. Federation. Environmental competence. Environmental management. Decentralization. Cooperation.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALMEIDA, Renato Franco de e GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. *A Competência nas ações coletivas do CDC*. Disponível em:< <http://www.praetorium.com.br/v2009/artigos/88>. Acesso em: 18 nov. 2009.

AMAZONAS. *Constituição do Estado do Amazonas*. 2. ed. Manaus: Valer, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

CUSTÓDIO Filho, Ubirajara. *As competências do Município da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA, Helene Silvini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FINK, Daniel Roberto. Aspectos Jurídicos do *Licenciamento Ambiental*. São Paulo. Forense Universitária, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

IBGE. *Brasil em números*. Rio de Janeiro: IBGE, 2000.

IPAAM. Status da Gestão Ambiental Municipal por Sub-Regiões do Estado do Amazonas. Manaus: IPAAM, [2010?].

KRELL, Andréas J., Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais. In: *A aplicação do direito ambiental no Estado federativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LANGONE, Cláudio. Palestra O Papel do Município na Gestão Ambiental. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 14., 2009, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2009.

LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA: Vara especializada do meio ambiente e questões agrárias. Manaus: [s.n.], 2007.

LEAL, Víctor Nunes. Alguns problemas municipais em face da Constituição. In: ESTUDOS sobre a Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954. p. 127-145.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MAIA, Heliandro Torres; SOUZA, Alcione Cristina Costa. *Práticas de Descentralização da Gestão Ambiental: Acre, Amazonas e Pará*. Manaus: Agência de Cooperação Técnica Alemã, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: Proteção ao Erário; do patrimônio público; da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Luís Carlos Silva de. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 214, out./dez. 1998.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Alessandra. *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos: Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*. Coimbra: Almerinda, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIANA, Virgílio Maurício. *Legislação sobre o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável do Amazonas: 2003 – 2008*. Manaus: Valer, 2008.

Ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal (Lei nº 8.666/1993)

*Luiza Veneranda Pereira Batista**

Sumário: 1 Introdução. 2 Observações preliminares sobre a legislação licitatória. 2.1 Histórico. 2.2 Da tutela penal da Lei de Licitações. 2.3 Dos Princípios Licitatórios. 2.4 Da vigência dos crimes licitatórios previstos no código penal e a responsabilização extrapenal. 3 Aspectos gerais da lei licitatória. 3.1 O conceito de servidor público, os efeitos da condenação e as causas de aumento de pena. 3.2 Da objetividade jurídica. 3.3 Da aplicabilidade das excludentes. 3.4 Do tipo penal subjetivo. 3.5 Da pena de multa. 4 Tipos penais em espécie da lei de licitações e contratos – Art. 89. 4.1 Visão preliminar. 4.2 Objetividade jurídica. 4.3 Sujeitos. 4.4 Elemento Subjetivo. 4.5 Concurso de Normas e de Crimes. 4.6 Pena. 4.7 Pontos de ineficácia do dispositivo penal. 5. tipos penais em espécie da lei de licitações e contratos – Art. 96. 5.1 Visão preliminar. 5.2 Objetividade jurídica. 5.3 Sujeitos. 5.4 Tipo penal objetivo e subjetivo. 5.5 Concursos e Consumação. 5.6 Pontos de Ineficácia do dispositivo penal. 6. Considerações finais. Referências.

Resumo: Nascida fruto do clamor social e da luta de entidades, a Lei Nº 8.666/1993 pretende tornar impessoal as contratações com a Administração Pública, prevendo punição para aqueles que tentarem desvirtuar o processo licitatório. Ocorre que, através dos anos, o dispositivo legal não se mostrou eficaz, haja vista que muitas vezes o

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (2014). Servidora Pública Estadual da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas, com atuação na Coordenadoria do Centro de Apoio das Promotorias Criminais, no desenvolvimento de ações de combate à criminalidade, análise documental, organização e distribuição dos feitos. Exerce trabalho docente para concursos na área de Direito Administrativo.

seu fim principal não foi atingido, posto que os agentes criminosos conseguiram escapar de uma punição efetiva, seja por meio de brechas legislativas, seja pela ausência do querer punir. O presente trabalho tem como objeto tecer considerações sobre a ineficácia dos artigos 89 e 96 da Lei nº 8.666/1993 e como objetivo tornar público um estudo pormenorizado sobre a ineficácia de dois tipos penais da Lei Licitação, descrevendo o seu histórico, tutela penal, princípios balizadores, vigência e demais características necessárias para demonstrar a ineficácia dos dispositivos. O tema é atual e relevante, pois, conforme será demonstrado, a notícia de crimes licitatórios faz parte do cotidiano da nossa população, sendo necessário, por consequência, realizar um estudo técnico-jurídico a fim de propor modificações à letra da lei, tornando-a, assim, não apenas vigente, mas também efetiva. Portanto, este trabalho visa elucidar os pontos de ineficácia dos artigos penais da atual lei licitatória, sugerindo, ao final, propostas de alteração ao texto legal, visando torná-lo efetivo.

Palavras-chave: Lei Licitação. Tipos Penais. Ineficácia. Impunidade.

1 Introdução

Todos os dias são publicadas, nos meios de comunicação, notícias sobre crimes licitatórios e, por mais que tais condutas sejam praticadas, os agentes não são punidos com a efetividade necessária. Um dos motivos desta impunidade é a ineficácia de dois dispositivos penais da Lei N.º 8.666/1993.

O presente trabalho elenca os aspectos gerais da lei licitatória, tornando públicos os problemas estruturais dos artigos 89 e 96 da Lei de Licitações e Contratos.

Neste sentido, a pesquisa foi dividida em seis seções. Na seção 2 abordam-se os aspectos gerais da legislação licitatória, trazendo à tona o histórico das legislações administrativas sobre licitações, a tutela penal da lei administrativa, os princípios aplicáveis nas contratações públicas e a vigência

dos crimes licitatórios previstos no código penal; bem como a responsabilidade extrapenal dos agentes pelo cometimento de tais condutas.

Na seção 3 é apresentado o conceito de servidor público na legislação administrativa vigente, os efeitos que uma condenação criminal traz ao autor do delito, as causas de aumento de pena, a objetividade jurídica da norma, a aplicação das excludentes de punibilidade e o tipo penal subjetivo.

Na seção 4 e 5 realizou-se a análise minuciosa dos artigos 89 e 96 da lei que rege os contratos e licitações da administração pública, respectivamente. As seções foram divididas em subseções, com objetivo de melhor elucidar a problemática dos dispositivos, abordando-se sua objetividade jurídica, as excludentes que podem ser aplicadas, os sujeitos que podem cometer o delito, a possibilidade de concurso de crimes, suas penalidades e os seus pontos de ineficácia, em vias de possibilitar encontrar uma solução para torná-lo efetivo.

2 Observações preliminares sobre a legislação licitatória

2.1 Histórico

Uma sistematização licitatória em âmbito nacional ganhou vida, em 25 de fevereiro de 1967, com o Decreto-Lei N° 200, nos seus artigos 125 a 144, que estabeleceram os princípios da Reforma Administrativa e a disciplina das modalidades licitatórias, todavia, restrito à União.

Os seus dispositivos tornaram-se obrigatórios aos demais entes políticos (Estados, Distrito Federal e Municípios) por meio da Lei N° 5.456, de 20 de junho de 1968, que regulamentava o valor das modalidades licitatórias e os prazos

dos respectivos editais. Cumpre ressaltar que a competência legislativa, entendida esta como a competência para se criar leis, era concorrente, uma vez que os Estados e os Municípios detinham o poder de legislar de acordo com as suas peculiaridades e desde que respeitados os preceitos federais.

Com a adoção desta competência, ocorreu à multiplicação de normas regulamentadoras de licitações e contratos, em virtude da autonomia disponibilizada aos entes da Administração Direta e Indireta, fato que acarretou insegurança jurídica, dado que cada ente político detinha uma norma distinta.

Tal inconveniente legislativo somente foi suprimido pelo Decreto-Lei Nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.

O Decreto-Lei Nº 2.300 foi considerado pioneiro pela doutrina pois estabelecia, no corpo de 90 (noventa) artigos, normas Gerais e Especiais em matéria de licitações e contratos. As normas gerais são obrigatórias à Administração Pública (Direta e Indireta) e aos Entes Políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), ao passo que as especiais são obrigatórias apenas para a Administração Direta.

Os preceitos licitatórios chegaram ao seu ápice com a edição da Constituição Federal de 1988, uma vez que esta estabelece três importantes dispositivos diretos (22, XXVII; 37, XXI e 175) e um indireto (art.195, § 3), ainda vigentes.

Esta matéria é de suma importância, conforme Biolchini (1930, p. 978) ensina:

Apezar dos inconvenientes que se apontam para a pratica das concurrencias pela administração publica, não se póde desconhecer que ellas constituem uma medida altamente moralizadora que, se não evita inteiramente possíveis abusos, pelo menos os cohibe de um modo efficaz.

O percurso extenso e exaustivo de leis que versam sobre a matéria licitatória chegou ao fim, com a edição da Lei N° 8.666, de 21 de junho de 1993, que disciplina a matéria em seus 126 (cento e vinte e seis) artigos, sendo obrigatória a toda Administração, Direta e Indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios conforme estabelece seu art.1, parágrafo único.

Na opinião de Pereira Júnior (2009, pg.3), a Lei N° 8.666/1993 manteve, em linhas gerais, a estrutura do Decreto-Lei N° 2.300/1986. Ressalta-se, porém, que:

Aperfeiçoamentos e alterações foram introduzidos de molde a: (a) Ampliar a aplicação das normas gerais do novo estatuto a de administração dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das entidades vinculadas; (b) Melhor caracterizar o dever geral de licitar e as hipóteses que o excepcionam; (c) Traçar definições objetivas sobre figuras que passaram a ocupar posição de relevo na conceituação legal; (d) Vincular a Administração a regras mais exigentes para elaboração de editais e o julgamento de propostas; (e) Criar procedimentos especiais para o processamento de determinados tipos e regimes de licitação; (f) Assegurar o direito à ampla defesa em caso de desfazimento do processo licitatório (por revogação ou anulação).

Cumprir frisar que, antes da vigência da Lei N° 8.666/1993, o agente público que praticasse um crime licitatório não era punido com a gravidade necessária, uma vez que tais condutas eram tipificadas sob égide dos dispositivos previstos no Código Penal Brasileiro (1940).

Os tipos penais do Código Penal Brasileiro mostravam-se insuficientes para punir com severidade aqueles que lesionavam o Erário Público, visto que tal norma prevê apenas

três condutas típicas, com respostas insignificantes ao avanço social dado que a pena máxima prevista era de até 2 (dois) anos, pena que na atualidade seria classificada como infração de menor potencial ofensivo, por força do art. 2º, parágrafo único, da Lei Nº 10.259/2001.

2.2 Da tutela penal da lei de licitações

Escândalos de corrupção e lavagem de dinheiro são denunciados todos os dias, e o dinheiro público, fruto do suor de cada brasileiro, acaba desviado em esquemas idealizados por agentes criminosos. Por tal razão, a Sociedade protestou para que houvesse uma legislação que fosse aplicada aos crimes licitatórios.

Diante deste elástico, o legislador brasileiro, pressionado pelas diversas camadas sociais, proclamou a Lei de Licitações e Contratos (Lei Nº 8.666/1993), estabelecendo os procedimentos a serem seguidos pelos administradores e por aqueles que pretendem negociar com a Administração, visando sempre a MORALIDADE, PROBIDADE e o respeito ao INTERESSE PÚBLICO.

Enfim, o que é licitação?

Conforme Freitas (2010, p. 23):

Licitação é o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas por vários interessados, com dois objetivos: a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Desta forma, Licitação é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona as propostas mais vantajosas, obedecendo sempre os ditames da Lei e aos Princípios Constitucionais de Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência, entre outros.

Em um estudo recente da Organização Não Governamental Transparência Internacional, publicado na Revista Veja nº 23, p.136-7, sob a rubrica “O Mouse contra os Ratos”, foi revelado que a cada R\$ 100, 00 (cem reais) que o Governo brasileiro precisa gastar, R\$ 68,00 (sessenta e oito reais) só saem dos cofres públicos com licitação. Não há nada alarmante nessa informação. Ocorre que outra pesquisa mostra que metade das empresas, que já participaram de alguma licitação, foi pressionada a pagar propina e combinar preços antes de entregar sua proposta oficial ao Governo, tendo sido apurado que os acordos fechados “por debaixo dos panos” sugam dos cofres públicos 25% a mais do que o preço de mercado.

Diante destes dados, fica fácil imaginar por que um tabuleiro de damas adquirido para bibliotecas de Escolas Municipais chega a custar R\$ 75,00 (setenta e cinco reais) ou por que uma escola que foi minimamente reformada representa um custo de RS 1.875,039 (um milhão, oitocentos e setenta e cinco mil e trinta e nove reais).

Neste prisma, a aplicação do procedimento licitatório mostra-se necessária a fim de salvaguardar os interesses dos cidadãos, conforme o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da

lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

É buscando tornar efetivo tal mandamento constitucional que foram previstas na Seção III, Dos Crimes e das Penas da Lei Nº 8.666/1993, as tipificações que outrora eram previstas no Código Penal e se mostravam ineficazes diante dos casos que surgiam. É sabido que, se não for previsto um tipo penal que puna condutas corruptas e ímprobas, os servidores públicos imorais continuariam a se apropriar do dinheiro público. Para tanto se deve tornar efetiva a aplicação do disposto em Lei, conforme Freitas (2010), “precisamos aplicar as incontáveis normas já existentes em nossa teia de leis. Há de se torná-las reais, efetivas. Imprescindível, também, que o agente público perceba que a prevenção é o melhor remédio contra a corrupção.

2.3 Dos princípios licitatórios

Princípios, nas palavras de Freitas (2010, p.23):

Princípios, são normas balizadoras, orientadoras e de cunho genérico que juntamente com as regras (normas específicas) conduzem as condutas exigidas da Sociedade. Em uma classificação mais doutrinária, os princípios são divididos em fundamentais, gerais e especiais.

No Direito Administrativo há os princípios gerais e os especiais. Os primeiros são princípios aplicados em várias matérias ligadas ao direito administrativo (Ex: moralidade administrativa, legalidade, impessoalidade...), ao passo que os

especiais são princípios inerentes ao procedimento licitatórios e à contratação com a Administração Pública (Ex: vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo). Todavia, esta separação é de cunho estritamente doutrinária posto que a mesma mostra-se impossível, dado as similitudes dos princípios, este é o entendimento de Slaibi Filho (2005, p.132):

Não se pense, no entanto, que, embora classificadas pelo grau de generalidade, as normas constitucionais, quer os princípios, quer as regras ou preceitos, estejam separados ou compartimentalizados, com âmbito de normatividade perfeitamente delineado: na verdade, inseridas que estão no sistema constitucional, integram-se harmonicamente, e buscam, umas e outras, em relação dialética, implementar o seu âmbito normativo.

Entre os princípios que balizam as licitações públicas, encontram-se os insculpidos no art. 37 da Constituição Federal: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

O princípio da Legalidade estabelece que a Administração Pública somente atuará se autorizada por lei, assim, a ausência legislativa a impede de atuar. Tal Legalidade é distinta da utilizada pelo particular, que pode fazer tudo que a lei não proíbe.

Fazzio Júnior (1998, p.18-19) também destaca que:

Em síntese, governam as leis. Por isso quem administra só pode fazer o que a lei determina. O secundum legem é a norma. Em outras palavras, materializar a vontade da lei é a vocação congênita da Administração, em todos os níveis. A legalidade preside tanto a atividade administrativa típica (direta e indireta do Executivo)

como a atípica (Legislativo e Judiciário). Desse princípio deriva a presunção relativa de legalidade dos atos praticados pela Administração Pública.

O princípio da Impessoalidade, também denominado de isonomia, é considerado um dos mais importantes em matéria licitatória, pois preconiza a igualdade entre os concorrentes, visto que não é admitido tratamento desigual entre os participantes do certame, sendo vedado qualquer tipo de discriminação ou favorecimento entre os competidores, este princípio fica latente no artigo 3º, §1º, I da Lei Nº 8.666/1993 que estabelece:

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.

§1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos autos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão de naturalidade, da sede do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Assim, este princípio deve ser observado em todas as fases do processo licitatório, seja fase interna, seja a fase externa. Na fase interna, é vedado estabelecer condições que restrinjam o

caráter competitivo da licitação (*muitas vezes, servidores públicos utilizando má-fé e visando frustrar o caráter competitivo do certame estabelecem condições que apenas uma empresa pode suprir, ou seja, a empresa previamente escolhida para ganhar a licitação, visando quase sempre, o benefício de terceiros com o contrato firmado*).

A Moralidade Administrativa é condição necessária a todo administrador público, que deve pautar sua conduta em obediência a Lei, sendo justo, honesto e probo. Em clara síntese, Di Pietro (2001) observa que o princípio exige um comportamento não apenas lícito, mas consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios da justiça e da equidade, a ideia comum de honestidade.

O princípio da Publicidade tem forte traço democrático, visto que a Administração Pública deve prover a divulgação de todos os processos licitatórios, para que haja o maior número de competidores e para que a Sociedade possa fiscalizar todas as fases do certame. Esta premissa é confirmada por Gasparine (2004) que esclarece que este princípio torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus feitos.

A exceção à regra consiste na obrigatoriedade do sigilo da proposta. Contudo, essa exceção é justificável, pois garante a aplicação do Princípio da Igualdade entre os licitantes, posto que se determinado competidor tivesse acesso ao valor da proposta de outro competidor, poderia ele mudar a sua proposta e por consequência lograr proveito de tal informação. Tal conduta configura o tipo penal do art. 94 da Lei Nº 8.666/1993.

O princípio da Eficiência, expressamente previsto na CF com a EC nº 19/98, estabelece que o administrador público deva pautar seu serviço com qualidade, de maneira eficaz e econômica.

No art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, prevê o princípio

da obrigatoriedade de licitar, estabelecendo que a regra é licitar em todas as situações, salvo exceções legais. O administrador público que infringir tal conduta pratica o tipo penal do art. 89 da Lei Nº 8.666/1993, visto que dispensa ou inexistência licitação fora das hipóteses legais.

Além dos princípios mencionados, pode-se citar o princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório que assegura segurança jurídica aos competidores, posto que os administradores públicos são obrigados a obedecer as regras estabelecidas no edital, carta convite ou aviso, visto que tais instrumentos constituem a lei interna da licitação, vinculando os licitantes e os administradores que a expediram. Já o princípio do Julgamento Objetivo assegura que o administrador julgará as propostas de acordo com os critérios fixados no edital e na lei licitatória, procurando reduzir a discricionariedade do julgamento, para que não ocorra o que durante muito tempo se mostrou comum: a escolha do concorrente mais amigo, mais rico, mais influente.

2.4 Da vigência dos crimes licitatórios previstos no código penal e a responsabilização extrapenal

Como já mencionado, o Decreto-Lei Nº 2.848/1940, também denominado Código Penal, descrevia as condutas típicas dos crimes licitatórios, prevendo em seu bojo três artigos que incriminavam aqueles que fossem ao encontro da Moralidade Administrativa. É fácil perceber que este papel era insuficiente para coibir os delitos praticados pelos agentes criminosos, fazendo-se necessária a edição de uma lei que suprisse todas as modificações que ocorreram nos certames licitatórios, e esta é a Lei Nº 8.666/1993, que tipifica de maneira autônoma condutas irregulares praticadas por agentes

públicos e por aqueles que desejam participar de um contrato com a Administração. O Código Penal Brasileiro (1940) prevê, no seu título XI – Dos crimes contra a administração pública, três condutas típicas, que serão detalhadas a seguir:

Art. 326 - devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Analisando a norma citada, infere-se que é proibido devassar. Este termo, segundo a definição do Aurélio (2010), consiste em ter vista por dentro, pesquisar, penetrar, divulgar, tornar devasso, ou seja, o que assegura a igualdade entre os participantes em um processo licitatório é a igualdade de condições; perfaz-se necessário que a proposta seja desconhecida até a hora da abertura de preços, para que permaneça o valor inicialmente estipulado. Assim, imaginemos que a Empresa A, em conluio com o servidor B, devassa o sigilo da proposta da Empresa C, beneficiando-se da informação adquirida, visto que a partir dela poderá alterar o valor da sua proposta. Tal situação hipotética caracteriza o desrespeito à lisura do procedimento licitatório e à igualdade de condições de competição no certame. Este dispositivo foi mantido nas condutas tipificadas pela Lei Nº 8.666/1993, no art. 94, contudo, sua abrangência foi modificada, posto que o art. 326 do Decreto-Lei se restringia à modalidade concorrência, fato este alterado com a edição do novo dispositivo que abarcou as outras modalidades licitatórias, a saber: carta convite, tomada de preço e preção.

Art. 336 - Rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário

público; violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto: Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.

O dispositivo mencionado não é previsto na lei atual, visto que se mostra ínsito o respeito que o administrador e terceiros participantes devem possuir com os componentes necessários do procedimento licitatório.

Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

O dispositivo coíbe aqueles que pretendem impedir, perturbar e fraudar Concorrência Pública ou procuram afastar concorrente por meio de ameaça, fraude ou oferecimento de dinheiro. A primeira parte do dispositivo proíbe todo tipo de conduta que prejudique o bom andamento do procedimento licitatório; a segunda parte visa impedir que um concorrente se utilize de força, seja ela física ou econômica, para afastar licitante da disputa. Este tipo penal também está previsto na lei licitatória atual, havendo apenas a ressalva de que na lei atual não se restringe a modalidade concorrência pública, conforme explicado anteriormente.

O Código Penal (1940) foi revogado pela Lei Nº 8.666/1993, visto que a lei licitatória em sua seção terceira

regulou toda a matéria prevista no Código. E o artigo 2 da Lei de Introdução das Normas no Direito Brasileiro (LINDB) estabelece que a lei que trata de matéria já regulada por outra, a modifica ou a revoga. Modifica quando dispõe sobre apenas um aspecto da lei; revoga quando dispõe totalmente sobre a matéria versada na lei velha. Esta é a situação dos crimes licitatórios no Código Penal.

Por meio do exame da Lei N° 8.666/1993, abstrai-se que o agente que incorrer em um ato tipificado como crime licitatório responderá na esfera penal, administrativa e cível de forma proporcional a sua responsabilidade. Fica fácil perceber essa situação, quando um agente público contrata com terceiro sem licitação, desrespeitando as hipóteses dos arts. 24 e 26 da Lei Licitação, incorrendo, assim, no tipo penal do art. 89.

Este servidor responderá administrativamente, pois por ser servidor tem a obrigação de pautar a sua conduta dentro da legalidade, obedecendo primeiramente a Lei e, por ter infringido, deverá responder a um processo administrativo disciplinar, fruto do Poder Disciplinar da Administração Pública, que apurando irregularidade na conduta profissional do servidor aplicará, assegurado o contraditório e a ampla defesa, a punição adequada ao caso concreto.

Em virtude da prática de conduta irregular, o servidor poderá ter dado ensejo a prejuízo ao Erário, devendo, por consequência, responder civilmente, visto que lesionou o patrimônio do Estado ao contratar com terceiro sem licitação (muitas vezes, com preços superfaturados).

E por fim, responde também na esfera penal, visto que praticou uma conduta tipificada na Lei N° 8.666/1993 e havendo sentença penal condenatória, o agente público perderá a função pública ou mandato eletivo, conforme prevê o artigo 83 deste dispositivo.

Essas responsabilidades são independentes, ou seja, o

servidor que não for punido no âmbito penal poderá sê-lo no âmbito administrativo e cível. Nas palavras de Freitas (2010, p. 23):

Conclama a Lei 8.666/93 a seriedade com que o gestor da coisa pública deve operá-la e evidencia que sua inobservância pode ensejar severas consequências, capazes de refletir na seara penal (crimes que serão estudados nesta obra), civil (multa e reparação civil), política (suspensão ou perda do mandato) e administrativa (proibição de contratar e receber incentivos, e perda do cargo, emprego ou função pública), conforma se extrai do disposto, nos arts. 82 e 83.

Art. 82 Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Assim, observa-se a independência funcional das instâncias, dado vez que o agente que infringir o disposto na Lei Nº 8.666/1993 estará sujeito às responsabilidades cabíveis a cada área lesionada, e a responsabilização em diversas áreas não constitui *bis in idem*, visto que sua conduta lesionou simultaneamente diferentes searas do direito, devendo, assim, o agente responder na medida da sua culpabilidade em cada uma delas.

Ainda neste tema, o artigo 83 nos traz:

Art. 83 Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do

cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Tal dispositivo atribui um efeito imediato e automático (perda de cargo, emprego, função ou mandato) ao servidor que praticar os tipos penais previstos na Lei N° 8.666/1993.

Importante observar que o servidor estará sujeito a essa sanção após sentença judicial transitada em julgado, sendo assegurada, assim, a segurança jurídica de que somente será punido aquele declarado culpado. Contudo, uma vez proferida a sentença condenando o servidor, este deverá ser automaticamente desligado do serviço público, perdendo o seu vínculo. Neste ponto a Lei N° 8.666/1993 inovou, visto que o Código Penal previa que somente seria perdida a ocupação se o juiz proferisse na sentença condenatória tal medida.

3 Aspectos gerais da lei licitatória

3.1 Conceito de servidor público, os efeitos da condenação e as causas de aumento de pena

A Lei N° 8.666/1993 prevê, no seu artigo 84, o conceito de servidor público para os seus fins, dispondo que: considera-se servidor público, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego.

Este dispositivo, em seu parágrafo único, equipara ao servidor público, aquele que exerce cargo, emprego ou função em Entidade Paraestatal, conceito este que engloba as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as

sociedades de economia mista.

Desta feita, observa-se que o legislador constituinte derivado pretendendo abarcar o maior número de agentes possível, adotou as modificações propostas pela doutrina e jurisprudência, uma vez que somou ao art. 327 do Código Penal Brasileiro, a inclusão dos agentes que exercem suas atribuições em Entidades Paraestatais, ou seja, as Entidades da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), tornando assim, o conceito mais amplo e compatível com a realidade pátria.

O § único do art. 84 estabelece que:

Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, as empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sobre controle, direto ou indireto do Poder Público.

Antes do estabelecimento deste dispositivo havia uma forte discussão doutrinária sobre o enquadramento na estrutura da Administração Direta ou Indireta das autarquias, uma vez que o Código Penal somente punia o servidor que atuasse na Administração Pública Direta. Todavia, após a redação deste parágrafo único, nenhuma dúvida subsiste, haja vista que o texto legal estabelece a equiparação a servidor público aos agentes que laborarem nas Entidades Paraestatais, bem como nas demais entidades sobre o controle Direto ou *Indireto* do Poder Público, sendo, portanto, indiferente a discussão sobre o enquadramento da Autarquia, que conforme estabelece o Decreto-Lei Nº 200/1967 é classificada como entidade administrativa pertencente à Administração Pública Indireta.

Outra controvérsia doutrinária, consistia em atribuir o conceito de Funcionário Público (na lei licitatória é denominado servidor público) aos empregados de empresas privadas que prestam serviços típicos da Administração Pública, como a Empresa Manaus Ambiental. Tal inconveniente doutrinário foi suprimido com a edição da Lei N° 9.983/2000, que estabelece que essas empresas não estão sujeitas ao procedimento licitatório.

O Código Penal estabelece que haja aumento de pena, até a terça parte, quando os autores dos crimes previstos no Título XI – Dos Crimes contra a Administração Pública, forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção/assessoramento em órgãos da Administração Direta, Sociedade de Economia Mista, Empresa Pública ou Fundação instituída pelo Poder Público (art. 327). Tal redação distingue-se do estabelecido na Lei N° 8.666/1993, que substituiu a expressão “função de direção e assessoramento” por “função de confiança” por considerá-la mais abrangente, uma vez que engloba as funções de comando nos quadros da Administração Pública.

Assim, tal dispositivo é de suma importância, visto que os servidores que assumem posições de comando, direção e assessoramento devem prezar ainda mais pela moralidade e probidade administrativa, devendo, por consequência, salvaguardar a Administração Pública de atos de corrupção e servindo de exemplo aos demais agentes públicos.

Na opinião de Freitas (2010, p. 40):

A política criminal que direcionou a criação de tipos penais, foi a de recrudescer o tratamento penal àqueles que utilizavam o procedimento licitatório como meio de implementação de fraudes, corrupções e desvios de verbas públicas, tendo o legislador observado que as normas incriminadoras a respeito, dispostas no Código

Penal, não eram suficientes para a proteção dos bens jurídicos linhas acima mencionados, ensejando, pois, a necessidade de instituição de tipos penais mais severos, como constantes da Lei Nº 8.666/1993.

Assim, de fato, as modificações trazidas pela Lei Nº 8.666/1993 tornaram os tipos penais incriminadores mais severos, todavia, o legislador poderia ter sido ainda mais austero, dado que todos os tipos penais são puníveis com pena de detenção, podendo ser afeiçoados ainda em sede policial e, após a sentença penal condenatória, a pena restritiva de liberdade ser substituída por uma restritiva de direito, ou, ainda, a suspensão condicional da pena, a depender do caso concreto.

3.2 Da objetividade jurídica

Os dispositivos penais da Lei Licitatória objetivam salvaguardar os princípios constitucionais pertinentes à Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como preservar o patrimônio público, tesouro do povo, que deve ser utilizado com zelo.

A população brasileira suporta uma das maiores cargas tributárias do mundo, todavia os serviços prestados pelo “Estado” muitas vezes se mostram deficientes. Como acreditar que em um país no qual jorra dinheiro devido à alta arrecadação de impostos pode deixar a desejar na prestação de saúde pública? A falta de administração adequada, bem como a ausência de controle e fiscalização dos cofres públicos, propicia essa resposta, e é visando combater os malefícios da

corrupção e desvios de verbas que a Lei Nº 8.666/1993 foi criada, cabendo aos operadores do direito a árdua missão de aplicá-la no dia a dia.

As normas cogentes objetivam punir os agentes públicos que praticarem o tipo penal, uma vez que o agente deve pautar os seus atos de acordo com o estabelecido em Lei (Legalidade), tratando com igualdade os concorrentes de procedimento licitatório (Impessoalidade), sendo probo e honesto no trato da coisa pública (Moralidade), tornando público os assuntos pertinentes ao processo licitatório (Publicidade) e buscando eficiência no desempenho de suas obrigações com a Administração Pública (Eficiência).

A lei pune com severidade os agentes ou particulares que lesionarem o seu disposto, porque o agente que desrespeita os preceitos legais não está descumprindo apenas a lei, mas também os Princípios Administrativos, a honestidade e a boa-fé no trato da coisa pública.

A Lei Nº 8.666/1993 também estabelece princípios específicos que estão salvaguardados ao longo dos artigos 89 a 98 da Lei Licitatória, cada artigo detém um princípio e objetivo jurídico distinto, por exemplo, o art.89, que será examinado no presente trabalho, pretende garantir a observância do princípio da excepcionalidade da dispensa e inexigibilidade da licitação pública, visto que prevê punição aos agentes que dispensarem ou não exigirem licitação fora das hipóteses legais.

3.3 Da aplicabilidade das excludentes

Determinadas situações por mais que aparentem a configuração de um determinado tipo penal, não o serão, haja vista que a própria lei prevê causas que excluem a ilicitude. É,

por exemplo, o que ocorre na aplicação do inciso IV, do art. 24 da Lei Nº 8.666/1993, que prevê a dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade pública. A dispensa, neste caso, é totalmente razoável visto que, não raras vezes, o seu processo se mostra moroso e burocrático. Assim, somente nas hipóteses previstas em Lei, haverá exceções à regra, que é licitar. Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação estão previstos nos artigos 24 e 25 da Lei Nº 8.666/1993.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal, ao estabelecer a obrigatoriedade de adoção do procedimento licitatório para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, expressamente prevê que a legislação poderá estabelecer hipóteses em que essa obrigatoriedade é excepcionada; tais hipóteses consistem nas causas de licitação dispensada, dispensável e inexigível.

A licitação será dispensada quando a lei de forma vinculada, ou seja, obrigatória, dispensa a obrigatoriedade de licitação, por entendê-la desnecessária ao interesse da Administração. É o que ocorre, por exemplo, quando a Administração vende a outro órgão ou entidade da própria Administração, de qualquer esfera do governo, visando atender interesses da coletividade.

Na licitação dispensável a lei autoriza a Administração a proceder ou não com a licitação, cabendo ao administrador observar, de acordo com o caso concreto, se procede ou não com o procedimento licitatório. Tais hipóteses de dispensa são taxativas as previstas na lei.

Por fim, a licitação inexigível ocorre quando não há possibilidade de disputa, em vista da existência de apenas um fornecedor, pessoa física ou jurídica, que possa satisfazer a contento o serviço. O resultado estaria pré-determinado, não há, portanto, a necessidade de instauração do procedimento licitatório.

O art. 24 prevê vinte e seis situações de causa de dispensa. Nas palavras de Cretella Junior (2009, p. 229), dispensa

de licitação “[...] é a celebração direta de contrato entre a Administração e o particular sem nenhum procedimento administrativo prévio.”.

Todo procedimento licitatório envolve custos. A licitação visa, como já esclarecido, escolher a proposta mais vantajosa. Ocorre que, em determinadas situações, o valor da obra ou serviço mostra-se pequeno e, por consequência, proceder com um procedimento licitatório seria custoso para a Administração, que em regra designa funcionários, lança edital e procede com outras formalidades. Em situações como esta, não é vantajoso o Estado proceder o processo licitatório, por isto fica a critério do administrador dispensar tal procedimento, desde que uma vez dispensada obedeça aos requisitos legais que estão previstos no art. 26 da Lei Licitatória.

CRIME DE RESPONSABILIDADE – Prefeito – Artigo 1º, XI, do Decreto-lei n.201/67 – Contratação de empresas para transporte coletivo urbano sem licitação –Absolvição – Admissibilidade –Medida extrema diante da situação excepcional –Decretada falência da anterior operadora ensejando a pronta intervenção pela comunidade –Concessão a título precário e experimental por no máximo 90 dias –Artigo 16 do Decreto n. 7658/91 –Realizada a licitação após o período emergencial. Ação improcedente.

Na decisão exposta, o colegiado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu, corretamente, absolver o prefeito que havia sido denunciado por suposto cometimento do tipo do artigo 89 da Lei Nº 8.666/1993, dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Tal decisão foi embasada na atipicidade da conduta, uma vez que o Administrador Público em questão contratou empresa para prestação de

serviços de transporte por período de 90 (noventa dias), haja vista a falência da empresa prestadora anterior, obedecendo aos ditames legais e ao princípio da continuidade do serviço público. Assim, transcorrido o prazo legal, o administrador procedeu com o procedimento licitatório para escolha da empresa prestadora de serviço público, não havendo que se falar de crime licitatório, dado a emergência da situação.

O art. 24, inciso III, prevê dispensa nos casos de guerra ou grave perturbação social, nada mais razoável, uma vez que o Estado necessita tomar providências urgentes, não havendo razão para proceder com um processo licitatório, tendo em vista que há uma série de formalidades a serem preenchidas, tempo este que será dispendioso para a Administração Pública. Para que esta espécie de dispensa seja utilizada deverá haver decretação das medidas previstas nos artigos 136 e 137 da Constituição Federal, referentes ao Estado de Defesa e Estado de Sítio.

PENAL E PROCESSUAL PENAL – USO DE BEM PÚBLICO – DISPENSA DE LICITAÇÃO – PERMISSÃO NÃO QUALIFICADA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONARIO E PRECÁRIO – FATO ATÍPICO – ABSOLVIÇÃO. A permissão não qualificada configura ato administrativo discricionário e precário, que pode ser desconstituído a qualquer tempo. Não configura fato típico (art.89, *caput*, da Lei 8.666/93).

O art. 25 enumera casos em que a licitação é inexigível. Em tais hipóteses há impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre os interessados, por exemplo, quando existe fornecedor exclusivo ou a existência de um único competidor que reúna as condições necessárias para o certame. Nas

hipóteses de inexigibilidade, o administrador está obrigado a não licitar, dado a inviabilidade de competição. A primeira situação está prevista no art. 25, I, que descreve:

Art. 25 É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Analisando essa norma, é inútil licitar quando há apenas um fornecedor de determinado produto, haja vista que não haverá competição. Nesta situação o administrador deverá comunicar a autoridade superior, justificando a inexigibilidade e relatando os motivos de tal escolha, para assim torná-la pública no prazo de cinco dias.

Quando o administrador dispensar ou inexigir licitação de acordo com os preceitos legais, ele não será responsabilizado, uma vez que está respaldado legalmente. Contudo aquele que dispensa ou inexige licitação, fora das hipóteses legais, incorre no crime previsto no art. 89 da Lei N 8.666/1993, que será examinado posteriormente.

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
– Licitação – Inexigibilidade – Simples festividade de caráter não permanente, que se destina a promover um dos produtos do Município – Fato que não é indispensável para a satisfação das necessidades da coletividade – Inteligência do Art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93.

A situação demonstrada nesse acórdão, não configura nenhuma das hipóteses de exclusão dos tipos penais licitatórios, havendo, por consequência, a configuração dos crimes em espécie.

3.4 Do tipo penal subjetivo

O que leva alguém a delinquir?

A indagação é extremamente abrangente e envolve aspectos jurídicos, filosóficos e sociológicos. Todavia, para a presente pesquisa, é necessário analisar apenas o aspecto jurídico. Assim, o que leva alguém a delinquir é a vontade dirigida do cometimento de um crime, dado que o agente deseja cometer um ilícito, pretende realizar atos ilegais. É o que ocorre quando o servidor público comete a conduta tipificada no art. 90 da Lei Nº 8.666/1993, frustrando ou fraudando a licitação para assim obter vantagem decorrente da adjudicação.

O elemento subjetivo compreende o dolo e a culpa. No primeiro, o autor deseja certo resultado ou assume o risco de produzi-lo (art. 18 do Código Penal); no segundo, o autor não deseja o resultado, nem assume o risco, mas devido ter manifestado um comportamento imprudente, negligente ou imperito, acaba cometendo um fato típico.

Ao analisar as situações previstas na Lei Nº 8.666/1993, constata-se que todos os fatos discriminados são punidos a título de *dolo*, assim sendo, é necessária a vontade dirigida para que haja a configuração do tipo penal. Logo, caso o servidor público pratique um fato típico a título de culpa, este não será responsabilizado, visto a inexistência de previsão legislativa.

O *dolo* é dividido em duas espécies: o genérico e o específico. Na hipótese descrita, o servidor público possui

vontade dirigida a frustrar ou fraudar o processo licitatório (*dolo genérico*), cometendo a conduta consciente de sua ilicitude e desejando, mesmo assim, o resultado. Deve-se observar que a conduta de frustrar e fraudar, com o intuito de receber vantagem decorrente da adjudicação (*dolo específico*), será somada com o dolo genérico tipificando, assim, o crime.

3.5 Da pena de multa

A pena de multa está prevista em todos os tipos penais da Lei N° 8.666/1993. O dispositivo que elenca suas características é o art. 99, que estabelece:

Art. 99 A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Conclui-se do dispositivo que a pena de multa será fixada na sentença, por meio do cálculo de índices percentuais proporcionais à vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível, e varia de 2% a 5% do valor do contrato celebrado com a dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A Lei Nº 8.666/1993 inovou em estabelecer um procedimento específico de cálculo de multa, contudo tais regras são seriamente criticadas pela doutrina nacional, porque ferem a Segurança Jurídica e ocasionam a sua ineficácia. Muitos juízes não a utilizam. Um exemplo desta situação é a aplicação da multa no tipo penal do artigo 93 da Lei Nº 8.666/1993, que estabelece: *Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

Ora, no tipo penal examinado, não há qualquer previsão da vantagem obtida. O sujeito ativo comete a conduta de impedir, perturbar ou fraudar processo licitatório, procedimento este que poderá até não ser concluído; por consequência, não haverá contrato, e sem contrato, não há parâmetro para o estabelecimento de multa. Assim, o juiz, em observância ao princípio da Segurança Jurídica, não poderá utilizar a margem percentual estabelecida no § 1º do art. 99 e nem aplicar a pena de multa prevista no art. 93 da referida lei.

4 Tipos penais em espécie da lei de licitações e contratos – art. 89

4.1 Visão preliminar

A imprensa divulga regularmente notícias que versam sobre inexigibilidades ou dispensas de licitações que não observam os preceitos legais, todavia tais condutas tipificam o tipo penal do artigo 89 da lei licitatória, que estabelece:

Art. 89 Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses

previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Nas palavras de Greco Filho (2007, p. 60), o tipo penal do art.89 visa garantir a “[...] estrita excepcionalidade dos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação.”

A parte inicial do *caput* do art. 89 descreve a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais que foram abordadas na seção 3, subseção 3.3, situações que excepcionam a regra de licitar e que constam nos artigos 24 e 26 da Lei N° 8.666/1993.

O sujeito ativo do art. 89 é o servidor público, ou seja, o ocupante de cargo público que dispensa ou inexige licitação fora das hipóteses legais ou que não observa as formalidades necessárias para dispensa ou inexigibilidade do procedimento licitatório. Por ser um delito que necessita de qualidade específica, no caso em voga, ser servidor público, é classificado como crime próprio.

O parágrafo único estabelece que aquele que comprovadamente concorre para o crime, beneficiando-se com a dispensa ou inexigibilidade ilegal, será punido com a pena do art. 89.

Uma análise superficial do dispositivo demonstra quanto o legislador foi omissivo e incoerente, pois talvez sem intenção ou devido à ausência de técnica legislativa, criou uma condição objetiva para a configuração do delito, qual seja, se beneficiar com a dispensa ou inexigibilidade do processo licitatório.

Assim, surge um problema: como será punido aquele que concorre para o crime e não auferir vantagem econômica? O

agente que assim proceder não será punido, pois o legislador, de forma acidental, criou um crime autônomo que vai de encontro ao disposto no art. 29 do Código Penal que estabelece:

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

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

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

Infelizmente, o legislador desejou restringir a norma incriminadora, pois, se quisesse punir aquele que concorreu de qualquer forma para o tipo penal, bastaria silenciar a respeito de tal conduta, visto que subsidiariamente seria aplicado o disposto no art. 29 do Código Penal. Portanto, o legislador desejou exigir a comprovação de participação ou coautoria e o necessário recebimento de vantagem econômica para a configuração do crime licitatório.

Durante muito tempo se discutiu, na doutrina e na jurisprudência, sobre a necessidade de prejuízo econômico ao Erário Público para que houvesse a tipificação do disposto no art. 89 da Lei Nº 8.666/1993 e após um forte embate doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou a conclusão de que se trata de um crime de dolo genérico, ou seja, basta a não obediência ao previsto na lei licitatória ou as formalidades exigíveis do processo para que haja a configuração do art. 89 do diploma licitatório.

Desta feita, como o tipo penal não exige a presença do dolo específico (obter vantagem para si ou para outrem com

o processo licitatório), será punido o administrador que não observar o que diz a lei, mesmo que tal processo não prejudique em nada os cofres públicos.

Em decisão histórica, que ocorreu no STJ, o Egrégio Tribunal Superior indeferiu o pedido de *habeas corpus* do então ex-vice-prefeito de Mogi Mirim (São Paulo) que incorreu no tipo penal do art. 89 da lei licitatória, pois realizou, sem licitação, contrato verbal com empresa de terraplanagem. Na referida decisão foi condenado à pena de três anos de detenção, convertidos a serviços à comunidade e multa.

CRIME DE RESPONSABILIDADE – Prefeito municipal – Artigo 89 da Lei Federal n. 8.666/93 – Caracterização – Dispensa de licitação sem justa causa – Crime formal e de perigo abstrato – Prova robusta – Condenação mantida - Recurso não provido.

Nas palavras do relator do processo: “STJ entende que o crime previsto no artigo 89 da Lei de Licitações é de mera conduta[...]”. Em um dos precedentes citados, o crime ocorre com a mera dispensa ou afirmação de inexigibilidade de licitação, fora das hipóteses previstas em lei, caso o agente tenha plena consciência do seu ato ilegal, independentemente de efetivo prejuízo à Administração.

Conclui-se, portanto, que mesmo que a dispensa ou inexigibilidade de licitação não traga prejuízos aos cofres públicos, o administrador que não observar as formalidades legais incorrerá no crime licitatório, e tal conclusão não poderia ser diferente, haja vista, a obrigatoriedade da Administração Pública na observância de princípios constitucionais.

4.2 Objetividade jurídica

Como já afirmado, o tipo penal do art. 89, em termos específicos, visa garantir a excepcionalidade dos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, pois a regra é licitar. Preserva-se, assim, a moralidade administrativa, em termos gerais, que se vê lesada com a prática de condutas que vão de encontro ao disposto na lei, bem como diversos princípios já analisados, tal como a isonomia entre os participantes.

A prática do tipo penal pode não gerar qualquer prejuízo ao Erário público, como explicitado, uma vez que se trata de um crime de perigo abstrato, ou seja, para a sua tipificação basta a prática da conduta indesejada pela lei, punindo-se o administrador que não observa as normas atinentes à dispensa e inexigibilidade de licitação.

Assim, mesmo que o administrador contrate, sem licitação, por um preço de acordo com o mercado, haverá a tipificação do art. 89 da Lei Licitatória. A medida é adequada posto que, na maioria dos casos, o administrador utiliza a licitação pública para maquiagem de desvios de verbas, lavar e superfaturar preços, indo de encontro aos interesses tutelados pela Administração Pública.

PREFEITO MUNICIPAL – OBRA REALIZADA SEM A FORMA PREVISTA PARA DISPENSA DE LICITAÇÃO – PREÇO MUITO SUPERIOR AO DE MERCADO. Prefeito municipal que aproveita situação de calamidade pública no município e realiza obra de cobertura em aterro municipal, sem licitação. Há tempo a obra era reclamada, não tendo sido cumpridas as formalidades previstas no § único do art. 26 da Lei n. 8.666, além de que o preço pago à empresa que executou o serviço, ficou 100% além do que já fora pago, anteriormente, a outra empresa, por obra semelhante.

Tipicamente o crime de segunda parte do art. 89 da Lei n. 8.666. Procedência parcial da ação. Unânime.

Na presente decisão, o Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul foi unânime em reconhecer a tipificação do crime licitatório do art.89, uma vez que o então Prefeito, aproveitando-se de situação de calamidade pública, contratou uma empresa sem o devido processo licitatório e as observâncias legais e que ao final, restou provado que a referida empresa cobrou o equivalente a 100% a mais do que fora pago a empresa anterior que fizera serviço semelhante; observa-se assim que a autoridade administrativa (Prefeito) dispensou licitação fora das hipóteses legais e que existiu vantagem econômica indevida por parte da empresa contratante que majorou demasiadamente os seus serviços.

4.3 Sujeitos

O sujeito ativo descrito no caput do art. 89 é o servidor público (*intra-neus*), responsável pelo ato de dispensar, inexigir e proceder com os atos de diligência. Por ser um crime que necessita de qualidade específica (servidor público), é classificado como crime próprio.

O parágrafo único do artigo prevê o sujeito ativo particular (*extre-neus*), ou seja, aquele que concorre para dispensa ilegal auferindo vantagem econômica.

O sujeito passivo é o Estado, personificado na pessoa jurídica que foi lesionada pelo processo licitatório fraudulento. Alguns doutrinadores consideram que os outros participantes do processo licitatório também se enquadram na condição de sujeito passivo, todavia essa opinião não é maioria, pois poderá haver o cancelamento do procedimento licitatório sem a feitura

do contrato, não havendo que se falar em prejuízo para os participantes.

4.4 Elemento subjetivo

No *caput* do art. 89 está previsto o dolo genérico de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, tendo ciência o servidor de que tal conduta é ilícita.

O servidor público que não observa as formalidades necessárias, sabendo que está sendo imprudente, também incorre no dolo genérico.

É admissível o dolo eventual, ou seja, o servidor tem dúvidas sobre a ilegalidade da prática de determinados atos, mas, mesmo assim, resolve assumir o risco de praticá-los. Nesta situação, ocorrendo a prática de um crime licitatório, o servidor deverá responder criminalmente e nas demais searas que se fizerem necessárias.

No parágrafo único do artigo em questão é somado ao dolo genérico o dolo específico que consiste na vontade de auferir vantagem econômica com o procedimento licitatório ilegal.

LICITAÇÃO – Crime do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/93 – Agente que, na qualidade de presidente de comissão gestora de festa do interesse da municipalidade, celebra contrato público, por delegação imposta por decreto do Prefeito Municipal, dispensando licitação fora das hipóteses legais – Caracterização – Dolo específico – Desnecessidade – Recurso improvido.

4.5 Concurso de normas e de crimes

O tipo penal do art. 89 pode ser acompanhado de outros crimes previstos em lei, por exemplo, quando o servidor solicita ou recebe vantagem econômica para inexigir ou dispensar licitação, incorrendo no crime de corrupção passiva, enquanto o contratante que oferece vantagem econômica responderá pelo crime de corrupção ativa. Poderá ainda haver um conluio entre diversos servidores para cometer o ilícito penal descrito, configurando, assim, o crime de quadrilha ou bando, respondendo também o agente pelo art. 89 em concurso material com as outras condutas típicas praticadas.

CRIMINAL – HC – LAVAGEM DE DINHEIRO, SONEGAÇÃO FISCAL, CORRUPÇÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA – OPERAÇÃO ALBATROZ – TRANCAMENTO DE INQUÉRITO – PROCEDIMENTO INSTAURADO COM BASE EM INVESTIGAÇÃO DEFLAGRADA POR DENÚNCIA ANÔNIMA – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA – FATOS CONTROVERTIDOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA – Hipótese em que o paciente – Presidente-Geral de Licitação do Estado do Amazonas – está sendo investigado sob a suspeita de ter participado de operações de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, corrupção e formação de quadrilha na Administração Pública do Estado do Amazonas, condutas apuradas pela Polícia Federal na chamada “Operação Albatroz”. [...] Não há que se falar em ausência de justa causa para a investigação criminal, a qual só pode ser abstida na hipótese de flagrante e inequívoca atipicidade ou impossibilidade de ser o indiciado o autor dos fatos, o que, *primo oculi*, não se verifica [...]. Ordem denegada

4.6 Pena

O art. 89 prevê pena de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Quanto à pena de multa, comentários foram realizados na subseção 3.5 da seção 3.

No que se refere à pena de detenção, por possuir mínima superior a dois anos, não poderá haver suspensão condicional da pena, conforme art. 77 do Código Penal e nem a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995. Por outro lado, como possui a mínima inferior a quatro anos, poderá iniciar seu regime de forma aberta, conforme dispõe o art. 33, § 2º, a, do CP; ou até mesmo substituí-la por duas restritivas de direitos, ou uma restritiva de direito e multa, nos termos do art. 44 do mesmo diploma.

Desta forma, observa-se que por mais que o legislador haja tentado tornar os tipos penais licitatórios mais severos, as penas mostram-se insuficientes e pouco intimidadoras no intuito de evitar a prática delituosa, posto que, no dispositivo em análise, a pena de detenção terá seu *quantum* máximo em 5 anos, que poderá ser revestida em espécies mais brandas de pena.

Além disso, tais penas excessivamente brandas dão à população uma impressão de impunidade, fazendo com que a justiça fique desacreditada.

4.7 Pontos de ineficácia do dispositivo penal

Um dos principais pontos de discussão sobre a ineficácia do art. 89 encontra-se no seu parágrafo único, dado que o

legislador criou uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, o particular que concorrer para o crime e não auferir vantagem econômica com o delito não poderá ser responsabilizado, visto que para a configuração do tipo em comento faz-se necessário auferir vantagem econômica. Essa interpretação é estranha ao que estabelece o Código Penal, conforme ditames do art. 29, que estabelece que será punido aquele que incorre para o crime na medida da sua culpabilidade, ou melhor, o particular que concorrer para o delito, mesmo que não receba vantagem econômica, deverá ser responsabilizado.

Esta limitação dada pelo legislador é taxada pela doutrina como “exigência de um dolo específico”, isto é, auferir vantagem econômica.

Há de se convir, porém, que o particular que participou do delito e não recebeu vantagem econômica foi sujeito da ação e colaborou para um ilícito penal, devendo assim ser punido em sua responsabilidade. Todavia, conforme analisado, o art. 89 criou uma condição objetiva de punibilidade e que devido à falta de técnica legislativa ocasiona a impunidade de agentes criminosos.

Assim, o parágrafo único que originalmente dispõe:

Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público;

Poderá ser reescrito da seguinte forma: *Na mesma pena incorre aquele que concorrer para dispensa ou inexigibilidade ilegal, dela beneficiando-se para celebrar contrato com o Poder Público.*

Importante fonte de questionamento reside na determinação do momento da configuração da situação

justificadora de licitação inexigível ou dispensável, pois, não raras vezes, o administrador considera que determinada situação se encontra no arcabouço legal, porém o Tribunal de Contas não possui a mesma interpretação. Esta incongruência resulta em números cada vez maiores de processos a serem julgados pelo Poder Judiciário, que se vê abarrotado de casos em que há má interpretação dos dispositivos legais. Tal circunstância seria evitada se houvesse maior clareza por parte do legislador quando da confecção dos artigos.

A pena de multa, conforme já analisada na seção 3, subseção 3.5, e muitas vezes inutilizada pelos juízes de direito, pois é árdua tarefa de estabelecer quanto foi a vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo sujeito da infração, visto que ao se analisar a conduta do caput do art. 89 – “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, observa-se que não há qualquer menção ao recebimento de vantagem econômica. Neste íterim, caso o administrador público dispense licitação fora das hipóteses legais, mas esta se fez de acordo com os preços do mercado, estaria ele auferindo vantagem econômica? Será necessária a contratação de uma empresa especializada em perícia contábil para avaliar os valores do contrato? Se houve vantagem econômica, qual foi o seu valor? Não há como responder tais questionamentos sem ferir o princípio da Segurança Jurídica. O patamar estabelecido em lei de 2% a 5% pode se mostrar insuficiente à verdadeira vantagem obtida pelo agente.

No parágrafo único a lei estabeleceu a vantagem econômica como condição objetiva de punibilidade do particular, mas também não há como precisar com certeza a vantagem econômica por este recebida, pois os lucros auferidos tanto financeiramente quanto potencialmente não podem ser seguramente valorados.

Diante do descrito, os juízes por não possuírem provas

suficientes sobre a vantagem de fato recebida pelo agente público ou particular participante, deixam de aplicar o disposto na pena no que se refere à multa. Havendo assim ineficácia do dispositivo legal e a não punição adequada àqueles que o lesionaram.

5 Tipos penais em espécie da lei de licitações e contratos – art. 96

5.1 Visão preliminar

O presente tipo penal é o mais extenso e gravoso de toda a Lei Licitatória, prevendo diversas condutas em seus incisos, sendo estas classificadas pela doutrina pátria como crimes de dano, uma vez que a sua prática ocasiona prejuízo ao Erário Público. Neste sentido o art. 96 da Lei Licitatória estabelece que:

Art. 96 Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:
I. Elevando arbitrariamente os preços;
II. Vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
III. Entregando uma mercadoria por outra;
IV. Alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
V. Tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato;
Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Em notícia publicada no jornal Folha de Pernambuco,

em 14/12/2013, observam-se com clareza algumas figuras do art. 96 da Lei Licitatória:

A “*Operação Fastio*” deflagrada pela Polícia Federal (PF) em parceria com a Controladoria Geral da União (CGU) investiga um *esquema de fraude de licitação* de merendas em 10 escolas envolvendo quatro prefeituras – São Lourenço da Mata, Vitória de Santo Antão, Ipojuca e Salgadinho. Na coletiva de imprensa, realizada nesta tarde, na sede da Polícia Federal, o superintendente da PF Marcello Diniz Cordeiro explicou detalhes do caso, onde as empresas M.P. Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda., localizada no município de Camaragibe, A.S Comércio e Representações Ltda. e Alves e Souza Distribuidoras de Alimentos, ambas no bairro da Imbiribeira são acusadas de forjarem concorrência durante o processo. Também pesam sobre elas a acusação de possuir sócios que são parentes próximos (irmão, filho, pai) nas três empresas e ainda *superfaturar o preço das mercadorias fornecidas a várias prefeituras por preços que variavam de 15% a 95%*.

A PF também apurou o fornecimento de mercadorias por empresas diferentes das contratadas por uma prefeitura e a utilização de laranjas nos contratos com essas distribuidoras. No galpão pertencente à empresa M.P. Distribuidor, que tem contratos firmados com as prefeituras de São Lourenço da Mata e Vitória de Santo Antão, foram encontrados pelos policiais *pacotes de flocão de milho com a validade adulterada*. O alimento seria usado na merenda das escolas. Também foi encontrado na residência de dois suspeitos um revólver calibre 38 e quantia de R\$ 37 mil reais.

Ao total 15 pessoas estão envolvidas e sete empresários se apresentaram espontaneamente para prestarem depoimento. As investigações foram iniciadas em 2011, após uma denúncia feita ao Ministério Público de Pernambuco por uma empresa que teria saído prejudicada durante o processo de licitação. “*Essas investigações são mais demoradas porque dependem de análises e perícias das documentações apreendidas, vamos ouvir outras testemunhas e, por isso, não podemos estipular prazos*”

para o fim do inquérito”, explicou o chefe da delegacia de Combates a Crimes Financeiros da Polícia Federal no Estado, Daniel Silvestre de Lima.

Os envolvidos podem responder por *crime de fraude a licitação, elevação arbitrária de preço*, formação de quadrilha e falsidade ideológica. As penas somadas chegam a 18 anos de prisão, e caso seja comprovada a participação dos prefeitos no esquema, a pena por desvio de dinheiro pode chegar a 12 anos.

Esta notícia é apenas mais um exemplo dos diversos delitos que ocorrem todos os dias no nosso país. Nela observa-se a prática de pelo menos 3 (três) incisos do artigo em comento, haja vista, que os empresários das empresas investigadas na “Operação Fastio” elevavam arbitrariamente os preços das mercadorias fornecidas na merenda escolar, vendiam como perfeita a mercadoria deteriorada e alteravam a substância, qualidade e quantidade da mercadoria fornecida.

Tais condutas, além de causar sérios prejuízos financeiros ao Erário Público, puseram em risco a integridade física dos alunos e colaboradores das creches municipais, tornando ainda mais urgente o anseio social por uma punição severa a esses agentes criminosos.

Como tais tipos penais constituem crime de dano, ou seja, é condição necessária para a sua configuração um efetivo prejuízo ao erário público, não haverá enquadramento no crime licitatório se não houver efetivo prejuízo à administração, conforme jurisprudência abaixo assentada:

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Licitação - Tipo previsto no art. 96, III, da Lei 8666/93 – Atipicidade - Falta de comprovação de prejuízo da Fazenda Pública e de obtenção de vantagem econômica indevida pelo licitante.

Ementa: DENÚNCIA CRIME. PREFEITO MUNICIPAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201 /67 E ARTIGOS 90 E 96, I, DA LEI Nº 8.666 /93. DESVIO DE BENS PÚBLICOS. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇO, EM PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA. AJUSTE DOS DENUNCIADOS PARA AFASTAR O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO DE APENAS UMA EMPRESA EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, COM DOCUMENTAÇÃO FORJADA (CERTIDÕES OBRIGATÓRIAS FALSIFICADAS). EMISSÃO DE NOTAS DE EMPENHO E EFETIVAÇÃO DE PAGAMENTO POR PREÇO SUPERIOR ÀQUELE HOMOLOGADO NO CERTAME. DESVIO, OUTROSSIM, DE PARTE DAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS (MATERIAL ESCOLAR), QUE FORAM APENAS PARCIALMENTE ENTREGUES ÀS ESCOLAS MUNICIPAIS. PRETENZA FALTA DE JUSTA CAUSA AFASTADA. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PRETENZA AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADAS DE PLANO. ELEMENTO SUBJETIVO QUE DEVERÁ SER APURADO NA INSTRUÇÃO. NARRATIVA DA DENÚNCIA QUE DESCREVE CONDUTAS QUE CARACTERIZAM, EM TESE, OS CRIMES IMPUTADOS. DENÚNCIA RECEBIDA. ‘Para o recebimento da denúncia, basta que da narração dos fatos decorra conclusão sobre a existência do crime e indícios, simples indícios, da autoria, presentes as condições da ação, não incidindo a prescrição.’

Todos os tipos penais previstos no art. 96 referem-se à fraude na licitação ou contratos relativos à aquisição ou venda de bens ou mercadorias. Por esta razão o ilustre Meireles (2006) denomina a referida conduta criminosa como *estelionato licitatório*, uma vez que o agente obtém para si vantagem ilícita,

em prejuízo de terceiro – no caso o erário público – utilizando-se de meio fraudulento.

5.2 Objetividade jurídica

A objetividade jurídica do presente tipo é salvaguardar o patrimônio público da entidade que sofre prejuízos resultantes de certames fraudulentos. Busca-se, portanto, zelar pelo dinheiro público pertencente à Administração, seja direta ou indiretamente.

5.3 Sujeitos

O sujeito passivo é, conforme expressão da lei, a Fazenda Pública que, em sentido técnico-jurídico, abrange todo o patrimônio dos entes de direito público, quais sejam, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as Autarquias e as Fundações Públicas de Direito Público, conforme se extrai da Lei Nº 6.830/1980, em seu art. 1º.

O sujeito ativo é todo aquele que, se utilizando das vias de execução previstas no art. 96, frauda contrato ou licitação, ou seja, se a empresa A entrega mercadoria deteriorada à Administração Pública, por tal conduta deverá ser responsabilizada, independente de ser pessoa jurídica. Outro exemplo seria o servidor público que, em conluio com um dos licitantes, eleva arbitrariamente os preços; responderá por este tipo penal, não excluindo outros que o agente também venha a infringir.

5.4 Tipo penal objetivo e subjetivo

Por meio da análise do disposto no art. 96 da Lei Nº 8.666/1993, infere-se tratar de uma modalidade do crime de estelionato, porém este é praticado exclusivamente em prejuízo à Fazenda Pública.

Por tratar-se de um tipo que exige fraudes em contratos já firmados entre a Administração e terceiros de má-fé, não há aplicação deste dispositivo penal em casos não oriundos de licitação, ou seja, contratos decorrentes de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Trata-se de um tipo penal misto, em outras palavras, o agente que cometer mais de uma conduta prevista nos incisos do art.96, ainda que no mesmo contexto fático, responderá mais de uma vez na sanção penal estabelecida pela norma. Assim, caso o agente, no mesmo procedimento licitatório, eleve arbitrariamente o preço da mercadoria objeto da licitação (inciso I) e ainda entregue uma mercadoria no lugar de outra (inciso III), responderá penalmente como incurso duas vezes na sanção penal correspondente, na modalidade de concurso de crimes que for mais adequada.

O verbo núcleo deste tipo penal é fraudar, que significa enganar, induzir ou manter a vítima em erro. Assim, o artigo 96 elenca cinco espécies de fraude, que terão suas peculiaridades analisadas a seguir:

I. Elevando arbitrariamente os preços

O agente que eleva arbitrariamente, sem justo motivo ou incompatível com as práticas de mercado atual, incorre no inciso I do art. 96; tal tipificação do crime ocorre independentemente da concordância do agente público responsável pela compra, pois, muitas vezes, este se mostra obrigado a adquirir tais

mercadorias com preços elevados, haja vista, a não interrupção do fornecimento de serviços essenciais (Ex: medicamentos, instrumentos hospitalares e livros escolares). Assim, independente da concordância do agente público haverá tipificação do tipo.

II. Vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada.

O agente que vende mercadoria falsificada ou deteriorada para a Administração Pública será responsabilizado, pois há consumação do delito em análise. Consuma-se o crime no ato da entrega do produto; é neste momento que é feita a avaliação sobre a mercadoria ou bem que a Administração está recebendo. Tal posicionamento é confirmado pelo ilustre Paulo José da Costa Júnior (1994, p.52):

Relevante o momento fraudulento da conduta, que deverá apresentar-se por ocasião do fornecimento ou da entrega da mercadoria. Se o agente diminuir inicialmente, na embalagem da res, a quantidade, para depois, arrependido, repor a mercadoria faltante, não se aperfeiçoa o delito, que está condicionado ao prejuízo efetivo da Administração Pública.

O servidor público que recebe mercadoria, sabendo que a mesma é falsa ou deteriorada, será responsabilizado penalmente por colaboração no delito, conforme se infere do art. 29 do Código Penal Pátrio.

III. Entregando uma mercadoria por outra

O agente que entregar mercadoria diversa da pactuada,

pratica fraude, visto que deveria entregar o produto estabelecido entre as partes no contrato, e não mercadoria diversa.

Ademais, conforme explicado anteriormente no tópico concurso de penas, as condutas tipificadas no art. 96 são autônomas e cumulativas, ou seja, o agente que entrega mercadoria falsificada para a Administração comete dois ilícitos previstos no artigo em voga, pois entrega produto falsificado e mercadoria diversa da estipulada (incisos II e III).

É necessário o prejuízo à Fazenda Pública, dado que a entrega de produto distinto do estipulado, porém de mesma qualidade ou melhor, constitui situação atípica que não será punida, dado a não previsão legal.

IV. Alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida.

O agente que altera substância, qualidade ou quantidade de mercadoria fornecida será punido pela fraude cometida à Administração Pública. Como já comentado, é de suma importância a lesão à Fazenda Pública, pois, caso haja alteração do produto em sua qualidade, substância ou quantidade, e esta alteração for superior ao estipulado, o fato seria atípico, visto que a administração se beneficiaria com tal modificação.

FRAUDE NA LICITAÇÃO. Praticam o delito previsto no art. 96, IV, da Lei 8.666/93 os agentes que, mediante ajuste, fraudam, em prejuízo do Município, licitação instaurada para aquisição de reservatório de água, alterando a substancia, qualidade e quantidade da mercadoria fornecida. Condenação mantida.

V. Tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato

Tal dispositivo trata-se de norma genérica, abrange as outras hipóteses fraudulentas existentes e não listadas nos quatro incisos anteriores do art. 96.

Oportuno é o esclarecimento fornecido por Pereira Júnior (2009, p.869):

Esta cláusula final é genérica e permite a interpretação analógica da enumeração, de modo a abranger as hipóteses de fraudes não especificadas anteriormente que onerem a proposta, deixando-a mais custosa para o erário, ou a execução do contrato, obrigando o Estado a mais alto custo para satisfazer a obrigação. Este maior ônus para o Estado deve ser injusto, ou seja, não decorrer de causa lícita que proporcione ao agente majorar as condições da proposta ou execução do contrato.

5.5 Concursos e consumação

A configuração do presente artigo absorve os crimes dos artigos 90, 93 e 95 da lei em comento, quando se utiliza de fraude ou conluio para sua configuração.

Contudo, haverá concurso material quando houver condutas típicas de corrupção passiva ou ativa.

O crime consuma-se com a ocorrência do resultado naturalístico, ou seja, um prejuízo efetivo ao Erário Público. Portanto, trata-se de um crime material, pois exige o resultado (prejuízo). Assim, consuma-se o crime no momento em que a administração paga ao fornecedor a fatura fraudulenta prevista nos incisos, caso tal pagamento não se realize por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo, este responderá a título de tentativa.

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
– Fraude à licitação - Caracterização – Apresentação da proposta com preço superfaturado com réus que, ajustando a divisão do lucro, agiram em conluio para que a adjudicação recaísse em favor de um deles – Dolo de se locupletarem à custa da Fazenda Pública evidente – Inteligência do art. 96. I, da Lei 8666/93.

5.6 Pontos de ineficácia do dispositivo penal

O art. 96 prevê uma série de condutas puníveis em seus 5 (cinco) incisos, contudo, tais tipos por força de lei, são taxativas, ou seja, não podem ser ampliadas por força de interpretação. Assim, o seguinte questionamento pode ser levantado: O contrato de prestação de serviço ou de construção de uma obra que se enquadrar nas hipóteses do art. 96 será punido de acordo com os tipos da lei penal licitatória? A resposta é negativa, pois a lei é muito clara em prever “Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para *aquisição de bens ou mercadorias*. Desta feita, abstraímos o principal ponto de ineficácia do dispositivo em comento, visto que o agente que fraudar contrato de obra, por exemplo, não será punido neste tipo penal, caso pratique qualquer dos tipos do art. 96, como elevação arbitrária do preço, dado o princípio da Taxatividade. Assim, adverte Greco Filho (2007, p. 117): “[...] o mesmo tipo de conduta e prejuízo pode ocorrer relativamente a contratos de prestação de serviços e, com maior frequência, em contratos de obras.”.

A situação se repete quando o agente fraudar contrato estabelecido sem licitação, ou seja, nas hipóteses de contratação por inexigibilidade ou dispensa, previstas nos arts. 25 e 26 da Lei Licitatória, visto que não responderá pelo artigo em análise, dado que a mesma não está prevista no rol incriminador.

Infelizmente, não são poucos os casos vistos nos noticiários que informam a população de superfaturamento de obras, construções de hospitais e escolas. Estes exemplos ficam ainda mais evidentes em nosso próprio Estado, v. g. a construção da ponte mais cara do mundo, dado o seu orçamento ter extrapolado 150% do valor inicial da obra.

Assim, o art.96 que originalmente dispõe: “Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para *aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou o contrato dela decorrente;*” poderá ser reescrito da seguinte forma: *Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, e contratação a qualquer título, ou o contrato dela decorrente.*

Faz-se necessário ainda incluir um parágrafo único no dispositivo dispondo: “Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, fraudar contrato nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação”.

6 Considerações finais

O presente trabalho investigou as possíveis causas de ineficácia dos dispositivos penais previstos nos artigos 89 e 96 da Lei nº 8.666/1993, à luz da legislação, doutrina e jurisprudência.

Na seção 2, subseção 2. 4, é importante salientar a revogação dos artigos 326, 335 e 336 do Código Penal, uma vez que a Lei nº 8.666/1993 dispõe totalmente sobre a matéria nos seus artigos 89 a 98, nos moldes do artigo 2 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro.

Ainda sobre o tema, o agente servidor que praticar condutas criminosas previstas na lei licitatória poderá responder nas esferas administrativa, civil e penal, não constituindo tal

enquadramento como *bis in idem*, dado a previsão expressa do artigo 82 da lei licitatória (responsabilidade extrapenal).

Na seção 3, subseção 3.1, ressalta-se a alteração legislativa trazida no texto da lei licitatória, que adaptou o artigo 327 do Código Penal às modificações propostas pela doutrina e jurisprudência pátria (inclusão dos agentes públicos que atuam na Administração Indireta), assim como incluiu previsão de aumento de pena para os servidores que exercem função de confiança.

Na subseção 3.5 abordou-se um dos assuntos mais polêmicos da presente pesquisa, que consiste na previsão da pena de multa, extremamente criticada pela doutrina nacional, uma vez que esta afronta o Princípio da Segurança Jurídica, dado que a pena de multa é fixada com base no valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferida pelo agente criminoso e, muitas vezes, os julgadores não aplicam essa penalidade por não conseguirem precisar o valor exato ou aproximado da vantagem obtida, ou, por que o tipo penal examinado não dispõe sobre qualquer vantagem obtida, tal como estabelece o artigo 93 da lei licitatória.

O legislador criou no tipo penal do artigo 89, parágrafo único, uma condição objetiva de punibilidade, uma vez que somente será punido o particular que concorre para o delito e dele recebe vantagem econômica - é o que a doutrina denomina crime “dolo específico”. Neste sentido, o particular que, concorrer para o delito e dele não se beneficiar, não responderá por delito nenhum, afrontado o que preconiza o artigo 29 do Código Penal e se tornando uma causa de ineficácia do dispositivo criminal.

Isto posto, a título de sugestão, é proposta a construção do parágrafo único da seguinte forma: *Na mesma pena incorre aquele que concorrer para a dispensa ou inexigibilidade ilegal, dela beneficiando-se para celebrar contrato com a Administração Pública.*

As hipóteses do art. 96 são taxativas, e, por consequência, não poderão ser ampliadas pelo julgador. Ocorre que, a presente norma não estabeleceu como hipótese de incidência penal a contratação de prestador de serviço ou, ainda, a contratação de empresa para a construção de uma obra. Em tais situações, caso haja a configuração de quaisquer dos incisos do artigo, não poderá o julgador aplicar a pena devida, por ausência de previsão legal.

Desta feita, o presente tipo penal mostra-se ineficaz, por não abarcar as situações de contratação de empresas para a prestação de serviços ou construção de uma obra, casos que, em geral, mostram-se típicos nas denúncias de corrupção.

Assim, é proposta a construção do parágrafo único, do artigo em comento, da seguinte forma: *Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens e mercadorias, e contratação a qualquer título, ou o contrato dela decorrente.*

Tendo em vista que os tipos penais do art. 96 da Lei de Licitações e Contratos também não se aplicam as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, propõe-se a construção de um parágrafo único dispendo: *“Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, fraudar contrato nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação”.*

Observa-se, portanto, que a norma vigente em nosso ordenamento jurídico há 22 anos, possui falhas técnicas, conforme analisado nos dois dispositivos penais, o que pode ensejar a não punibilidade de agentes criminosos que, por mais que pratiquem conduta incompatível com a moral e a ordem, não poderão ser punidos.

Assim, por meio das informações levantadas, foi possível construir o esboço da redação dos dois dispositivos penais em comento, de forma a melhor descrevê-los e por consequência poder tornar possível o papel do julgador, que não raras vezes,

mostra-se impossibilitado de aplicar o direito por ausência de previsão legal.

**Ineffectiveness of Articles 89 and 96 of the Bidding Law
and Contracts the Federal Public Administration
(Law n. 8.666 / 1993)**

Abstract: Born result of public outcry and the authorities struggle, the Law No. 8.666/1993 want to become impersonal process of hiring in the public sector, providing punishment for those who try to distort the bidding process. It happens that, through the years, the legal provision was not effective, given often its primary aim was not achieved, since the criminal elements could escape of an effective punishment, either through legislative loopholes, is the absence of want to punish. The present work has the purpose to comment on the ineffectiveness of the criminal offenses of Articles 89 and 96 of Law No. 8.666/1993, and with the goals: Specific, technical legal work defending the completion of course, a prerequisite for obtaining a bachelor's degree in law, the Federal University of Amazonas; General, make public a detailed study about the ineffectiveness of two criminal types of bidding law, describing its historical, criminal oversight, hallmarks principles, duration and other characteristics necessary for show the ineffectiveness of the articles. The topic is current and relevant, since the news of crimes bidding is already part of the daily life of our population, so it's necessary carry out a technical and legal study to propose amendments to the letter of the law, thus making it not only current, but also effective. To begin investigation of this research, we adopted the inductive method, by analyzing the relevant legislation, doctrine and jurisprudence homeland. To report the outcome of the research was used the mode descriptive account proposed by BARRAL (Methodology of Legal Research, 2010). In a few words, this study aims to elucidate the points of ineffectiveness

of criminal law articles of the current bidding, suggesting, at the end, two amendments to the legal text, seeking to make it effective.

Keywords: Bidding Law. Criminal Types. Ineffectiveness. Impunity. Modifications Pertinent

Referências

ARAÚJO, M. PF deflagra esquema de fraude em 4 cidades de PE. *Folha de Pernambuco*, Pernambuco, 14 dez. 2013.

BARRAL, W. O. *Metodologia da pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BIOLCHINI, A. *Codificação da contabilidade pública brasileira vol. II*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. v. 2.

COSTA JÚNIOR, P. J. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Das licitações públicas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, W. *Fundamentos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1998.

FERREIRA, A. B. H. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FREITAS, A. G. T. de. *Crimes na Lei de Licitações*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

GASPARINI, D. *Crimes na licitação*. São Paulo: NDJ, 2003.

_____. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, V. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, H. L. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRABETE, J. F. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, C. O Mouse contra os Ratos. *Revista Veja*, São Paulo, ano 38, n. 23, p.136-137, 8 jun. 2005.

NUCCI, G. de S. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

PEREIRA JÚNIOR, J. T. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SLAIBI FILHO, N. A norma Constitucional. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 17, p. 123-153, 2002.

Novos delineamentos sobre o conflito de atribuições no âmbito do Ministério Público

*João Gaspar Rodrigues**

Sumário: 1 Introdução. 2 Noções conceituais. 3 Momento em que surge o conflito. 4 Competência para dirimir o conflito. 5 Conflito de atribuições entre Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal ou entre membros de MPs de Estados-membros diversos. 6 Prejuízos advindos com a vulgarização do instituto. 6.1 Violação do princípio da duração razoável do processo. 6.2 Redução da eficiência institucional. 7 Criação de um mecanismo cautelar para preservar a resolutividade institucional. 8 Conclusões. Referências.

Resumo: Os mecanismos jurídicos postos à disposição do Ministério Público não se prestam ao estéril debate de teses metafísicas ou bizantinas com o fim de alimentar tendências idiossincráticas e ritualísticas de alguns, mas para alcançar objetivos pragmáticos e úteis à comunidade que recorre aos serviços dos agentes da instituição. Os conflitos positivos ou negativos de atribuições são exceções no linear, dinâmico e contínuo exercício funcional, e assim devem permanecer, não se transformando num hábito revelador da frágil regulamentação interna e da má gestão funcional dos próprios agentes do Ministério Público.

Palavras-chave: Conflitos de atribuição. Resolutividade. Eficiência. Duração razoável do processo.

*Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

1 Introdução

O conflito de atribuições no âmbito do Ministério Público é um daqueles temas relegados à pura prática ou ao artesanal método de tentativas e erros, não sendo submetido, como qualquer outro instituto processual, a uma cuidadosa abordagem científica e teórica (resultando num conhecimento assistemático, obscuro, simplista e inapto para solucionar produtivamente as colisões funcionais). E esse descaso revela-se pela escassa produção doutrinária sobre a matéria. Matéria que se revela importante por tangenciar, quando não afronta diretamente, o princípio constitucional da duração razoável do processo e a capacidade da instituição de atender tempestivamente as demandas sociais ou comunitárias (perfil resolutivo), como será demonstrado ao longo do estudo.

O instituto é referido nas leis de regência do Ministério Público, mas não há uma preocupação normativa em sua minuciosa regulamentação, sendo tratado como um mero incidente sem maiores consequências na vida orgânica da instituição e, principalmente, do administrado que espera uma resposta célere (*output*) à sua demanda (*input*). Por conta disso, tende a haver uma vulgarização e, até certo ponto, um abuso no uso desse instituto processual (como, de igual modo, se passa com a suspeição por motivo de foro íntimo), levando a uma atomização da função ministerial (sem interlocução e diálogo).

À míngua de uma regulamentação própria (é dizer, nas leis orgânicas do MP¹) e na esteira do velho hábito do paralelismo

¹ Uma rápida pesquisa nas diversas leis orgânicas estaduais nos revela um cenário estéril. A maioria das leis apenas faz referência à autoridade com atribuições para dirimir o conflito. Outras, além disso, preveem detalhes óbvios como as formas de conflito (negativo ou positivo), o modo como deve ser suscitado etc. Mas nada sobre como decidi-lo, hipóteses de cabimento, como processá-lo, os prazos de cada ato, em que autos etc.

das formas em relação ao Judiciário², aplicam-se analogicamente os preceitos relativos aos conflitos de competência. Todavia, essa “construção analógica” (HAMILTON, 1983, p. 119), além de ressaltar uma propensão institucional de receber e não produzir ideias, também não atende às peculiaridades do conflito de atribuição, gerando algumas perplexidades e dificuldades, facilmente evitáveis com a adoção de regras próprias e específicas sob o pálio de uma nova mentalidade institucional.

Este estudo busca perspectivas mais amplas e é dividido em três partes principais: primeiramente, as noções conceituais gerais para situar o leitor; em seguida, a fixação dos marcos característicos do instituto sob o enfoque resolutivo do Ministério Público, tentando fugir ao modelo meramente reprodutivo; finalmente, como fecho ao ensaio, algumas conclusões práticas relativas ao tema.

2 Noções conceituais

Todo agente público detém uma quantidade de poder específica para o desempenho de suas funções, fixada a partir de critérios abstratos e pré-determinados. Se o agente é judicial, essa “quantidade de poder” traduz-se em *competência* (“medida da jurisdição”); se é um agente da Administração, como se passa com o membro do Ministério Público, fala-se em *atribuição*. Embora as atribuições venham traçadas em lei, existem sempre algumas zonas cinzentas (que, em princípio,

² Hábito este que, não raro, faz com que a inteligência da realidade jurídica sofra um desequilíbrio stupidificante com ocasionais movimentos regressivos. Romper com essa “prática espectral” (ou “hábito mimético”, para usarmos uma expressão tão ao gosto de T. Veblen) é uma tarefa de grande amplitude que, felizmente, escapa aos limites desse estudo.

geram os conflitos) potencializadas pela riqueza dos fatos que ocorrem na vida prática e que escapam à previsão do mais sábio dos legisladores.

Há quem não aceite a discriminação terminológica entre “conflito de competência” para os juízes e “conflito de atribuição” para os membros do MP (TEIXEIRA, 2009, p. 18). Parece-nos bizantinice alimentar tal discussão, pois a lei processual civil, embora sendo omissa em relação aos conflitos entre agentes do Ministério Público, adota o termo “conflito de competência” para as colisões entre agentes do Judiciário. E desde Liebman (apud GRINOVER et al, 2003, p. 230)³, está assentado na doutrina nacional que competência é a “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”.

O conflito acontece quando dois ou mais agentes se dão, simultaneamente, por aptos (ou seja, com atribuições) para atuar num procedimento ou num ato de ofício próprio do Ministério Público (*conflito positivo de atribuições*) ou quando dois ou mais agentes se consideram sem atribuições para tanto (*conflito negativo de atribuições*). É possível que ocorra conflito de atribuição entre agentes ministeriais mesmo sobre decisões proferidas por juízes (no caso, por exemplo, do inquérito policial), pois o que delimita esse incidente não é a qualidade das autoridades envolvidas, a forma ou o momento de sua prática e sim a natureza do ato ou o seu conteúdo (CARNEIRO, 1999, p. 184). Se o ato, objeto da controvérsia, não é jurisdicional (quando então teríamos o conflito de competência), e sim administrativo (ou até de outra natureza), a colisão é de atribuição.

Suponhamos que determinado promotor de justiça ao receber um inquérito policial lance uma promoção sustentando

³ Cf. também CARNEIRO, 1993, p. 45; CÂMARA, 2004, p. 96; THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 137.

que o juízo sob o qual atua é incompetente para apreciar eventual demanda penal. O juiz correspondente acolhe a promoção e determina a remessa ao juízo presumivelmente competente⁴. Neste segundo juízo, o inquérito é remetido ao respectivo promotor, que se manifesta pela incompetência e sua manifestação é acolhida pelo juiz. Instaura-se, então, um conflito negativo de competência ou de atribuição?

Os atos praticados pelo juiz no curso do inquérito têm natureza administrativa. Não são jurisdicionais, pois sem ação não há jurisdição (JARDIM, 1986, p. 36), salvo as hipóteses da jurisdição cautelar (ex.: decretação de prisão preventiva ou temporária, ou concessão de liberdade provisória). A dúvida sobre o juízo competente antes da denúncia só existe no plano do Ministério Público, pois a jurisdição ainda não foi deflagrada. Na fase inquisitorial, a competência somente é tomada como medida da atribuição do Ministério Público, tendo em vista que a atribuição de seus órgãos de execução está vinculada à competência dos órgãos judiciais junto aos quais atuam. Nada mais que isso (JARDIM, 1986, p. 39-40; FONTELES, 1985, p. 226). Portanto, no exemplo dado, há conflito negativo de atribuição entre os dois órgãos de execução do Ministério Público.

Consoante já decidiu o STJ⁵, não há divergência entre as autoridades judiciárias⁶. Irrelevante os Juízes de Direito, tanto

⁴ Se o juiz não acolhe o pronunciamento de declinação de competência, não há conflito de atribuição, mas arquivamento indireto, devendo o magistrado aplicar a disposição do art. 28 do Código de Processo Penal e enviar o inquérito à chefia do Ministério Público (STJ, CAAt 222 MG 2008/0120321-8, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11 maio 2011, publ. DJe 16 maio 2011). Vide também FONTELES, 1985, p. 226.

⁵ CC 2310/RS, 3ª S., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 07 nov. 1991.

⁶ Tanto que o juiz declara a sua incompetência em “qualquer fase do processo” e não no inquérito, como vem insculpido no art. 109 do Código de Processo Penal: “Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos...”.

de uma como de outra Comarca, despacharem, encaminhando os autos, conforme requerimento dos Promotores de Justiça.

Assim o é porque tais despachos não configuram aval do Judiciário. Ainda que os magistrados assim o quisessem, a razão evidencia-se com facilidade. Ao Judiciário é vedado, resultante da separação dos Poderes, manifestar posição quanto às características do fato delituoso, antes da imputação do Ministério Público. Írrita, em consequência, qualquer posição. Caso contrário, afastar-se-á a legitimidade para apresentação da denúncia. O Ministério Público, como titular da ação penal, deliberará como lhe parecer legal e justo. Impossível o Judiciário determinar que ofereça a acusação, definindo os elementos essenciais e circunstanciais do delito. Vias oblíquas conduziram, de modo anômalo, o Juiz oferecer a denúncia, afrontando a Constituição da República.

Por fim, para encerrar esse item, é preciso dizer que os conflitos ocorrem porque o agente do Ministério Público, dadas as regras de ouro da independência funcional e da estrita obediência à lei (sujeita à interpretação de cada agente), é o juiz primário de sua própria atribuição. Não há, aprioristicamente, uma autoridade (salvo a proveniente da lei) que defina os campos de atuação desses agentes.

3 Momento em que surge o conflito

O conflito somente passa a existir a partir do momento em que dois ou mais promotores de justiça (ou procuradores de justiça) tenham lançado manifestações divergentes. Se um promotor do meio ambiente, ao receber um procedimento, lança o entendimento de que não tem atribuição para atuar e o encaminha ao promotor de urbanismo, e este, por sua vez,

entende que lhe falece atribuição e encaminha ao promotor da cidadania, não há, até aqui, conflito, que só passará a existir se o promotor da cidadania também se declarar sem atribuição, apontando um dos outros dois como detentor de atribuição para atuar.

Portanto, para que haja conflito é necessário que: 1- o agente ministerial entenda ter atribuição quando outro já tinha se manifestado com atribuição para atuar (conflito positivo); 2- o agente ministerial entenda não ter atribuição e indique que o agente com atribuição é um que já se declarou desprovido de tal (conflito negativo).

No caso de conflito positivo de atribuição não é necessária a existência de manifestação expressa de ambos os agentes ministeriais afirmando sua atribuição sobre o outro, basta para que surja o conflito a prática de atos de ambos sobre o mesmo procedimento, como se fossem os únicos com atribuição para conhecê-lo e impulsioná-lo, com o reconhecimento implícito da própria atribuição.

4 Competência para dirimir o conflito

No âmbito estadual, a autoridade competente para dirimir o conflito de atribuições entre membros do Ministério Público é o Procurador-Geral de Justiça (LONMP, art. 10, X):

Art. 10 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça:
X - dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito.

No Ministério Público da União, a controvérsia entre

membros de ramos diferentes é dirimida pelo Procurador-Geral da República (LOMPU, art. 26, VII).

Art. 26. São atribuições do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público da União: VII - dirimir conflitos de atribuição entre integrantes de ramos diferentes do Ministério Público da União.

No conflito entre órgãos do Ministério Público Federal, a decisão inicial compete às Câmaras de Coordenação e Revisão⁷ (LOMPU art. 62, VII) e, em grau de recurso, ao Procurador-Geral da República (LOMPU art. 49, VIII).

Nos casos em que os conflitos se derem entre membros integrantes do mesmo ramo do Ministério Público da União, a solução obedece aos mesmos parâmetros: inicialmente, são remetidos às Câmaras de Coordenação e Revisão e posteriormente, em grau de recurso, ao Procurador-Geral respectivo (do Trabalho – arts. 91, VII e 106, III; Militar – arts. 124, VI e 136, VI; ou do Distrito Federal e Territórios – arts. 159, VI e 171, VIII).

Quando o conflito se der entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União, a competência para dirimi-lo é do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, “g”).

A norma, claramente, determina que os conflitos de atribuição devem envolver autoridades judiciárias em, pelo menos, um dos pólos do conflito, para atrair a competência do STJ.

⁷ As Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal são “órgãos setoriais de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional na instituição” (LOMPU, art. 58).

5 Conflito de atribuições entre Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal ou entre membros de MPs de Estados-membros diversos

Por algum tempo, entendeu-se que o conflito de atribuições entre o MPE e o MPF (ou qualquer outro ramo do MP da União) devia ser dirimido pelo STJ. Também, por um brevíssimo tempo, acreditou-se que a autoridade competente seria o Procurador-Geral da República.

Embora o Procurador-Geral da República disponha de atribuição nacional ampla por atuar perante o STF, em termos administrativos, a Constituição Federal atribui-lhe apenas a chefia do Ministério Público da União. Faltar-lhe-ia poder hierárquico sobre o Ministério Público dos Estados para solucionar eventual conflito entre os membros destes e os da União (Federal, Trabalho, Militar ou do Distrito Federal e Territórios).

O STF, em julgamento plenário realizado em 28 set. 2005 (Petição n. 3.528-3/BA, rel. Min. Marco Aurélio), revendo anterior posicionamento, decidiu ser de sua competência originária o processamento e julgamento dos conflitos de atribuições entre órgãos do Ministério Público, com fundamento no art. 102, I, “f”, da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...).

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

No mesmo julgamento, acrescenta o ministro relator que não se tem na Constituição qualquer dispositivo que revele a ascendência do Procurador-Geral da República relativamente aos Ministérios Públicos dos Estados.

Diante da clara lacuna constitucional e legal sobre o órgão competente para a matéria, a solução encontrada pela Corte Suprema parece ser, face às circunstâncias, a melhor. Conforme salientou o Ministro Marco Aurélio no voto proferido na Pet. n. 3528/BA (DJ 03 mar. 2006), o STF tem precedentes segundo os quais⁸, diante da conclusão sobre o silêncio do ordenamento jurídico a respeito do órgão competente para julgar certa matéria, a ela própria cabe a atuação.

Se o conflito é suscitado por membro do MPF, os autos devem ser encaminhados ao STF via Procuradoria-Geral da República. Quando o suscitante for membro do MPE, de igual modo, pode ser encaminhado ao STF via Procuradoria-Geral de Justiça (JARDIM, 1986, p. 33).

No julgamento da Petição n. 3.631/SP (Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 07 mar. 2008), o STF também se deu por competente para dirimir conflito de atribuição entre membros de MPs de Estados-membros diversos, com base na interpretação extensiva do art. 102, I, “F”, da Constituição Federal, reconhecendo conflito federativo.

6 Prejuízos advindos com a vulgarização do instituto

O aumento vertiginoso da suscitação de conflitos de atribuição, além das causas já referidas, deve-se também à multifária intervenção do Ministério Público no cenário jurídico (MAZZILLI, 1986, p. 73), dada a generosidade do legislador

⁸ STF, Conflito de Jurisdição n. 5.267, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 04 maio 1970.

infraconstitucional sobrecarregando a instituição com novas e antinômicas atribuições (RODRIGUES, 2011, p. 491).

O prejuízo a ser ressaltado não resulta do uso legítimo do conflito de atribuição, mas da multiplicação de seu uso sobre situações aparentemente claras ou já pacificadas doutrinária e jurisprudencialmente.

6.1 Violação do princípio da duração razoável do processo

Além da dissipação de recursos públicos e de muita energia coletiva, o uso vulgarizado do conflito de atribuições fere profundamente o direito fundamental da duração razoável do processo (CF, art. 5º, inc.), impedindo que a instituição dê respostas adequadas e tempestivas às demandas formuladas pela comunidade circundante.

A simples existência do conflito de atribuição é um estorvo e um obstáculo ao bom desenvolvimento procedimental. O mero fato de o procedimento ficar suspenso enquanto se aguarda tão somente a decisão a respeito de qual órgão ministerial tem atribuição já torna o conflito um grave inconveniente, principalmente quando se tem em vista a promessa constitucional de entrega célere dos serviços ministeriais.

Com a instauração do conflito, temos, no mínimo, três órgãos públicos e três agentes em compasso de espera: os dois órgãos de execução conflitantes e a Procuradoria-Geral de Justiça (com sua respectiva assessoria jurídica) que detém a atribuição para dirimir o conflito. Podemos ainda considerar, eventualmente, em caso de recurso, a interveniência de um quarto órgão, o órgão colegiado recursal. Enquanto isso, o

problema comunitário trazido ao conhecimento da instituição fica paralisado no poderoso tentáculo da inércia e sem solução. É desperdício de tempo e de recursos públicos, com sérios prejuízos ao caráter resolutivo da instituição.

A proclamação de um princípio como o da duração razoável do processo não basta para mudar as atitudes institucionais: ele só ganha sentido quando é vivido e quando mecanismos são criados para lhe garantir concretude, decantando-lhe a essência e o alcance prático.

6.2 Redução da eficiência institucional

Vivemos um novo movimento, uma nova onda, que poderíamos denominar de a segunda onda da era contemporânea do Ministério Público. É o movimento da eficiência, da busca por resultados e legitimidade social, de um novo perfil institucional mais adequado à quadra histórica de aprofundamento e amadurecimento democrático.

Esse movimento é simbolizado pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998 que, entre outras medidas, guindou a *eficiência* a princípio constitucional da Administração Pública, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Se uma lição segura pode ser extraída da história política é a seguinte: o povo é impelido por vários sentimentos e impulsos conflitivos, tendo necessidades e exigências que variam de tempos e tempos (MACIVER, 1965, p. 08). Por isso, o ambiente democrático gera demandas com muita rapidez, mas se revela lento em atendê-las. Ou como diz N. Bobbio (1986, p. 36), a democracia tem a demanda fácil e a resposta difícil. E essa tendência reivindicativa da sociedade aprofunda-se com o processo de amadurecimento democrático, com a sociedade

tornando-se cada vez mais cônica de seus direitos, exigente e participativa.

À medida que a sociedade democrática evolui, bem como se intensificam o sentimento democrático e os instrumentos postos à sua disposição, cresce também seu nível de exigência em relação ao Ministério Público. Se a instituição deixa de responder eficazmente às contínuas e cada vez mais complexas demandas sociais (DIAS JÚNIOR, 2005, p. 714), corre o risco de, cedo ou tarde, ter sua legitimidade de defensora da sociedade questionada.

Os conflitos de atribuição representam, na prática, uma paralisação na atividade prestada pelo Ministério Público aos administrados. O uso frequente do instituto, a falta de regulamentação adequada, a tardança em dirimir os conflitos, faz com que a paralisação, de exceção passe a regra. Esse panorama reduz, claramente, a eficiência dos serviços prestados pela instituição.

7 Criação de um mecanismo cautelar para preservar a resolutividade institucional

Suscitado o conflito de atribuição, o fato objeto do procedimento (equivalente a uma demanda social ou com repercussão social) fica paralisado, num estado inercial incompatível com a célere e eficiente prestação dos serviços públicos. O ideal é que o órgão encarregado de dirimir o conflito (no caso, a Procuradoria-Geral de Justiça ou a Procuradoria-Geral da República) determine, em caráter liminar, a um dos órgãos a adoção de providências preliminares de urgência, até a solução definitiva da questão.

Esse poder de cautela atribuível à autoridade competente

para dirimir o conflito tem sua razão de ser na preocupação razoável de evitar que a instituição, considerada em sua totalidade, sofra qualquer solução de continuidade nas respostas (*output*) às demandas (*input*) urgentes da sociedade. No limite extremo do pensamento prático, ou seja, no contato imediato com os problemas do dia a dia, exsurge com particular clareza que não há nada pior para um modelo institucional resolutivo que a tardança injustificada na prestação dos serviços (processo de conversão do *input* em *output*).

E como a construção desse instituto processual se faz por analogia às normas reguladoras do conflito de competência presentes nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, nada mais razoável que adotar medidas eficientes e compatíveis, categorialmente, com a sua natureza jurídica. No processo civil (CPC, art. 120), pode o relator do conflito de competência, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Igual disposição, em nítida reprodução da norma processual civil, encontra-se no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁹, aplicável tanto aos conflitos de competência quanto de atribuições:

Poderá o Relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, e, neste caso, bem assim no de conflito negativo, designar um dos órgãos para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (art. 166).

Nada impede, e pelo contrário, tudo parece recomendar

⁹ Vide também o Regimento Interno do STJ, art. 196.

(em prol da eficiência e da resolutividade institucionais) que a autoridade encarregada de dirimir os conflitos de atribuição no âmbito do Ministério Público tenha, por lei, o poder de determinar que um dos órgãos conflitantes dê prosseguimento ao procedimento até a solução definitiva.

Independente do volume de conflitos suscitados e dos fundamentos alinhados, a entrega do serviço solicitado à instituição não sofreria solução de continuidade. O instituto guardaria sua consistência resolutiva mesmo entre ruínas (uso reiterado).

8 Conclusões

Não há motivos para deixarmos de aperfeiçoar indefinidamente mecanismos jurídicos que alicerçam a eficiência funcional da instituição ministerial. Sob esse aspecto ocorre significativa divisão entre duas espécies de mentalidade: a dos que resolvem aceitar a perspectiva da permanente instabilidade/ineficiência, dos repetidos erros, dos êxitos incompletos e dos insucessos novos; e a dos que decidem, mediante aturado e consciencioso estudo, aperfeiçoar e melhorar institutos jurídicos responsáveis por tanta perturbação, por tantos obstáculos opostos ao eficiente exercício funcional.

Nos conflitos de atribuições entre os agentes do Ministério Público há, claramente, um interesse inercial que, em regra, orienta suas deflagrações (principalmente quando se sucedem em cascata e entre os mesmos órgãos), revelando um traço cultural-institucional muito forte do horror à responsabilidade e que se traduz na expressão corriqueira do “isso não é comigo”. O interesse substancial, de fundo, não derivado do embate de circunstâncias transitórias é, inconscientemente,

relegado à esterilidade do apodo *fiat justitia pereat mundus* (faça-se justiça ainda que pereça o mundo), que, nos dias de hoje, faria enrubescer um filósofo medieval do direito natural¹⁰. Que o mundo desabe, contanto sejam discutidas e prevaleçam concepções jurídicas, formais, mecânicas e retiradas de leis mal formuladas e pior ainda interpretadas. Este padrão de conduta revela-se, na prática, incompatível com o esforço resolutivo institucional que traça uma atividade com um fim em vista (o bem comum).

Os mecanismos jurídicos postos à disposição do Ministério Público não se prestam ao estéril debate de teses metafísicas ou bizantinas esgrimidas com o fim de alimentar tendências idiossincráticas e ritualísticas de alguns, mas para alcançar objetivos pragmáticos e úteis à comunidade que recorre aos serviços dos agentes da instituição. Os conflitos positivos ou negativos de atribuições são exceções no linear, dinâmico e contínuo exercício funcional, e assim devem permanecer, não se transformando num hábito revelador da frágil regulamentação interna e da má gestão funcional dos próprios agentes do Ministério Público.

Como cumprir o direito fundamental da duração razoável do processo e garantir que os conflitos de atribuições entre os diversos órgãos ministeriais sejam a exceção e não uma indesejável regra? Vemos três cenários necessários e complementares (no sentido de que se retroalimentam e se reforçam um ao outro) para que isso ocorra:

1- Uma lei de regência com normas minuciosas e bem claras (que organize em bases seguras e coerentes a atuação funcional de cada agente);

2- Efetivos mecanismos internos de coordenação entre as

¹⁰ O filósofo do Direito Natural racional pode sustentar o dogma: *fiat jus, pereat mundus*. O teórico do Estado, assim como o jurista prático, em troca, só pode admitir, em última análise, o dogma: *fiat jus, ne pereat mundus* (HELLER, 1968, p. 310).

diversas áreas de atuação e os respectivos órgãos de execução;

3- Agentes imbuídos de um espírito de cooperação funcional interna (“diálogo institucional” ou intercambialidade), vendo os diversos órgãos de execução como efetivamente são: engrenagens de uma estrutura coletiva homogênea que desempenham um papel e se inter-relacionam.

A totalidade tem fins superiores à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade, uma vez alcançado, transforma-se no bem das suas partes, ou, com outras palavras, parafraseando Bobbio (2001, p. 25), o máximo bem dos agentes ministeriais é o efeito não da perseguição, através do esforço pessoal, do próprio bem por parte de cada um, mas da contribuição que cada um juntamente com os demais dá, solidariamente, aos fins institucionais.

O entrelaçamento desses três fios (normatização, coordenação e intercambialidade) mostra-se apto a contribuir, de forma decisiva e definitiva, para a solução célere dos conflitos, preservando a capacidade da instituição de atender, tempestivamente, as demandas sociais.

O diálogo institucional ou a solidariedade interna entre os agentes do Ministério Público, com delimitação precisa de atribuições, disposição de atuar em conjunto e uma interação funcional sujeita a princípios, normas e regras, onde cada órgão pode complementar a atividade do outro, é o passo decisivo para uma gestão fundada no resultado. Isso porque a reunião de uma série de energias (os diversos membros numa instituição) gera um somatório razoável, mas a multiplicação dessas energias reunidas só é possível se entre elas estabelece-se um diálogo ou uma forma de comunicação produtiva.

Também sugere-se, de *lege ferenda*, em prol da eficiência e da resolutividade institucionais, que a autoridade encarregada de dirimir os conflitos de atribuição no âmbito do Ministério Público tenha o poder de determinar que um dos órgãos

conflitantes impulsione o procedimento até a solução definitiva do conflito. Com esse mecanismo, a entrega do serviço solicitado à instituição não sofre solução de continuidade e resta preservado o princípio constitucional da “duração razoável do processo”, direito fundamental do cidadão, para quem os sinos doam.

New designs on the conflict of powers under the Public Ministry

Abstract: The legal mechanisms available to the public prosecutor does not lend itself to the sterile discussion of metaphysical or byzantine theses in order to feed idiosyncratic and ritualistic tendencies of some, but to achieve pragmatic goals and useful to the community that uses the services of the institution’s staff. The positive or negative conflicts assignments are exceptions in linear, dynamic and continuous functional exercise, and must remain so, not becoming a habit revealing the fragile internal rules and poor functional management of own prosecutors.

Keywords: Assignment conflicts. Resoluteness. Efficiency. Reasonable duration of the process.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 9. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. Um novo modelo de gestão – reflexos na atuação do Ministério Público. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 16, 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: CNMP, 2005. p. 710-726.

FONTELES, Cláudio Lemos. Divergência entre membros do Ministério Público à positivação do ato de acusar: conflito de jurisdição ou conflito de atribuições. *Justitia*, São Paulo, v. 47, n. 131, p. 225-230, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAMILTON, Sérgio Demoro. Apontamentos sobre o conflito de atribuições. *Justitia*, São Paulo, v. 97, p. 113-119, 1983.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta, Mestre Jou, São Paulo: [S.l.], 1968.

JARDIM, Afrânio Silva. Conflito de atribuições entre órgãos de execução de Ministérios Públicos diversos. *Justitia*, São Paulo, v. 48, n.133, p. 33-44, 1986.

MACIVER, Robert Morrison. *The Web of Government*. New York: Macmillan Co., 1965.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 48, n. 135, p. 72-75, 1986.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público de Resultados: a atual missão institucional. *Revista Jurídica De Jure*, Minas Gerais, p. 469-501, jan./jun. 2011.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Conflito de atribuição/competência no Ministério Público e respectiva solução. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 8, n. 30/31, p. 11-49, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

O princípio da tutela do melhor interesse do hipervulnerável paciente-usuário de plano de saúde

*Amanda da Silva Campos**

Sumário: 1 Introdução. 2 Positivção do princípio da tutela do melhor interesse do paciente no ordenamento pátrio. 3 O princípio da tutela do melhor interesse do paciente na jurisprudência. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo trata da presença do princípio da tutela do melhor interesse do hipervulnerável paciente-usuário de plano de saúde no ordenamento pátrio, especificamente na legislação e na jurisprudência, esta que o vem reconhecendo implicitamente em alguns julgados, assim como seu conceito e conteúdo. Analisa a importância da aplicação do princípio da tutela do melhor interesse do paciente na relação médico-paciente, e a responsabilidade do profissional médico agindo nessa posição.

Palavras-chave: Paciente. Hipervulnerável. Plano de saúde. Melhor interesse.

1 Introdução

O Princípio da Tutela do Melhor Interesse do Paciente

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Aluna bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) - UFAM.

Hipervulnerável não é algo jamais falado na seara jurídica; porém, poucos ainda se enveredaram neste estudo. De forma genérica, cita-se Felipe Peixoto Braga Netto¹, que menciona a tutela do melhor interesse do paciente como farol hermenêutico diretamente conectado a um processo obrigacional dinâmico, regrado pela boa-fé objetiva, da qual decorrem os deveres anexos de cooperação e lealdade; e também Gustavo Tepedino², conceituando o dever de tutela do melhor interesse do paciente “como um critério interpretativo e cláusula geral para avaliação da conduta médica em prol da dignidade do paciente vulnerável”. Além dos renomados autores já citados, o professor da Universidade Federal do Estado do Amazonas, Maurilio Casas Maia³, também teceu comentários sobre o tema – conforme será visto mais adiante e analisado com maiores detalhes.

Falar-se em hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada, enquanto característica pessoal de um paciente, implica conceder proteção efetiva e mais intensa em relação ao mais fraco. Ela se caracteriza, nesta seara, como vulnerabilidade extraordinária (vez que ordinária é a vulnerabilidade presumida dos pacientes-consumidores em função do art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor) dos pacientes enfermos, expostos a abalos físicos e psíquicos por conta de doenças que os acometeram, podendo ser de caráter transitório ou permanente, dependendo do tipo e nível de alteração biológica do paciente adoentado. Este paciente se encontra afetado no seu poder decisório por conta de sua morbidade, cabendo ao

¹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 319-320.

² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 94.

³ MAIA, Maurilio Casas. Os planos de saúde e o melhor interesse do paciente hipervulnerável no tratamento mais adequado e indicado: da distinção entre a técnica moderna e a experimental – notas ao REsp 1.320.805/SP. *Revista dos Tribunais*, ano 103, v. 942, abr. 2014.

médico um zelo maior no tratamento, devendo prezar pelo melhor interesse e dignidade daquele.

A hipervulnerabilidade já foi reconhecida, em sede jurisprudencial, a alguns grupos específicos, como os deficientes físicos, sensoriais ou mentais⁴; indígenas⁵; e os portadores de doença celíaca (sensíveis ao glúten)⁶.

No presente estudo, voltar-se-ão os olhos ao paciente-usuário de plano de saúde na condição de hipervulnerável merecedor da tutela de seu melhor interesse. Para tanto, apresentar-se-á a positivação do princípio da tutela do melhor interesse do paciente no ordenamento jurídico brasileiro, além de expor a visão jurisprudencial sobre a tutela do paciente hipervulnerável.

2 Positivação do princípio da tutela do melhor interesse do paciente no ordenamento pátrio

Mister abordar a origem desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, podemos extrai-lo implicitamente de algumas fontes legais, como o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no inciso III, que afirma como fundamento da República “a dignidade da pessoa humana”; o art. 3º, inciso I, que constitui como objetivo fundamental da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; e o art. 6º, *caput*, que

⁴ Superior Tribunal de Justiça, REsp 931.513/RS, 1ª Seção, j. 25 nov. 2009, rel. Min. Carlos Fernandes Mathias, rel. para acórdão Min. Herman Benjamin, DJe 27 set. 2010.

⁵ Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.064.009/SC, 2ª Turma, j. 04 ago. 2009, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27 abr. 2011.

⁶ Superior Tribunal de Justiça, REsp 586.316/MG, 2ª Turma, j. 17 abr. 2007, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19 mar. 2009.

estipulou a saúde como direito social. Como informa Maurilio Casas Maia⁷,

O reconhecimento da inegável debilidade e da quase sempre presente inferioridade técnica do paciente coloca o enfermo no retrato daqueles seres humanos encartáveis na vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade – vide RDC 86/203 e RDC 89/303 –, exigindo que o Estado e particulares atuantes no cenário sanitário tratem os pacientes de acordo com o princípio da isonomia substancial e da solidariedade.

No âmbito infraconstitucional, destaca-se a Lei n° 12.842, de 19 de julho de 2013, a Lei do Ato Médico, que apresenta, nos termos do art. 2º, o princípio da tutela do melhor interesse do paciente, *in verbis*:

Art. 2º. O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

No mesmo sentido, o Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM n° 1931/2009, capítulo I, inciso II, constitui como princípio fundamental que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

Conclui-se, então, que um dos deveres inerentes à prática

⁷ MAIA, op. cit., p. 344.

médica é a busca do melhor interesse do paciente. Corrobora este entendimento Gustavo Tepedino⁸:

A investigação da culpa do médico, imprescindível à configuração de sua responsabilidade, depende da definição dos inúmeros deveres de que é cometido, os quais podem ser enquadrados em três categorias centrais: a) dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico, ao prognóstico e às possíveis técnicas e seus riscos, como acima aludido; b) emprego de todas as técnicas cientificamente reconhecidas para a recuperação do paciente; c) *tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade psico-física.* (grifo acrescido)

Consoante previsão legal do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), art. 14, §4º, a responsabilidade dos profissionais liberais (o que inclui os médicos) será apurada mediante a verificação de culpa, o que se denomina responsabilidade subjetiva.

Importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de saúde, conforme entendimento sumular 469: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Adentrando especificamente na área atuante dos planos e seguros de saúde, temos a Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, que regulamenta estes serviços securitários. Como já mencionado, extrai-se o princípio da tutela do melhor interesse do paciente implicitamente do ordenamento jurídico pátrio, não ocorrendo situação diversa no caso da lei citada.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade médica. Carta Forense, 2008. Disponível em: < <http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/responsabilidade-medica/3129>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

Neste caso, esclarece-nos Maurilio Casas Maia⁹ que, não obstante a omissão legislativa, o princípio subsiste em razão das diversas ocasiões em que a Lei dos Planos de Saúde objetiva o tratamento protetor aos pacientes vulneráveis; por ser subsistema do microsistema consumerista, a vulnerabilidade do consumidor-usuário é presumida, e, este sendo enfermo, é reconhecida a sua vulnerabilidade agravada, ou hipervulnerabilidade; e, ainda, que o dever de tratamento diferenciado em razão da hipervulnerabilidade do consumidor-usuário é consequência da realidade constitucional brasileira, que preza pela solidariedade, isonomia e dignidade da pessoa humana, não se podendo negar a aplicabilidade da tutela do melhor interesse do paciente, obedecendo ao que manda o art. 219 da Constituição da República: “o mercado interno [...] será incentivado de modo a viabilizar [...] o bem-estar da população [...]”.

Fartos são os exemplos na Lei dos Planos de Saúde que nos direcionam a afirmar a presença da tutela do melhor interesse do paciente: art. 10, que institui o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde, respeitadas as devidas exigências; art. 10-A, que estabeleceu o dever de prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama para o tratamento de mutilação decorrente de tratamento de câncer; o art. 10-B estipulou o dever de fornecer bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina com conector, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade; art. 11, *caput*, onerando a operadora da prova e demonstração do conhecimento prévio do consumidor-usuário de doença preexistente à data da contratação dos produtos, sendo vedada a suspensão da assistência até que

⁹ MAIA, op. cit.

se produza a prova citada (parágrafo único do art. 11); art. 12, que fixa padrões básicos para os serviços facultativos de atendimento ambulatorial, internação hospitalar, atendimento odontológico, inscrição de filho adotivo e para os casos de fixação de período de carência e reembolso; o art. 13 impõe a renovação automática dos planos a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, com a proibição de cobrança de taxas ou outro valor no ato da renovação; art. 14, que desautoriza o impedimento à participação nos planos de assistência à saúde em razão de idade ou deficiência; art. 15, definindo condições para variações pecuniárias nos contratos de planos de saúde em função da idade do consumidor; dentre outros.

Em suma, o princípio da tutela do melhor interesse do paciente-usuário está implicitamente previsto na Lei 9.656/98, devendo ser levado em consideração na interpretação de seu conteúdo normativo quando de sua aplicação prática, em consonância com as disposições constitucionais, o que demonstra a vontade do legislador - constituinte originário e infraconstitucional - em resguardar o melhor interesse do paciente em todos os níveis de vulnerabilidade.

3 O princípio da tutela do melhor interesse do paciente na jurisprudência

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou, em 05 de dezembro de 2013, o REsp 1.320.805/SP 2012/0086320-3, e o deu provimento, por unanimidade, nos termos do voto da Ministra relatora Maria Isabel Gallotti. O recurso foi interposto por paciente-usuário em face da Itauseg Saúde S/A, empresa seguradora de saúde, pois teve desautorizado pelo seu plano de saúde procedimento com técnica robótica para tratamento de câncer.

O caso iniciou com ação cominatória cumulada com dano material e moral, interposta pelo paciente-usuário em primeiro grau, o qual alegava que a desautorização do seguro de saúde se devia ao fato de que o tratamento – procedimento cirúrgico denominado “prostactomia radical laparoscópica assistida por um robô” – não era coberto pelo contrato de seguro, pois este afastava a exigibilidade de tratamentos experimentais.

Em primeiro grau, o autor teve seus pedidos iniciais julgados parcialmente procedentes, vez que a seguradora foi condenada ao custeio do tratamento oncológico do paciente, inclusive a reembolsar despesas com exames pré-operatórios, medicamentos e honorários médicos comprovados.

A seguradora interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, argumentando que o tratamento requerido pelo autor seria experimental; portanto, afastada a obrigatoriedade do custeio pelo plano de saúde em razão de cláusula contratual.

A 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP reformou parcialmente a sentença, pois considerou o tratamento assistido por um robô como experimental:

EMENTA. PLANO DE SAÚDE - Autor portador de adenocarcinoma da próstata gleason. 7 - Necessidade de realização de procedimento cirúrgico denominado prostatectomia radical laparoscópica - Plano de saúde que autorizou a realização de cirurgia convencional - *Procedimento cirúrgico, no entanto, realizado pela técnica da robótica, de caráter experimental* - Validade da cláusula de exclusão de tratamento de caráter experimental - Plano de saúde que deverá restituir ao autor o valor correspondente à técnica tradicional, porquanto tal cirurgia não possui caráter experimental - Réu que também deve restituir as demais despesas relativas ao tratamento oncológico do autor - Danos morais incorrentes em face de descumprimento contratual

- Recurso do réu parcialmente provido, restando desprovido o do autor. (TJ-SP, Apelação nº 0131075-47.2009.8.26.0100, Relator: Sebastião Carlos Garcia, data de julgamento: 26/05/2011, 6ª Câmara de Direito Privado). (grifo acrescido)

Nos termos do voto do relator, considerou-se a técnica como experimental em razão da inexistência nos autos de relatório médico narrando a imprescindibilidade do uso de robô para efetivação do tratamento do paciente, a irrelevância de se tratar de técnica menos invasiva quando se trata de medida sem eficácia comprovada e do alto grau de sucesso da cirurgia convencional.

O paciente-usuário interpôs recurso especial ao STJ, argumentando a violação ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil e art. 10, I, da Lei 9.656/98, como também à orientação do STJ no REsp 668.216/SP e de outros tribunais, que distinguem tratamento experimental do registro burocrático do tratamento no órgão governamental competente. O recurso foi provido por unanimidade:

EMENTA. ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO. TÉCNICA MODERNA. CIRURGIA. NEGATIVA DE COBERTURA. CLÁUSULA ABUSIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. Não configura violação ao art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, as questões submetidas à apreciação judicial. 2. *Tratamento experimental é aquele em que não há comprovação médica-científica de sua eficácia, e não o procedimento que, a despeito de efetivado com a utilização de equipamentos modernos, é reconhecido pela ciência e escolhido pelo médico como o método mais adequado à preservação da integridade física e ao completo restabelecimento do paciente.* 3. Delineado pelas instâncias de origem que o contrato

celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia o autor, *é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de utilização da técnica mais moderna disponível no hospital credenciado pelo convênio e indicada pelo médico que assiste o paciente.* Precedentes. 4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.320.805/SP, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 05/12/2013, T4 - QUARTA TURMA) (grifo acrescido)

Nos termos do voto da Ministra relatora:

Os planos de saúde não podem ter a liberdade de impor o tratamento de custo menor, apenas em razão de não haver prova de que a técnica mais moderna eleita pelo médico seja absolutamente indispensável [...]; conforme ressaltado pela sentença ‘o próprio médico do autor, Dr. José Roberto Kaufmann, reconheceu a necessidade da prostatectomia radical laparoscópica assistida por um robô, visando garantir a sobrevivência de seu paciente’. (STJ, op. cit.)

Ainda, cita o voto do Min. Carlos Menezes Direito no REsp 668.216/SP:

[...] Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor. (STJ, op. cit.) (grifo acrescido)

Tal recurso especial mostra-se de extrema importância para o relacionamento médico-paciente. Os médicos foram alçados à qualidade de responsáveis pela escolha do tratamento que melhor responde ao interesse do paciente; que melhor chance oferece de obter resultados positivos. Não há como negar, neste caso, a influência, ainda que implícita, do princípio da tutela do melhor interesse do paciente: o Superior Tribunal de Justiça, ao examinar um caso concreto, reconhece a aplicação do princípio ao utilizá-lo como baliza interpretativa. O médico, diante de um paciente hipervulnerável, tem o poder-dever de aplicar a técnica terapêutica mais suscetível de sucesso no tratamento da moléstia que acomete o enfermo, garantindo a defesa da sua saúde.

Comentando a decisão do STJ, Maurilio Casas Maia¹⁰:

Com efeito, a decisão do STJ merece aplausos na medida em que reconhece a distinção entre o *tratamento experimental e o tratamento mais moderno, menos invasivo e recomendado* – ao distinguir tais procedimentos, o Tribunal da Cidadania não fez nada mais que *reforçar o paradigma protetivo* do paciente-vulnerável da Lei 9.656/98, porquanto tutelou seu melhor interesse ao apontar pelo caráter de modernidade e menor invasividade do tratamento assistido por um robô. [...] Aliás, é oportuno aduzir que o direito ao tratamento menos invasivo e moderno presente no princípio da tutela do melhor interesse do paciente decorre da retrocitada cláusula de *máxima preservação da integridade física* e do objetivo de todo tratamento que é a *celeridade e efetividade do restabelecimento da saúde* do paciente. (grifo do autor)

Para enriquecimento, precedentes anteriores do STJ:

¹⁰ MAIA, op. cit., p. 346.

EMENTA. Civil. Recurso especial. Ação cominatória cumulada com pedido de compensação por danos morais. Plano de saúde firmado em 1992. Recusa de cobertura de gastroplastia redutora, conhecida como ‘cirurgia de redução de estômago’, sob alegação de ausência de cobertura contratual. Operação recomendada como tratamento médico para gravíssimo estado de saúde e não com intuito estético. Técnica operatória que passou a ser reconhecida nos meios médicos brasileiros em data posterior à realização do contrato. Acórdão que julgou improcedentes os pedidos com base na necessidade de manutenção da equivalência das prestações contratuais. Extensão da cláusula genérica relativa à cobertura de ‘cirurgias gastroenterológicas’ para a presente hipótese. [...] - *A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor.* - É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.106.789/RJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA). (grifo acrescido)

EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. SÚMULA 7 STJ. LIMITAÇÃO DO TRATAMENTO- IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83 STJ. INCIDÊNCIA. IMPROVIMENTO. [...] 2- *A jurisprudência é firme no sentido de considerar abusiva a cláusula que limita a forma de tratamento das doenças cobertas.* Incidência da Súmula 83 STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”. Também se aplica o referido enunciado sumular quando o recurso especial tiver fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

[...] 4- Agravo Regimental improvido. (STJ, AgRg no AResp 194.590/PA, Relator Min. Sidnei Beneti, data de julgamento: 20/09/2012, Terceira Turma). (grifo acrescido)

Ainda, a Súmula 302 do STJ, que considera como “abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Os julgados aqui transcritos demonstram a intenção jurisprudencial de tutelar o melhor interesse do paciente-usuário de plano de saúde, quando em risco a tutela do bem indisponível que é a saúde.

4 Conclusão

Em síntese, o melhor interesse do paciente é direito indisponível, não podendo ser limitado por interesses econômicos das seguradoras de saúde, conforme se aduz da essência da Lei dos Planos de Saúde, do Código de Defesa do Consumidor, do Código de Ética Médica, da Lei do Ato Médico e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; o que prepondera é o posicionamento técnico do médico de confiança do paciente, que vai escolher – não necessariamente com base em melhor preço – o melhor tratamento para o enfermo, de modo a garantir sua melhor integridade.

Com ele se unem os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade, defesa da saúde, igualdade, boa-fé e tutela da integridade do enfermo. Apesar de incipiente, percebe-se um crescimento na sua aplicação em casos concretos. O legislador e os tribunais pátrios necessitam reforçar a proteção ao paciente-usuário hipervulnerável, estes que se encontram

em situação de extrema fragilidade, não podendo ficar a mercê de interesses que não devem se sobrepor ao maior bem que o ordenamento garante a cada um: a vida digna e com saúde.

The principle of protection of the best interest of the hipervulnerável health plan patient-user

Abstract: This article deals with the presence of the principle of the protection of the best interests of the hipervulnerable health plan patient-user in the Brazilian national law system, specifically in legislation and jurisprudence, which is recognizing it implicitly in some cases, as well as its concept and content. Analyzes the importance of the principle of protection of the best interests of the patient in the doctor-patient relationship, and the medical professional liability acting in this position.

Keywords: Patient. Hipervulnerable. Health plan. Best interest.

Referências

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Código de Ética Médica*, aprovado pela Resolução CFM nº 1931, de 2009.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988.

_____. Lei nº 8.078, de 11.09.1990 - *Código de Defesa do Consumidor*.

_____. Lei nº 9.656, de 03.06.1998 - *Lei dos Planos de Saúde*.

_____. Lei nº 12.842, de 10.07.2013 - *Lei do Ato Médico*.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 586.316/*

MG, 2ª Turma, j. 17 abr. 2007, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19 mar. 2009.

_____. AgRg no AResp 194.590/PA, Relator Min. Sidnei Beneti, data de julgamento: 20 set. 2012, Terceira Turma.

_____. REsp 931.513/RS, 1ª Seção, j. 25 nov. 2009, rel. Min. Carlos Fernandes Mathias, rel. para acórdão Min. Herman Benjamin, DJe 27 set. 2010.

_____. REsp 1.064.009/SC, 2ª Turma, j. 04 ago. 2009, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27 abr. 2011.

_____. REsp 1.106.789/RJ, Relator: Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento: 15 out. 2009, T3 - Terceira Turma.

_____. REsp 1.320.805/SP, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, data de julgamento: 05 dez. 2013, T4 - Quarta Turma.

MAIA, Maurilio Casas. Os planos de saúde e o melhor interesse do paciente hipervulnerável no tratamento mais adequado e indicado: da distinção entre a técnica moderna e a experimental – notas ao REsp 1.320.805/SP. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 103, v. 942, abr. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade médica. *Carta Forense*, 2008. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/responsabilidade-medica/3129>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0131075-47.2009.8.26.0100, Relator: Sebastião Carlos Garcia, data de julgamento: 26 maio 2011, 6ª Câmara de Direito Privado.

Os decretos e suas multifuncionalidades

*Emerson Cardoso dos Santos**

Sumário: 1 Introdução. 2 Citações históricas do vocábulo Decreto. 2.1 Os caminhos percorridos pelo Decreto ao longo da história do Brasil: do Império ao Estado Democrático de Direito. 2.2 Decretos do Império. 2.3 Decretos da República Velha. 2.4 Decretos do Conselho de Ministros. 2.5 Decretos-leis. 3 Das espécies de Decretos entabulados na Constituição Federal de 1988. 3.1 Decretos Regulamentares e os ditos Decretos Autônomos e suas definições. 3.2 Diferença entre a lei e o regulamento no Direito brasileiro. 3.3 Forma, estrutura e numeração dos Decretos. 4 Da aplicação conceitual ao caso concreto. 4.1 Hipótese de conflito entre Decretos e suas consequências legais. 5 O controle de constitucionalidade de ato normativo. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: O desempenho das funções do operador do direito, seja na esfera administrativa e ou judicial, leva-o a confrontar-se com diversas situações nas quais o Decreto é utilizado como instrumento de materialização da vontade soberana, de uma ordem ou decisão. Este artigo busca revelar, por meio de revisão bibliográfica, as modalidades de Decretos, suas origens, função normativa ou regulamentar, órgão competente para expedir-lo, diferenças entre decretos numerados e sem numeração, a matéria que deve abordar e a possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre ele.

Palavras-chave: Decretos. Decretos-leis. Decreto Regulamentar. Decreto Autônomo.

* Bacharel em Direito. Graduado pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Com mais de quatro anos de experiência como Advogado. Atualmente, Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas.

1 Introdução

O Decreto é um instrumento que, ao longo da história da humanidade, materializa uma vontade soberana, uma ordem ou decisão. Aparece em diversos lugares do mundo, além de ter atravessado várias épocas e continentes até chegar ao Brasil, onde se apresenta, de acordo como o contexto histórico, sob a forma de lei ou regulamento. Atualmente, ganha destaque a importância e a finalidade desse instrumento normativo no ordenamento jurídico pátrio, especialmente, após a promulgação da Constituição Cidadã, haja vista que a lei não pode e nem tem fôlego para acompanhar a dinâmica da sociedade em todas as suas especificidades. Nesse âmbito, o Decreto do Executivo assume a função de regulamentar as leis, “*explicitando em minúcias o mandamento abstrato da lei*”¹ para a sua fiel execução, dentro dos limites nela insertos, sendo considerado, dessa forma, ato secundário. Outrossim, a Carta Constitucional de 1988 dispõe sobre uma outra espécie de Decreto da competência do Presidente da República, que visa disciplinar determinadas matérias de forma autônoma (*praeter legem*), ou seja, independentemente de lei, haja vista decorrer da própria Constituição. É sobre estes dois tipos de Decretos que a presente pesquisa incide, buscando, sobretudo, esclarecer as dúvidas relativas a sua interpretação e aplicação ao caso concreto.

2 Citações históricas do vocábulo Decreto

Resgatando-se a etimologia do vocábulo Decreto, temos,

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

do latim, *decretum*²; do inglês, *decree*³. Corresponde a uma ordem formal, uma decisão judicial ou propósito eterno ou edito. Na Bíblia, a expressão “decreto” aparece em inúmeras passagens, como o exemplo extraído do livro de Daniel, 6:26, segundo a tradução de João Ferreira de Almeida:

Com isto faço um decreto, pelo qual em todo o domínio do meu reino os homens tremam e temam perante o Deus de Daniel; porque ele é o Deus vivo, e permanece para sempre; e o seu reino nunca será destruído; o seu domínio durará até o fim.⁴

No Brasil, existem registros da utilização de Decretos nos períodos do Império (1824 a 1889), República Velha (1891 a 1930), período parlamentarista, Conselho de Ministros (1961

² Dicionário de Português Online. Significado de “decreto”. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Decreto, de.cre.to, sm (lat decretu) 1 Determinação escrita, dimanada de uma autoridade superior, ou do poder executivo representado pelo chefe do Estado e seus ministros, sobre um determinado objeto. 2 Ato da autoridade eclesiástica. 3 Ordenação com força de lei, não votada pelo parlamento. 4 Vontade, intenção, desígnio. Nem por decreto: de modo algum. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=decreto>. Acesso em: 14 abr. 2015.

³ Decree. Noun. 1.a formal and authoritative order, especially one having the force of law: a presidential decree. 2. Law. a judicial decision or order. 3.Theology. one of the eternal purposes of God, by which events are fore-ordained. verb (used with object), verb (used without object), decreed, decreeing. 4. to command, ordain, or decide by decree. Disponível em: <http://dictionary.reference.com/browse/decree>. Tradução livre: *Decreto. Substantivo. 1.a formal e autoritária ordem, especialmente um com força de lei: um decreto presidencial. 2. Lei. uma decisão judicial ou ordem. 3. Teologia. um dos propósitos eternos de Deus, porque os eventos são preordenados. Verbo (usado com objeto), verbo (usado sem objeto), decretou, decretando. 4. para comandar, ordenar, ou decidir por decreto*. Acesso em: 14 abr. 2015.

⁴ Bíblia online. Disponível em: < <http://bibliaportugues.com/daniel/6-26.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

a 1963), Decretos-leis do Estado Novo (1937 a 1946) e do período militar (1965 a 1989), e, ainda, os Decretos previstos na Constituição Federal de 1988. Estes, objeto do presente estudo. Vale acrescentar que os textos dos Decretos transcritos nesta obra reproduzem a grafia da época.

2.1 Os caminhos percorridos pelo Decreto ao longo da história do Brasil: do Império ao Estado Democrático de Direito

2.2 Decretos do Império

Decretos elaborados pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo durante o período de 1824 a 1889. Exemplo: Decreto de 02 de março de 1821. Sobre a liberdade da imprensa⁵, colaciona-se, *in verbis*:

Fazendo-se dignas da Minha Real consideração as reiteradas representações que as pessoas doulas e zelosas do processo da civilização e das lettras tem feito subir á Minha Soberana Presença, tanto sobre os embaraços, que a prévia censura dos escriptos oppunha á propagação da verdade, como sobre os abusos que uma illimitada liberdade de imprensa podia trazer á religião, á moral, ou publica tranquillidade; Hei por bem ordenar: Que, enquanto pela Constituição Commettida ás Côrtes de Portugal se não acharem regulares as formalidades, que devem preencher os livreiros e editores, fiquem suspensa a prévia censura que pela actual Legislação se exigia para a impressão dos escriptos que se intente publicar: observando-se as seguintes disposições:

(...)

Palácio do Rio de Janeiro aos 2 de Março de 1821.

⁵ Portal da Legislação Governo Federal. Disponível em: <Www4.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/decreto-leis>. Acesso em: 10 abr. 2015, às 13h30min.

Com a rubrica de Sua Magestade.

2.3 Decretos da República Velha

Trata-se de Decretos elaborados no período de 1891 a 1930, sob a vigência da Constituição de 1891. Exemplo: Decreto nº 2.591, de 07 de agosto de 1912. Regula a emissão e circulação de cheques, consoante transcreve-se:

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:
Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a seguinte resolução:

Art. 1º – A pessoa que tiver fundos disponíveis em bancos ou em poder de comerciante, sobre eles, na totalidade ou em parte, pode emitir cheque ou ordem de pagamento à vista em favor próprio ou de terceiro.

(...)

Rio de Janeiro, 7 de agosto de 1912, 91º da Independência e 24º da República.

HERMES R. DA FONSECA

Francisco Antônio de Salles

2.4 Decretos do Conselho de Ministros

Os Decretos do Conselho de Ministros foram elaborados durante o período parlamentarista, de 1961 a 1963. Exemplo: Decreto nº 241, de 29 de novembro de 1961 (Vide Lei nº 11.285, de 2006), que “cria o Parque Nacional de Brasília, no Distrito Federal, e dá outras providências”:

O PRESIDENTE DO CONSELHO DE MINISTROS, usando da atribuição que lhe confere o art. 18, item III, da Emenda Constitucional nº 4, e,

CONSIDERANDO que o art. 175 da Constituição coloca sob a proteção e cuidados do Poder Público às obras, monumentos de valor histórico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais de particular beleza;

CONSIDERANDO que as florestas existentes na área do Distrito Federal, merecem proteção e cuidados especiais por parte dos Poderes Públicos, em virtude de serem elas protetoras de mananciais existentes na região;

CONSIDERANDO a importância dessas florestas na sua função protetora dos rios que abastecem de água a Capital Federal;

CONSIDERANDO que o dispõem os artigos 5º alínea c, 9º e seus parágrafos, 10 e 56, do Código Florestal, aprovado pelo Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934;

DECRETA:

Art. 1º Fica criado, no Distrito Federal, o Parque Nacional de Brasília (PNB), subordinado ao Serviço Florestal do Ministério da Agricultura.

(...)

Brasília, em 29 de novembro de 1961; 140º da Independência e 73º da República.

TANCREDO NEVES

Armando Monteiro

2.5 Decretos-leis

Decretos-leis têm força de lei e foram expedidos por Presidentes da República em dois períodos, de 1937 a 1946 e de 1965 a 1989. A atual Constituição brasileira não prevê essa modalidade, mas segundo a doutrina, hoje a Medida Provisória

o substitui. A despeito disso, alguns Decretos-leis ainda permanecem em vigor. Exemplo: (i) Decreto-lei n° 2.848, de 07.12.1940, que instituiu o Código Penal; (ii) Decreto-lei n° 3.688, de 03.10.1941, que instituiu a Lei das Contravenções Penais; e (iii) Decreto-lei n° 3.689, de 03.10.1941, que instituiu o Código de Processo Penal.

Nos termos do artigo 55 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n° 1, de 17.10.1969, os Decretos-leis teriam cabimento nos seguintes casos, *in verbis*:

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1° - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo, se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3° do art. 51. (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 22, de 1982).

§ 2° A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

Por oportuno, vale transcrever o que diz o referido art. 51 da Constituição de 1967 e suas alterações:

Art. 51. O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer

matéria, os quais, se o solicitar, serão apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal.

Posto isso, impõe-se analisar *prima facie* as espécies de Decretos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, dando-se ênfase aos da competência do chefe do executivo federal.

3 Das espécies de Decretos entabulados na Constituição Federal de 1988

A Carta Magna vigente, no artigo 84, inciso IV, preceitua que

compete privativamente ao Presidente da República: (...) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.

E, ainda, de acordo com o inciso VI do citado artigo:

Compete ao Presidente da República: dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgão público; b) extinção de funções ou cargo públicos, quando vago.

Salienta-se que tais dispositivos foram reproduzidos, por exemplo, nas Constituições do Estado do Amazonas, no artigo

54, incisos IV e VI, e do Estado de Minas Gerais, artigo 90, inciso VII, isto em atendimento ao princípio da simetria.

3.1 Decretos Regulamentares e os ditos Decretos Autônomos e suas definições

Das normas constitucionais emergem, então, duas espécies de decretos, quais sejam, os “regulamentares” (inciso IV) e os “autônomos” (inciso VI), com a ressalva feita por Gasparini (2011, p. 140) de que tais decretos *não*

se confundem com a medida provisória ou com o decreto legislativo, uma vez que estes têm, materialmente, a mesma natureza de lei e o último é próprio e exclusivo do Poder Legislativo⁶.

Nessa senda, o Manual de Redação da Presidência da República⁷, no item 16, que trata dos decretos, além de defini-los, classifica-os da seguinte forma:

Decretos são atos administrativos da competência exclusiva do Chefe do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas, de modo expresso ou implícito, na lei.

Essa é a definição clássica, a qual, todavia, é inaplicável aos decretos autônomos, dos quais se tratará adiante.

⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. atual. Por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷ Brasil. Presidência da República. Manual de redação da Presidência da República / Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002.

O Manual ainda classifica os Decretos Regulamentares como *atos normativos subordinados ou secundários*. E, oportunamente, menciona a existência dos Decretos Singulares,

que podem conter regras singulares ou concretas (v. g., decretos de nomeação, de aposentadoria, de abertura de crédito, de desapropriação, de cessão de uso de imóvel, de indulto de perda de nacionalidade etc.).

3.2 Diferença entre a lei e o regulamento no Direito brasileiro

Segundo o Manual de Redação, há diferença entre o decreto e a lei, senão, veja-se:

(..) a diferença entre a lei e o regulamento, no Direito brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei inova originariamente o ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas fixa, tão-somente, as “regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinadas.

De mais a mais, o Manual em comento enfatiza o fato de não se poder negar que, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello⁸:

A generalidade e o caráter abstrato da lei permitem

⁸ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

particularizações gradativas quando não têm como fim a especificidade de situações insuscetíveis de redução a um padrão qualquer. Disso resulta, não raras vezes, margem de discricção administrativa a ser exercida na aplicação da lei.

Enfim, colhe-se, ainda, desse compêndio, que “não se há de confundir, porém, a discricionariiedade administrativa, atinente ao exercício do poder regulamentar, com delegação disfarçada de poder”. Detalhando aquele ato em relação a este, observa-se que:

Na discricionariiedade, a lei estabelece previamente o direito ou dever, a obrigação ou a restrição, fixando os requisitos de seu surgimento e os elementos de identificação dos destinatários. Na delegação, ao revés, não se identificam, na norma regulamentada, o direito, a obrigação ou a limitação. Estes são estabelecidos apenas no regulamento.

No tocante aos *Decretos Autônomos*, extrai-se do citado manual o seguinte comentário:

Com a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, introduziu-se no ordenamento pátrio ato normativo conhecido doutrinariamente como decreto autônomo, i. é., decreto que decorre diretamente da Constituição, possuindo efeitos análogos ao de uma lei ordinária.

Tal espécie normativa, contudo, limita-se às hipóteses de organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e de extinção de funções ou cargos públicos, quando vago (art. 84, VI, da Constituição).

3.3 Forma, estrutura e numeração dos Decretos

Semelhante às leis, os decretos se compõem de dois elementos: *a ordem legislativa (preâmbulo e fecho) e a matéria legislada (texto ou corpo da lei)*.

É importante sublinhar que somente são numerados os decretos que contêm regras jurídicas de caráter geral e abstrato.

Por outro giro, os decretos que contenham regras de caráter singular não são numerados, mas contêm ementa, exceto os relativos à nomeação ou à designação para cargo público, os quais não serão numerados nem conterão ementa.

Nessa esteira, destaca-se, por imprescindível, que os *Decretos não numerados* editados pelo Presidente da República *possuem objeto concreto, específico e sem caráter normativo*. Os assuntos mais comuns tratados por esses decretos são a abertura de créditos, a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, a concessão de serviços públicos e a criação de grupos de trabalho.

Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles⁹ deixou registrado que:

Regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo chefe do executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prever situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente).

(...) Na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada à lei.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

4 Da aplicação conceitual ao caso concreto

4.1 Hipótese de conflito entre Decretos e suas consequências legais

Inicialmente, salienta-se que o exemplo delineado é uma construção fictícia e, logo, qualquer semelhança com a realidade será mera coincidência.

Suponha-se que a União Federal tenha aberto concurso público para provimento de vaga de Policial, por meio do Edital n.º 007/2015, no qual estavam previstas as fases do concurso e as condições para a nomeação. Após a realização das provas objetiva e discursiva, correspondentes à primeira fase, divulga-se o resultado. Os reprovados nessa fase ajuízam ação com o objetivo de continuarem no certame. Alguns conseguem continuar no concurso mediante liminar e, ao final, são aprovados. Considerando-se que o Edital, embora mencione as condições para a nomeação e aprovação do candidato, não faça referência à situação daqueles aprovados que permanecessem no concurso amparados por liminares.

Diante dessa omissão, há a necessidade de o Presidente da República, na condição de chefe do Executivo, suprir a lacuna, o que é providenciado por meio do Decreto n.º 10.100 de 28/02/2015. De sorte que o *Edital n.º 007/2015, que é a lei do concurso*, seja, então, regulamentada pelo mencionado Decreto.

O entendimento jurisprudencial a respeito do edital de concurso ser considerado lei especifica:

TJ-DF – Apelação Cível APC 20090111206076 DF
0026501-07.2009.8.07.0001 (TJ-DF)

Data de publicação: 19/11/2013¹⁰

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO. PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA/ÁREA 2. APOSTILAMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO CERTAME. LEI DO CONCURSO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. EXIGÊNCIA IMPOSTA A TODOS OS CANDIDATOS. 1. CONSIDERA-SE O EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO COMO ALEIDO CERTAME, E, PORTANTO, QUALQUER ILEGALIDADE OU DESVIO DE FINALIDADE DEVE SER OBJETO DE IMPUGNAÇÃO EM OPORTUNIDADE PRÓPRIA, RESSALVADAS POSSÍVEIS AFRONTAS AO SISTEMA NORMATIVO, MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, AS QUAIS, AÍ SIM, PODEM SER OBJETO DE RESISTÊNCIA POR TEMPO MAIS DILATADO. 2. O CANDIDATO A CARGO PÚBLICO DEVE, NO MOMENTO DA POSSE, COMPROVAR A QUALIFICAÇÃO EXIGIDA PARA A FUNÇÃO A QUE CONCORRERA, CUJAS EXIGÊNCIAS FORAM PREVISTAS NO EDITAL. 3. DISPENSAR TRATAMENTO DESIGUAL PARA CANDIDATOS DE CONCURSO PÚBLICO NÃO PORTADORES DE DESIGUALDADE, FERRE OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. 4. RECURSO IMPROVIDO. *Original sem grifo.*

Portanto, o Decreto regulamentar n.º 10.100 estabelece o seguinte: “os candidatos que obtiveram aprovação, mas que continuaram no certame por meio de liminar não podem ser nomeados (*sub judice*)”.

Passados alguns meses, o Ministro da Justiça requer a nomeação de determinado número de candidatos aprovados

¹⁰ Apelação Cível TJ-DF. 0026501-07.2009.8.07.0001. Disponível em: <<http://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116072359/apelacao-civel-apc-20090111206076-df-0026501-0720098070001>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

no concurso, incluindo os que continuaram no concurso por meio de liminar e lograram aprovação. No requerimento, o Ministro omite a informação de que se trata dos candidatos que estavam na condição vedada no Decreto n.º 10.100 de 28/02/2015 (os *sub judice*). Por conseguinte, o Presidente da República, atendendo o pedido, nomeia, por meio de outro Decreto, os candidatos indicados pelo Ministro. Ressalte-se que este último Decreto não tem numeração, consoante foi esclarecido no item 3.1.

A presente situação enseja as seguintes indagações: As nomeações dos candidatos que continuaram no concurso por meio de liminar e lograram aprovação são válidas? Qual Decreto deve prevalecer? Qual o fundamento legal para a manutenção do Decreto prevalecente no mundo fático e jurídico e a extinção do Decreto dissidente?

A primeira questão a ser considerada é o fato de um Decreto ser numerado e outro não. O disposto no item 3.3 esclarece essa situação, consignando que somente são numerados os decretos que contêm regras jurídicas de caráter geral e abstrato. Por outro lado, os Decretos não numerados possuem objeto concreto, específico e sem caráter normativo.

In casu, o entendimento dominante sustenta ser prevalecente o Decreto n.º 10.100 de 28/02/2015, ou seja, o que tratou de regulamentar o Edital n.º 007/2015, dispondo sobre a impossibilidade dos candidatos aprovados, mas que só permaneceram no concurso sustentados por liminar, serem nomeados, haja vista ostentar caráter de ato normativo, diferente do Decreto de nomeação desprovido desse caráter. Ademais, observa-se que o segundo Decreto não teve o condão de revogar o primeiro¹¹, nem podia, como mais adiante será explicado. Contudo, tendo sido editado em total afronta ao Decreto Regulamentar, pois nomeou candidatos na situação

¹¹ § 1º, art. 2º do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

vedada (*sub judice*), atrai as consequências previstas em lei, quais sejam, anulação ou nulidade. O fundamento para as afirmações concernentes à anulação do Decreto que nomeou os aprovados em situação ilegal está na Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, consagrando o princípio da autotutela, conforme está anotado na parte em que trata da anulação, revogação e convalidação dos atos administrativos:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento sumulado sobre isso, conforme se reproduz na íntegra:

SÚMULA 346: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE DECLARAR A NULIDADE DOS SEUS PRÓPRIOS ATOS.

SÚMULA Nº 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade,

respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Assim, na hipótese da administração não tomar as providências cabíveis, o Judiciário pode fazê-lo, desde que seja provocado, isto com amparo no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal vigente, visto que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Judiciário.

Em consonância com a Lei Maior, a legislação infraconstitucional, ou melhor, a Lei da Ação Popular n.º 4.717/65 enumera as hipóteses caracterizadoras dos vícios que podem atingir os atos administrativos, *in verbis*:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: (...) *a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo.*

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

I - *A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.*
Grifo nosso.

Logo, o Decreto que nomeou é nulo, na parte em que contrariou o Decreto Regulamentar (ou seja: quanto à nomeação dos *sub judice*), uma vez que este é hierarquicamente

superior àquele e, segundo a doutrina de Meirelles (2002, p. 174), referindo-se aos Decretos regulamentares, “tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de condutas, não são leis em sentido formal”. Por seu turno, Bandeira de Melo (2011, p. 347) lembra que “o regulamento, além de inferior, subordinado, é ato dependente de lei”.

Nestes termos, declarada a nulidade do Decreto de nomeação, tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário, os efeitos retroagem à data da produção do ato nulo (*ex tunc*), uma vez que ato com vício de ilegalidade não dá origem a direito. Ressalvando-se, nessa hipótese, a vedação referente à devolução do salário recebido em decorrência do trabalho efetivamente realizado, caso contrário, a administração incorreria em enriquecimento ilícito. Nesses termos, veja-se decisão do Tribunal Regional do Trabalho, 8ª Região¹²:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. A não observância desse dispositivo constitucional implicará a nulidade do ato de contratação e a punição da autoridade responsável (art. 37, II e seu par. 2º da Constituição Federal). Tratando-se de nulidade absoluta, a sua declaração judicial independe de provocação dos litigantes. Os seus efeitos são “*ex tunc*”. Incabível, portanto a condenação mesmo a título de verbas salariais, eis que a nulidade, no caso, decorre de norma constitucional, cuja sanção prevalece sobre a doutrina clássica do direito do trabalho. Apenas por equidade não se determina a devolução dos salários e vantagens já percebidas pelo reclamante, ante a impossibilidade de restituição da força de trabalho. O princípio da moralidade pública, consagrado no texto constitucional, deve ser observado”. (Ac. Unânime, TRT

¹² Jus Navigandi. Decisão TRT 8ª Região. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/388/admissoes-irregulares-de-servidores-publicos-e-suas-consequencias-juridicas>>. Acesso em: 17 set. 2015.

8ª Região, 2ª T. REX-OF-RO-7457/93, Rel. Juiz Vicente José Malheiros da Fonseca, 16.03.93, LTR, 58-09/1104).

5 O controle de constitucionalidade de ato normativo

Restaria incompleto encerrar a abordagem do tema sem registrar comentários sobre o controle de constitucionalidade dos Decretos, isto porque a Lei Fundamental, no art. 102, inciso I, alínea “a”, preceitua:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou *ato normativo federal ou estadual* e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. *Original sem destaque.*

Leciona Meirelles (2002, p. 174), no tópico Atos Normativos, que “atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei”. Mais adiante, esclarece o citado mestre: “(...) A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral”.

Insta salientar que as resoluções são atos administrativos normativos emitidos por autoridades diversas do chefe do Executivo, ou seja, pelos Presidentes dos Tribunais ou órgãos legislativos; as deliberações, atos administrativos emanados de órgão colegiados; e as portarias, atos administrativos internos de competência de chefes de órgãos ou repartições.

Atinente ao assunto, esclarece Eduardo Chiari

Gonçalves¹³:

Excepcionalmente, o STF tem admitido ADI cujo objeto de discussão seja decreto, quando este é criado para regulamentar lei. Em virtude do princípio da reserva legal será admitido a análise de sua compatibilidade com a constituição. O autor deverá fazer uso através do controle concentrado de constitucionalidade dos chamados decretos autônomos. É possível a impetração de ADI nos casos em o decreto, não por contrariar lei especificadamente, mas ao preencher a lacuna constitucional de modo incompatível com a ordem constitucional. Sendo contrária a lei, o decreto, é tido por ilegal, não necessitam o uso da ADI para aferir sua inconstitucionalidade.

Por outro lado, no tocante ao manejo de Mandado de Segurança para atacar os aludidos atos normativos, colaciona-se o julgado sobre o seu não cabimento¹⁴:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA AgRg no RMS 19037 GO 2004/0049328-9 (STJ).

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266 DO STF. 1. Tem-se, na origem, mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo Governador do Estado de Goiás, consubstanciado na edição do Decreto n. 5.529/2001, que dispõe sobre a concessão de diárias aos servidores do Poder Executivo. 2. Consoante o disposto na Súmula 266 do STF, não cabe mandado de segurança contra

¹³ Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande/RS, Advogado e Especializando em Processo Civil.

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça – STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA AgRg no RMS 19037 GO 2004/0049328-9. Data de publicação: 29 maio 2014.

lei em tese. 3. Hipótese em que o impetrante limitou-se a questionar a legalidade do Decreto n. 5.529/2001, à luz das disposições contidas nas Leis Estaduais n. 13.266/1998 e 10.460/1988, sem a indicação de situação individual e concreta a ser tutelada. 4. Agravo regimental não provido.

Portanto, em que pese a previsão constitucional de controle dos atos normativos federais ou estaduais, via Ação Direta de Constitucionalidade ou até mesmo por Ação Declaratória de Constitucionalidade, esta, para ato normativo federal, no caso concreto devem ser observados os requisitos legais para tais controles de constitucionalidade (Lei n.º 9.868/99) e a legitimação (art. 103 da CF/88), haja vista as espécies de Decretos e suas finalidades, bem como, se afrontam normas constitucionais ou infraconstitucionais.

6 Conclusão

Como ficou demonstrado, os Decretos, ao longo da sua existência, foram utilizados para destinação múltiplas. Através deles, as autoridades soberanas de várias épocas externaram as suas vontades e poder, tendo-se registrado o seu trânsito no campo das leis e dos regulamentos. No contexto da Constituição brasileira atual, além de regulamentar a lei, o Decreto ostenta, segundo a doutrina, a condição de autônomo, estando subordinado diretamente àquela. Isso faz dele um interessante, instigante e amplo objeto de pesquisa, advindo daí a necessidade de limitar o foco deste estudo ao Decreto da competência do executivo federal, haja vista que, nos termos do artigo 59 da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro prevê também o Decreto Legislativo. Enfim,

considerando-se que a vida em sociedade é dinâmica e o direito não tem fôlego para acompanhar os fatos sociais, ganha relevância um instrumento normativo multifuncional como os Decretos, cuja digna função é tentar regulamentar as situações que a lei não alcança.

The decrees and its multi-functionality

Abstract: As shown, Decrees, throughout its existence, were used for multiple destinations. Through them, the sovereign authorities several times voiced their will and power, having registered its transit in the field of laws and regulations. In the context of current Brazilian Constitution, and regulatory law, Decree presents, according to the doctrine, the condition of autonomous, being directly subordinated to that. This makes it an interesting, exciting and broad object of research, arising hence the need to limit the focus of this study to the Decree of the powers of the federal executive, given that, under Article 59 of the Constitution of 1988, the Brazilian legal system also provides for the Legislative Decree. Anyway, considering that life in society is dynamic and the right has no breath to keep up with social facts, come to the fore a multifunctional normative instrument as the Decree, whose dignified function is to try to regulate situations that the law can not reach.

Keywords: Decrees. Decree-Laws. Regulatory and Autonomous Decree.

Referências

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Cível Tj-DF nº 0026501-07.2009.8.07.0001*. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116072359/apelacao-civel-apc-20090111206076-df-0026501-0720098070001>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

_____. **DECRETOS-LEIS**. In Portal da Legislação Governo Federal. Disponível em: <www4.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/decreto-leis>. Acesso em: 10 abr. 2015.

_____. Presidência da República. *Manual de redação da Presidência da República*. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança* (AgRg no RMS 19037 GO 2004/0049328-9). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=MANDADO+DE+SEGURANÇA>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Online*. Disponível em: <<http://bibliaportugues.com/daniel/6-26.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei n.º 4.657/1942. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. Org.: Rideel e Anne Joyce Angher. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015. p. 118.

DECREE. In Dictionary.com. Disponível em: <<http://dictionary.reference.com/browse/decree>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

FERNANDES, Sátiro Flávio. Admissões irregulares de servidores públicos e suas consequências jurídicas. Decisão TRT 8ª Região. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/388/admissoes-irregulares-de-servidores-publicos-e-suas-consequencias-juridicas#ixzz3m6mKGIG6>>. Acesso em: 17 set. 2015.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. atual. Por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Eduardo Chiari. *A Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Leis e Atos Administrativos*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2592>. Acesso em: 27 mai. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22 dez. 2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Editora Melhoramentos Ltda. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=decreto>>. Acesso em: 14 abr. 2015.