

---

# *A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



v. 12, n. 27, jul./dez. 2015

---

*A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do  
**Ministério Público Catarinense**

v. 12, n. 27, julho/ dezembro 2015  
Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 27	146 p.	jul./dez. 2015
---------	---------------	-------	-------	--------	----------------

# Atuação

## Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense

### Conselho Deliberativo e Redacional

Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio

Leandro Garcia Machado

Nuno de Campos

Rogério Ponzi Seligman

Sandro Ricardo Souza

Silvana do Prado Brouwers

### Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF)

Marcelo Gomes Silva

**As opiniões emitidas nos artigos  
são de responsabilidade  
exclusiva de seus autores.**

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de  
Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação  
Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: [revistajuridica@mpsc.mp.br](mailto:revistajuridica@mpsc.mp.br)

Atuação : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense / publicação conjunta  
da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação  
Catarinense do Ministério Público. - v. 1, n. 1 (set./dez. 2003) - . - Florianópolis :  
PGJ : ACMP, 2003 - .

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral, 2009- .

v. 12, n. 27, jul./dez. 2015.  
ISSN 1981-1683

1. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público. II. Associação  
Catarinense do Ministério Público.

CDDir 340.05

Catálogo na Publicação por: Magda Daré CRB-14/982

Revisão: Gerência de Publicações e Revisões (GEPRE)

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: setembro de 2017

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-240  
(48) 3224-4600 e 3224-4368  
[imprensa@acmp.org.br](mailto:imprensa@acmp.org.br)  
[www.acmp.org.br](http://www.acmp.org.br)

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-904  
(48) 3229-9000  
[pgj@mpsc.mp.br](mailto:pgj@mpsc.mp.br)  
[www.mpsc.mp.br](http://www.mpsc.mp.br)

**Administração Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

**Procurador-Geral de Justiça**

Sandro José Neis

**Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos**

Aurino Alves de Souza

**Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais**

Fábio de Souza Trajano

**Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos**

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

**Colégio de Procuradores de Justiça**

*Presidente:* Sandro José Neis

Paulo Antônio Günther

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson Corrêa

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho

Walkyria Ruicir Danielski

Alexandre Herculano Abreu

Durval da Silva Amorim

Vânio Martins de Faria

Américo Bigaton

Eliana Volcato Nunes

Mário Luiz de Melo

Rogério Antônio da Luz Bertoncini

Genivaldo da Silva

Rui Arno Richter

Lio Marcos Marin

Cristiane Rosália Maestri Böell

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti

Aor Steffens Miranda

Murilo Casemiro Mattos

Sidney Eloy Dalabrida

Fábio Strecker Schmitt

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Marcílio de Novaes Costa

Monika Pabst

Jorge Orofino da Luz Fontes

Onofre José Carvalho Agostini

*Secretário:* Carlos Alberto de Carvalho Rosa





## **Conselho Superior do Ministério Público**

### **Membros Natos**

*Presidente:* Sandro José Neis - Procurador-Geral de Justiça

Gilberto Callado de Oliveira- Corregedor-Geral

### **Representantes do Colégio de Procuradores**

Odil José Cota

Lenir Roslindo Piffer

Newton Henrique Trennepohl

### **Representantes da Primeira Instância**

Narcísio Geraldino Rodrigues

Gladys Afonso

Gercino Gerson Gomes Neto

Fábio de Souza Trajano

Américo Bigaton

Rui Arno Richter

Lio Marcos Marin

Cristiane Rosália Maestri Böell

### **Secretário-Geral**

Fernando da Silva Comin

### **Corregedor-Geral do Ministério Público**

Gilberto Callado de Oliveira

### **Subcorregedor-Geral**

Ivens José Thives de Carvalho



## **Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público**

Luciano Trierweiler Naschenweng

**Presidente**

Luiz Adalberto Villa Real

**Vice-Presidente**

Gilberto Assink de Souza

**1º Secretário**

Marcos Augusto Brandalise

**2º Secretário**

João Carlos Linhares Silveira

**Diretor Financeiro**

Sandro Ricardo Souza

**Diretor de Patrimônio**

Maria Fernanda Steffen da Luz Fontes

**Diretora Cultural e de Relações Públicas**

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

**Diretora Administrativa**

Alexandre Carrinho Muniz

**Diretor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina**

### **Conselho Fiscal**

Abel Antunes de Mello

Helen Crystine Corrêa Sanches

Henrique da Rosa Ziesemer

Marcelo Gomes Silva

Ricardo Viviani de Souza

### **Conselho Consultivo**

Anderson Adilson de Souza

Aristeu Xenofontes Lenzi

Bianca Andrighetti Coelho

Deize Mari Oechsler

Ernani Dutra

Guilherme André Pacheco Zattar

Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt

Joaquim Torquato Luiz

Jorge Eduardo Hoffmann

Júlio Fumo Fernandes

Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese

Marco Antônio Schutz de Medeiros

Mário Luiz de Melo



# SUMÁRIO

## **PENAL**

A NATUREZA HEDIONDA DO CHAMADO “TRÁFICO PRIVILEGIADO” ..9  
*André Barbuto Vitorino*

## **PROCESSO PENAL**

A ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI .....35  
*Flávio Fonseca Hoff*

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ANÁLISE, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO  
JUDICIAL, DE DADOS EXISTENTES EM APARELHOS CELULARES  
APREENDIDOS .....53  
*Marcos Schlickmann Alberton*

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL: PANORAMA GERAL E VISÃO  
CRÍTICA .....75  
*Bartira Soldera Dias*

## **MEIO AMBIENTE**

OBRIGATORIEDADE DO PLANO DIRETOR E SUAS CONSEQUÊNCIAS  
PARA A GESTÃO DEMOCRÁTICA DO MEIO URBANO .....101  
*Roberta Seitenfuss*

## **MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO: ANÁLISE SOB  
O VIÉS DA EMERGÊNCIA FABRICADA .....127  
*Geruza Isoton*



PENAL

## A NATUREZA HEDIONDA DO CHAMADO “TRÁFICO PRIVILEGIADO”

**André Barbuto Vitorino**

*Promotor de Justiça*

*Especialista*

### RESUMO

A Lei n. 11.343/06 traz, em um dos parágrafos do seu art. 33, uma causa de diminuição de pena que passou a ser chamada pela doutrina e também jurisprudência de “tráfico privilegiado”. Em que pese a natureza de mera causa de diminuição de pena, passou-se a defender que a nefanda mercancia praticada naqueles moldes afastaria o caráter hediondo próprio do delito de tráfico de drogas, conforme previsão na Lei n. 8.072/90. No ano de 2016, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça aderiram a tal posicionamento. Diante da importância do tema, das consequências das decisões das cortes superiores em razão da força de seus precedentes, bem como dos desdobramentos da temática na execução penal, mostra-se importante a análise cautelosa e crítica da matéria, o que se pretende no presente trabalho.

**Palavras-Chave:** Tráfico. Privilegiado. Minorante. Hediondez.

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 27	p. 9 - 34	jul./dez. 2015
---------	---------------	-------	-------	-----------	----------------

## 1 INTRODUÇÃO

O tráfico de drogas vem se mostrando um dos crimes mais danosos à sociedade, além de criar uma verdadeira onda de violência. Tal conduta criminosa traz nefastas consequências sociais, sobretudo aos usuários de drogas e suas famílias. Além disso, comumente há captação de adolescentes e usuários para prestarem serviços às associações criminosas. Se não bastasse, a distribuição de drogas acaba contribuindo para o incremento de outros crimes. A propósito, é notória a existência de verdadeira guerra entre facções criminosas pelo comando de rotas e pontos de venda de entorpecentes, trazendo a lume um cenário de extrema violência, que inclusive repercute no interior dos presídios, como se tem visto nos verdadeiros massacres ocorridos no início do ano de 2017.

Nesse ínterim e considerando a necessidade de repressão dessa conduta, a Lei n. 8.072/90, em seu art. 2º, equiparou o delito de tráfico de drogas aos crimes hediondos, fazendo incidir tratamento mais rígido aos delitos dessa espécie. A exemplo, para progressão de regime em uma execução penal relativa ao crime de tráfico de drogas exige-se, como critério objetivo, o cumprimento da fração de 2/5 da pena, em caso de primariedade.

A Lei de Drogas, entretanto, no bojo do artigo que trata do crime de tráfico de entorpecentes, prevê, em seu art. 33, § 4º, uma causa de diminuição de pena para o agente que é primário, de bons antecedentes, e que não se dedica a atividades criminosas nem integre organização criminosa, minorante essa que passou a ser chamada por parte da doutrina de “tráfico privilegiado”.

Ocorre que parte da doutrina, gradativamente, passou a questionar a natureza hedionda do tráfico de drogas quando aplicável a referida causa de diminuição de pena, raciocínio que passou a ganhar adesão nos tribunais e, finalmente, em 23 de julho de 2016, foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 118.533-MS. Na mesma linha, em julgamento de questão de ordem (Petição n. 11.796-DF, julgada em 23 de novembro de 2016), a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que o tráfico privilegiado de drogas não constitui crime de natureza hedionda e, com o realinhamento da posição jurisprudencial, o colegiado decidiu cancelar a Súmula 512, editada em 2014 após o julgamento do REsp 1.329.088 sob o rito dos recursos repetitivos – Tema 600.

Nessa esteira, necessária análise cautelosa da matéria, sobretudo lançando mão de argumentos jurídicos a fim de se indicar a inviabilidade de retirar a hediondez do chamado “tráfico privilegiado”.

## 2 A DEFINIÇÃO DO CARÁTER HEDIONDO DO TRÁFICO DE DROGAS

A Constituição Federal de 1988 possui diversas normas que determinam a criminalização de algumas condutas, em verdadeiros mandados de criminalização. Dentre tais normas, o art. 5º, inciso XLIII, impõe um regime jurídico mais gravoso aos crimes de tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e aos delitos definidos como hediondos, preceito esse condicionado à definição dessa categoria pelo legislador ordinário, o que se fez pela Lei n. 8.072/90.

Há diferentes sistemas de classificação das infrações como crimes hediondos, a exemplo dos sistemas legal, judicial e misto. No primeiro, cabe ao legislador enunciar os delitos que devem ser considerados hediondos. No segundo, em atenção ao caso concreto, o próprio magistrado atribui ou não à conduta a natureza hedionda. Finalmente, no misto, o legislador forneceria alguns traços peculiares dessas infrações penais e caberia ao juiz, no caso concreto, enquadrar a conduta como hedionda (LIMA, 2014, p. 29-31).

Como ensinam Renato Brasileiro (2014, p. 31) e Rogério Sanches Cunha (2010, p. 494), o critério adotado pela legislação brasileira para rotular determinada conduta como hedionda é o sistema legal. Logo, se o delito consta no rol da Lei n. 8.072/90 será considerado hediondo, sujeitando-se a todos os gravames próprios dessa espécie penal. E destaca-se, tal enquadramento independe da aferição pelo aplicador do direito da eventual gravidade concreta da conduta.

Nesse contexto, a Lei n. 8.072/90, em seu art. 2º, trouxe o tráfico de drogas como delito equiparado a hediondo, valendo registrar que a própria Constituição Federal, no já citado art. 5º, inciso XLIII, determinou expressamente maior severidade à nefanda mercancia, com tratamento idêntico àquele dado aos crimes hediondos.

Desta feita, pela indicação expressa do constituinte originário e diante da referida equiparação trazida na Lei n. 8.072/90, não há dúvida



acerca da natureza hedionda do tráfico de drogas.

Importante, nesse ponto, apreciar quais tipos penais previstos na Lei n. 11.343/06 podem ser considerados tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que o referido Diploma Legal não traz qualquer crime com o mencionado *nomem iuris*.

A questão não aparenta maiores dificuldades, sendo firme o posicionamento da doutrina e jurisprudência no sentido de que as condutas descritas nos tipos dos artigos 33, *caput* (tráfico de drogas) e § 1º (condutas equiparadas ao tráfico), 34 (tráfico de maquinário para fabricação de drogas), 36 (financiamento ao tráfico de drogas) e 37 (colaboração ao tráfico de drogas) são consideradas tráfico ilícito de entorpecentes e recebem o tratamento de crimes hediondos<sup>1</sup>.

Aparentemente, tal linha de intelecção, similar àquela já adotada quando vigente a Lei n. 6.368/76, funda-se nas disposições da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991, que acaba por indicar, em seu bojo (artigo 3º, parágrafos 1º e 2º), condutas consideradas, pela própria nomenclatura da convenção, como tráfico ilícito.

Nessa mesma esteira, aliás, o art. 44 da própria Lei Antidrogas enquadra tais dispositivos no conceito de tráfico de drogas ao conferir-lhes expressamente tratamento mais severo. Veja-se: “Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

No mesmo sentido, Renato Brasileiro esclarece:

Na nova lei de drogas (11.343/06), portanto, encontra-se o crime de tráfico de drogas previsto nos artigos 33, *caput*, e §1º, e 34, excluído desse conceito o art. 35, que traz a figura da associação para fins de tráfico. [...]

Todo esse raciocínio acaba sendo corroborado a partir da leitura do art. 44, *caput*, da Lei de Drogas, que, à semelhança das restrições previstas na Lei n. 8072/90 para os crimes hediondos e equiparados, estabelece uma série de vedações para os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei 11.343/06 (v.g. insuscetibilidade de graça, indulto,

1 Em verdade, divergência existe apenas quanto à inserção ou não como crime hediondo do art. 35 da Lei Antidrogas, ou seja, a associação para o tráfico, entretanto, não sendo o tema objeto da presente análise não se levará a efeito aprofundamento da questão.

anistia, etc.). a significar, portanto, que tais delitos seriam equiparados a hediondos, ou seja, ao tráfico de drogas (CF, art. 5º, XLIII). (LIMA, 2014, p. 54).

Ainda nesse norte, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho ensinam que a Lei n. 11.343/06 acabou com qualquer divergência acerca das condutas consideradas tráfico de drogas e, portanto, equiparadas a crime hediondo: “A nova Lei de Drogas, visando evitar referida discussão, determinou serem enquadráveis no conceito de tráfico de drogas as infrações previstas nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei de Drogas, conferindo-lhes tratamento mais severo”. (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 210).

Destarte, trazendo o foco ao tema em estudo, importante pontuar que as condutas previstas no artigo 33 da Lei Antidrogas, tanto no *caput* quanto naquelas equiparadas indicadas no § 1º, sobre as quais pode incidir a causa de diminuição de pena objeto desta análise, são consideradas crimes hediondos, pesando sobre tais as consequências gravosas da Lei n. 8.072/90.

### 3 A NATUREZA JURÍDICA DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06

A Lei Antidrogas, de forma inovadora em relação ao diploma anterior (Lei n. 6.368/76), trouxe, em seu art. 33, § 4º, uma causa de diminuição de pena, aplicável às figuras previstas no *caput* e § 1º do mesmo artigo, com o objetivo de observar tratamento mais benéfico ao pequeno traficante de drogas, que preencha as condições ali previstas.

De início, vale a transcrição do dispositivo:

Art. 33 [...]

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (vide Resolução do Senado Federal n. 5/2012).

A atenta leitura do referido dispositivo não deixa qualquer dúvida de que se trata tão somente de uma causa de diminuição de pena,

aplicável aos tipos penais previstos no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. É que o mencionado § 4º não traz, em seu texto, qualquer tipo penal, não se vê ali qualquer conduta típica descrita. Nessa linha, por evidente, ninguém pratica conduta que se subsume ao dispositivo em questão. O dispositivo simplesmente prevê a possibilidade de diminuição de um sexto a dois terços da pena aplicada aos agentes que praticam o tráfico de drogas (tipos do *caput* e § 1º) e preenchem certos requisitos (primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa).

Aos poucos passaram a doutrina e a jurisprudência a apelidar tal minorante de “tráfico privilegiado”, nomenclatura que, nos dias atuais, é utilizada praticamente em todo meio jurídico, embora tecnicamente não seja apropriada.

Entretanto, para a caracterização do privilégio (assim como de uma qualificadora), seria necessária a criação de um tipo penal autônomo (derivado), trazendo um preceito secundário próprio, com novos limites de pena mínima e máxima, o que efetivamente não ocorre no caso em estudo.

Acerca das diferenças entre privilégio/qualificadora e causa de diminuição/aumento de pena, ensina Cezar Roberto Bitencourt:

[...] as causas de aumento e de diminuição de pena (majorantes e minorantes) são fatores de majoração e redução da pena, em quantidades fixas ou variáveis, que diferem das qualificadoras. Estas constituem verdadeiros tipos penais (tipos derivados), com novos limites mínimo e máximo, enquanto aquelas funcionam como modificadoras da pena, somente estabelecendo a sua variação (BITENCOURT, 2016, p. 784).

Logo, o dispositivo previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 não tem natureza de privilégio, mas de mera causa de diminuição de pena, como bem esclarece Renato Brasileiro de Lima:

Apesar de muitos se referirem a este dispositivo com a denominação de tráfico privilegiado, tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se a prever a possibilidade de diminuição de pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase do cálculo da pena no sistema trifásico de Nelson Hungria (LIMA, 2014, p. 742).

Finalmente, arremata o Ministro Marco Aurélio, no bojo do seu voto proferido no julgamento do Habeas Corpus 118.533/MS, objeto de análise no presente trabalho: “[...] não existe crime privilegiado. No caso do tráfico ilícito de entorpecentes, há causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas”. (grifou-se).

#### **4 A IMPOSSIBILIDADE DE A REFERIDA MINORANTE RETIRAR O CARÁTER HEDIONDO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

Com efeito, tendo em vista as conclusões trazidas nos capítulos anteriores, no sentido de que as condutas previstas no *caput* e no § 1º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 são consideradas tráfico de drogas e, portanto, crimes hediondos, bem como que o dispositivo constante do § 4º não inaugura novo tipo penal, mas tão-somente prevê uma causa de diminuição de pena aplicável às condutas hediondas supracitadas, é evidente que a minorante em testilha não tem o condão de alterar a natureza das citadas condutas etiquetadas como tráfico de drogas (e, em consequência, seu caráter hediondo).

Exatamente nesse sentido, esclarece Renato Brasileiro:

[...] a simples incidência de uma causa de diminuição de pena em relação a tais delitos, como ocorre, por exemplo, com o chamado tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, não tem o condão de afastar sua natureza hedionda. Nesse sentido, como já se pronunciou o STJ, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006 não tem o condão de afastar a equiparação constitucionalmente estabelecida entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos. Consequentemente, deve a execução da reprimenda, nesses casos, pautar-se pela Lei 8.072/90. (LIMA, 2014, p. 54-55 – grifou-se).

No mesmo diapasão, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

[...] a conduta do art. 33, § 4º, nada obstante tenha menor grau de desvalor, ainda é uma espécie de tráfico de drogas, com os mesmos efeitos nocivos para a sociedade. Em verdade, para esta posição, o § 4º, não traz uma nova conduta delitiva, mas é apenas uma causa de diminuição aplicável ao art. 33. (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 135).

Outrossim, bem anota a respeito Guilherme de Souza Nucci:

O fato de haver sido prevista uma causa de diminuição de pena para o traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações criminosas, não afasta a tipificação da sua conduta como incursas no art. 33, caput, e § 1º, que são consideradas similares a infrações penais hediondas, como se pode observar pelas proibições enumeradas no art. 44 da Lei 11.343/2006. Não se pode criar uma nova infração penal, a partir da mera aplicação de causa de diminuição de pena. Por isso, o tráfico ilícito de drogas será sempre considerado equiparado a hediondo, ainda que comporte, por opção legislativa, pena mais branda, quando os requisitos do § 4.º estiverem presentes (NUCCI, 2014, p. 350).

Na mesma esteira, arremata Renato Marcão que “a incidência da causa especial de redução de pena disposta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não retirou a natureza hedionda do crime de tráfico”, acrescentando que “seja qual for a pena aplicada, o crime continua listado no art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.072/90” (MARCÃO, 2015, p. 153).

Vale citar, ainda, conclusão extraída de estudo levado a efeito pelo Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, disponibilizado após o julgamento do HC 118.533/MS do STF:

[...] o fato de incidir sobre o delito de tráfico ilícito de entorpecentes causa de diminuição de pena, nominada pela doutrina e jurisprudência como tráfico privilegiado, não retira o caráter assemelhado a hediondo previsto na Constituição Federal e na Lei de Crimes Hediondos. [...] Desta forma, a conjectura do parágrafo 4º do art. 33 sob o foco não cria um tipo penal autônomo, mas meramente prevê uma causa de diminuição de pena voltada exclusivamente à condição pessoal do agente. É isso não desnatura a qualificação do tráfico ilícito de entorpecentes – também na sua modalidade privilegiada - como crime equiparado a hediondo [...]. (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 7-9).

A linha anteriormente exposta, no sentido de que a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, pela sua própria natureza de mera causa de diminuição de pena, não teria força de retirar o caráter hediondo da conduta do agente, a propósito, sempre foi firme nos tribunais pátrios.

O próprio Supremo Tribunal Federal chegou a firmar jurisprudência no sentido da hediondez do tráfico privilegiado, o que se vê, por exemplo, nos Habeas Corpus n. 121.255 (Relator Ministro Luiz Fux, DJe 1º/8/2014), n. 114.452-AgR/RS (Relator Ministro Luiz Fux, DJe 8/11/2012), n. 118.577 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski,

DJe 21/11/2013) e n. 118.351 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 16/6/2014).

A posição também foi seguida pelo Superior Tribunal de Justiça:

É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o “tráfico privilegiado” tipo autônomo. (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.297.936 – [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)).

A questão, inclusive, foi admitida como um representativo de controvérsia no rito dos recursos repetitivos – Tema 600, indicando-se que “a simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos”, de maneira que a previsão legal de redução da reprimenda, diante do preenchimento dos requisitos ali enumerados, “não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao delito em tela” (Recurso Especial n. 1.329.088 – RS).

Nessa esteira, inclusive, o Tribunal da Cidadania editou a Súmula 512, com o seguinte verbete: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.”

Portanto, trazendo como parâmetro fundamentos efetivamente jurídicos, sobretudo a legislação posta, o evidente e expresso mandamento constitucional de tratamento mais gravoso ao tráfico de drogas e a natureza jurídica dos institutos envolvidos, tem-se de modo irrefutável que aquele que pratica as condutas previstas no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 pratica tráfico de drogas. E ainda que esse agente possua bons antecedentes, seja primário e não integre uma organização criminosa, características essencialmente pessoais, que nada influenciam na tipicidade de sua conduta, efetivamente terá praticado o crime de tráfico de drogas se levar a efeito os verbos previstos nos dispositivos supracitados. E, assim, por força do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e art. 2º da Lei n. 8.072/90, terá praticado crime equiparado a hediondo.

A questão fica ainda mais límpida quando se analisa o primeiro voto do Ministro Teori Zavascki no curso do julgamento do Habeas Corpus n. 118.533/MS, no qual, por meio de premissas jurídicas, não deixa espaço para conclusão jurídica diversa daquela acima trazida (vide inteiro teor do julgado, p. 24).

Explica o mencionado Ministro que o art. 2º da Lei n. 8.072/90 indicou serem os crimes hediondos e o tráfico de drogas insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança, dispositivo que nada mais fez do que reproduzir o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Logo, a Constituição, quando tratou o tráfico de drogas de forma mais rigorosa, “não levou em consideração a situação pessoal do agente, ela levou em consideração uma determinada conduta”. Nessa esteira, a etiquetagem da ação como hedionda “não tem nada a ver com a situação pessoal do agente. Está em saber se aquela conduta é ou não é tráfico ilícito de entorpecente”. Prosseguindo o raciocínio, assevera que o § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas “institui uma causa de diminuição de pena voltada exclusivamente para a condição pessoal do agente”, em nada alterando a conduta perpetrada. Assim, conclui que o chamado tráfico privilegiado tem natureza hedionda e arremata:

Eu não posso conceber que um crime seja ‘hediondo’ no caso de o agente ter maus antecedentes, e não ser hediondo só porque ele tem bons antecedentes. Quer dizer, essa distinção, no meu entender, não é suficiente para nós estabelecermos uma exceção que a Constituição não estabelece.

Com efeito, os argumentos jurídicos lançados não deixam dúvidas acerca da real natureza do dispositivo apelidado de “tráfico privilegiado” e que os beneficiários da referida causa de diminuição de pena efetivamente perpetraram os tipos penais previstos no *caput* ou no § 1º do art. 33 da Lei Antidrogas, ou seja, tráfico ilícito de entorpecentes, logo, de natureza hedionda.

## 5 A DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS N. 118.533/MS

De toda sorte, em que pese os argumentos apresentados, não se olvida a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016 (HC n. 118.533/MS), que, embora não possua força vinculante, naturalmente se caracteriza como forte precedente, já seguido pelo Su-



perior Tribunal de Justiça (Petição n. 11.796-DF) e por diversos tribunais pátrios, a exemplo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>2</sup>.

Nessa esteira, necessária uma análise crítica do referido julgado do STF, confrontando os argumentos jurídicos supracitados com os fundamentos daquele *decisum*, evidentemente influenciado por razões de política criminal.

## 5.1 O CONTEXTO EM QUE SE DEU O JULGAMENTO

Antes da análise dos fundamentos trazidos no HC n. 118.533/MS, de início vale registrar que causa perplexidade e talvez já se apresente como ilustração da infelicidade da decisão, o próprio caso paradigma, que notadamente trouxe constrangimento aos Ministros<sup>3</sup>.

É que os pacientes se tratam de traficantes que transportavam, no Estado do Mato Grosso do Sul, nada menos que 772,00 kg (setecentos e setenta e dois quilos) de maconha, devidamente embalada e separada em pacotes, em caminhão escoltado por veículo batedor. Evidentemente, pela quantidade de droga, forma de embalagem e *modus operandi* do transporte, os pacientes não eram pequenos traficantes nem sequer deveriam ter sido beneficiados pela causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Entretanto, acabou sendo essa a situação concreta trazida no processo em que a Suprema Corte alterou seu posicionamento acerca da hediondez do chamado “tráfico privilegiado”. Não se esquece, com a crítica inicial, que o papel do Supremo vai muito além da situação concreta, fixando teses e orientando a jurisprudência. Contudo, pare-

2 AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANTO À EXTINÇÃO DA PENA. CONCESSÃO DE INDULTO, COM FUNDAMENTO NO DECRETO PRESIDENCIAL N. 8.615/15. ALMEJADA REFORMA DA DECISÃO EM RAZÃO DO CARÁTER HEDIONDO DO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. NÃO CABIMENTO. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA SUPREMA CORTE, NO HABEAS CORPUS N. 118.533, ALIADA À RECENTE MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DA CORTE DA CIDADANIA. REVISÃO DA TESE FIRMADA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.329.088/RS (TEMA 600). CANCELAMENTO DA SÚMULA N. 512 DO STJ. NOVO PANORAMA A DETERMINAR ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO TAMBÉM POR ESTE TRIBUNAL. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0007496-61.2016.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 13-12-2016).

3 A propósito, como exemplo, ao antecipar seu voto, a Relatora Ministra Carmen Lúcia observou: “Este não é um bom caso, talvez, para se discutir a tese” (p. 10 do inteiro teor do Acórdão). E, também, o Ministro Luís Roberto Barroso: “Evidentemente não consigo imaginar - teria muita dificuldade de imaginar - alguém traficando 700 kg de maconha sem integrar algum tipo de organização. Logo, o caso é péssimo” (p. 22 do inteiro teor do Acórdão).



ceu pertinente a exposição do caso concreto, simbolizando, como dito alhures, a infelicidade da decisão e da nova tese firmada.

Ainda antes de adentrar os fundamentos da decisão, impossível não resgatar o contexto em que foi proferida.

Aliás, já de plano, esses contornos acabam trazendo à luz que a decisão se motivou essencialmente em questões de política criminal e teve inegável objetivo de tentar minimizar a crise no sistema prisional, ainda que se afastando de argumentação propriamente de direito.

Pois bem, o HC n. 118.533/MS teve sua votação iniciada, no Supremo Tribunal Federal, em 24 de junho de 2015. Naquela sessão, a Ministra Relatora Carmen Lúcia apresentou voto pela concessão da ordem, para afastar a natureza hedionda do apelidado “tráfico privilegiado”, sendo acompanhada pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Divergiram e denegaram a ordem, entendendo que a minorante não retira a natureza hedionda da conduta, os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux. Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista.

Constata-se, portanto, que a sessão foi interrompida com quatro votos já proferidos no sentido de se manter a tese prevalecente no STF e STJ.

O julgamento foi retomado quase um ano depois, em 1º de junho de 2016, quando o Ministro Gilmar Mendes acompanhou a relatora.

Na mesma sessão, entretanto, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio Mello divergiram da relatora e denegaram a ordem. Assim, teoricamente, definiram a tese vencedora, uma vez que acrescidos os votos proferidos anteriormente, contabilizaram-se seis votos e, portanto, a maioria do Tribunal em favor de que a aplicação da causa de diminuição de pena em testilha não afasta a hediondez da conduta perpetrada pelo agente, independentemente da posição dos outros ministros, mantendo-se a posição até então prevalecente nos Tribunais Superiores.

Após firmada a tese e reafirmados alguns argumentos, a Ministra Relatora passou a expor o conteúdo de memoriais recebidos indicando o impacto do reconhecimento da hediondez em questão na quantidade de pessoas encarceradas no Brasil, apresentando diversos dados estatísticos, inclusive sobre o número de mulheres presas. Acrescentou a preocupação com o modelo carcerário brasileiro. De igual sorte, o Ministro Luís Roberto Barroso evidenciou sua preocupação com as consequências

da decisão no sistema carcerário: “Portanto, nós vamos equiparar isso a crime hediondo, com todas as implicações que tem sobre o Sistema Penitenciário?” (Inteiro Teor do Acórdão, p. 58). Na mesma esteira, o Ministro Lewandowski, que ainda não havia votado, colacionou dados do InfoPen, do Ministério da Justiça, informando que 28% dos então presos brasileiros estavam nas penitenciárias por condenações decorrentes da Lei de Drogas. Acrescentou que aproximadamente 48% desse contingente teriam “experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio”. Por fim, indicando que “a situação é dramática”, arrematou o referido Ministro: “É uma questão de política criminal. Eu acho que, aqui, além da questão propriamente de interpretação, de hermenêutica jurídica, há um fato que o Supremo Tribunal Federal deve considerar que é esse” (Inteiro Teor do Acórdão, p. 60).

Nesse contexto, o Ministro Edson Fachin, expressamente entendendo que “o tema tem uma repercussão imensa” e “um impacto inegavelmente também imenso sobre o sistema carcerário”, pediu vista dos autos para reexame da matéria.

Alguns dias depois, em sessão realizada em 23 de junho de 2016, novamente se retomou o julgamento, quando então os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber alteraram os votos anteriormente proferidos, passando a acompanhar a relatora. Na mesma sessão, também acompanhou a relatora o então Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski.

Dessa forma, com a revisão dos votos, o panorama se reverteu por completo e os Ministros, por maioria, passaram a conceder a ordem de *habeas corpus* para, como consta no Acórdão do julgado, “afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas”<sup>4</sup>.

Os contornos indicados evidenciam que a decisão da Suprema Corte teve motivação essencialmente de política criminal, diante da necessidade de diminuir o número de pessoas encarceradas no Brasil

4 EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevantes o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminoso. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90 (STF. HC 118.533/MS. Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgamento: 23-6-2016).

e, de alguma forma, minorar o problema da superlotação dos presídios.

Esse pano de fundo fica ainda mais evidente quando se percebe que, dias antes das duas últimas sessões anteriormente citadas, mais precisamente em 11 de maio de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 641.320/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reconheceu o déficit de vagas no sistema prisional pátrio e que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso”. A propósito, o referido julgado foi precedente representativo da Súmula Vinculante n. 56<sup>5</sup>, aprovada, no plenário do STF, em 29 de junho de 2016, e publicada em agosto do mesmo ano.

Por fim, para se ter ideia ainda mais nítida da proeminência do tema, alguns meses antes, no ano de 2015, o plenário do Supremo, em apreciação de liminar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, reconheceu a efetiva crise que assola o sistema prisional brasileiro, em que realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, em verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional, com ausência de medidas eficazes e verdadeira “falha estrutural”, gerando ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação. Foi assim que se deferiu a realização das audiências de custódia e a liberação das verbas do FUNPEN, buscando, de alguma forma, a melhoria do sistema (STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015).

Enfim, exatamente nesse cenário, em que o STF se debruçava em questões relativas à crise do sistema penitenciário e buscava medidas aptas a esvaziar os presídios, julgou-se o HC 118.533/MS. E se repita, utilizando-se, de forma expressa, de argumentações no sentido de que a decisão teria “um impacto inegavelmente também imenso sobre o sistema carcerário” (Ministro Edson Fachin, Inteiro Teor do Acórdão, p. 61), bem como que se tratava de “uma questão de política criminal”, em que se deveria considerar tal panorama “além da questão propriamente de interpretação, de hermenêutica jurídica” (Ministro Lewandowski, Inteiro Teor do Acórdão, p. 60).

Nesse contexto, queda evidente que a decisão muito se inclinou

---

5 Súmula Vinculante 56: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

aos referidos argumentos de política criminal, afastando-se das questões propriamente de ordem técnica e jurídica. Tal conclusão se reforça quando da análise dos fundamentos jurídicos veiculados no *decisum*, os quais aparentemente não se sustentam, como se verá a seguir.

## 5.2 OS FUNDAMENTOS DA LEGALIDADE, PROPORCIONALIDADE E ANALOGIA COM O HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO

Com efeito, da acurada apreciação do Acórdão, além das preponderantes questões de política criminal já citadas, extrai-se como fundamentos, em síntese: (a) o princípio da legalidade, no sentido de que, apesar de a Constituição Federal determinar tratamento mais rigoroso para o tráfico de drogas, é possível que o legislador preveja condutas ilícitas que envolvam transação de drogas, mas que não configurem crime equiparado a hediondo. E assim teria o legislador agido ao não prever expressamente o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no art. 44 da mesma Lei, excluindo-o do rol dos crimes insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto e anistia; (b) o princípio da proporcionalidade, no viés de que não seria proporcional tratar o tráfico privilegiado como equiparado a hediondo, e que o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos benignos, incompatível com a hediondez; e (c) o argumento trazido pela Defensoria Pública Federal, no sentido de que se deveria realizar analogia do tráfico privilegiado com o homicídio qualificado-privilegiado, em que se reconhece incabível a hediondez.

### 5.2.1 O princípio da legalidade

Inicialmente, pelo prisma dos princípios da legalidade e taxatividade, como já exposto anteriormente, é evidente que o art. 2º da Lei n. 8.072/90 equipara o tráfico de drogas aos crimes hediondos. E mais, fá-lo em obediência a mandamento constitucional (art. 5º, XLIII, da Constituição da República).

Ao contrário da conclusão trazida, pelo Ministro Gilmar Mendes, no Habeas Corpus em estudo, a Constituição Federal, no supracitado dispositivo, conferiu margem de discricionariedade ao legislador or-

dinário para definir quais crimes seriam rotulados como hediondos, entretanto, no que tange ao tráfico de drogas, o próprio constituinte expressamente determinou regime mais rigoroso.

Logo, não poderia lei ordinária diminuir o alcance da norma constitucional.

E, diga-se de passagem, não o fez! Ao contrário, como indicado em linhas anteriores, o legislador reiterou tal mandamento no art. 2º da Lei n. 8.072/90<sup>6</sup>.

Nesse ponto, importante perceber que em momento algum o apelidado “tráfico privilegiado” foi excluído do rol trazido pela Lei dos Crimes Hediondos ou explicitado como não hediondo pela Lei Antidrogas. Até porque assim não poderia agir o legislador, sob pena de patente inconstitucionalidade.

Percebe-se que, no julgamento do HC 118.533/MS, tentou-se fazer crer que o legislador, ao não prever expressamente o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no art. 44 da mesma Lei, teria excluído tal modalidade do rol dos crimes insuscetíveis de sursis, graça, indulto e anistia, supostamente indicando, dessa forma, a vontade de afastar sua hediondez.

Em que pese o esforço interpretativo, tal conclusão não se sustenta.

Basta lembrar que, dada a natureza jurídica do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, mera causa de diminuição de pena, não inaugura tipo penal próprio.

O art. 44 da Lei Antidrogas dispõe que “Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. (grifou-se).

Ora, não era mesmo de se esperar que o legislador ordinário indicasse uma causa de diminuição de pena como insuscetível dos referidos benefícios. O dito dispositivo aponta expressamente “crimes”, tipos penais autônomos, ou seja, aqueles previstos no art. 33, *caput* e § 1º, e

6 “Para se considerar o crime de tráfico privilegiado equiparado a hediondo não era necessário que o legislador fizesse qualquer menção expressa, visto que a referência já se encontra, desde 1990, no artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Admitir o contrário é ferir de morte o sistema normativo e a lógica de interpretação que se deve observar na hipótese. Seria, em última análise, pretender desnecessária e ociosa superposição de regras para a mesma finalidade. Insisto: quando a Lei de Drogas entrou em vigor, já havia regra dizendo que o crime de tráfico é equiparado a hediondo, por isso a desnecessidade de reafirmação no ordenamento”. (MARCÃO, 2016).

34 a 37 da Lei Antidrogas. Como já indicado, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não traduz um crime próprio! Ninguém viola tal dispositivo em si, simplesmente porque, em sua redação, não existe qualquer conduta narrada. Se não bastasse, o texto que traz a referida minorante indica expressamente que tal diminuição se aplica aos “delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo” (art. 33). Logo, em última análise, impossível negar que as condutas a que se refere a minorante estão, sim, previstas no art. 44 da Lei n. 11.343/06.

Para arrematar, vale ponderar que o Supremo acabou por afastar a natureza hedionda de uma conduta definida como “tráfico de drogas” pela interpretação do suposto objetivo do legislador ordinário, sem abordar, de forma efetiva, a questão sob o viés constitucional, o que parecia indispensável, diante do expreso mandamento previsto no art. 5º, XLIII, da Constituição da República<sup>7</sup>.

## 5.2.2 O princípio da proporcionalidade

Em linhas gerais, defendeu-se no julgado que não seria proporcional tratar o tráfico privilegiado como equiparado a hediondo. Isso porque a quantidade de pena cominada (que, com a causa de diminuição, pode chegar ao patamar mínimo de 1 ano e 8 meses) atuaria como indicativo da real gravidade do crime e da extensão da retribuição penal necessária. Assim, seria imperioso um equilíbrio entre o delito e a pena. E, nessa linha de raciocínio, haveria incongruência ao se equiparar o tráfico minorado aos crimes hediondos.

Aparentemente, preocupou-se o legislador ordinário em atribuir menor gravidade ao tráfico de drogas perpetrado pelo agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica à atividade delituosa nem integra organização criminosa. E o fez exatamente quando possibilitou a diminuição de sua pena de um sexto a dois terços.

Em verdade, os devidos critérios de proporcionalidade e razoabi-

<sup>7</sup> “Vale dizer, o Supremo afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado interpretando somente o objetivo do legislador ordinário, que previu tratamento penal mais benéfico em tese incompatível com a pecha de hediondo. Apesar de apresentar judiciosos fundamentos para a tese dominante, os Ministros deixaram de analisar a questão sob o viés constitucional (interpretação conforme a Constituição ou mutação constitucional), sequer de forma incidental, principalmente porque o tema envolve expressa previsão na Constituição Federal, que, aliás, não pode ser derogada por mera interpretação jurisprudencial.” (JÚNIOR, 2016, p.7-9 – grifou-se).

lidade já foram levados a efeito quando o legislador abrandou a pena do pequeno e eventual traficante, diferenciando-o do grande e contumaz comerciante, ao qual a Lei Antidrogas conferiu maior punição<sup>8</sup>.

Outrossim, o art. 2º da Lei n. 8.072/90 e, sobretudo, o art. 5º, XLIII, da Constituição da República expressamente etiquetam a conduta em estudo como hedionda, não podendo o intérprete, a qualquer custo, sob o pretexto de se utilizar do princípio da proporcionalidade, afastar a aplicação de regras validamente editadas pelo legislador.

Interessante que o próprio Ministro Edson Fachin, em que pese a revisão de voto para acompanhar a Ministra Relatora, ponderou que o “emprego do juízo de proporcionalidade não deve atuar de modo desvinculado do cenário técnico-normativo” (Inteiro Teor do Acórdão, HC118.533/MS, p. 76).

Efetivamente, a utilização de princípios como o anteriormente citado não pode se tornar instrumento para a afirmação das preferências subjetivas dos magistrados, o que geraria insegurança jurídica e ameaçaria o princípio democrático<sup>9</sup>.

No caso, tem-se, outrossim, que deixou de observar o Supremo que o princípio da proporcionalidade também se consubstancia na obrigação de o Estado proteger suficientemente determinado direito fundamental<sup>10</sup>.

E, quando se afasta a hediondez de um delito cuja Constituição da República expressamente determina que receba tratamento mais rigoroso, notadamente porque tal conduta afeta bens jurídicos de especial valor, em verdade, não se observa a proporcionalidade, sob o viés da proibição da proteção deficiente.

Interessante e curioso, ainda criticando a suposta proporcionalidade no *decisum*, que, com o novo tratamento conferido ao tráfico de drogas, passou a ser mais vantajoso ao agente comercializar drogas do que vender CDs piratas<sup>11</sup>.

8 *Habeas Corpus* n. 114.452, STF.

9 SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade in *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 149-184, citado no Inteiro Teor do Acórdão HC118.533/MS, p. 76.

10 “Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos” (STRECK, 2016, p.8).

11 Interessante exemplo trazido em artigo que critica a decisão do STF no HC118.533 (PINI, 2016).



Exemplificando, um traficante de primeira viagem poderia ser condenado à pena mínima de 1 ano e 8 meses (lembrando-se que, sem a hediondez da conduta, estariam afastados os rigores da Lei n. 8.072/90, o que torna a punição ainda mais branda), ao passo que o preceito secundário do art. 184, parágrafo 2º, do Código Penal prevê a pena mínima de 2 anos.

Pelos argumentos lançados, portanto tem-se que o princípio da proporcionalidade não se mostrou bem empregado no caso, ao contrário, a decisão tornou menos eficiente a proteção estatal e contrariou mandado de criminalização previsto na Constituição da República.

### 5.2.3 A analogia in bonam partem com o homicídio qualificado-privilegiado

Finalmente, também não há se falar aqui em analogia com o homicídio qualificado-privilegiado.

Com efeito, não se nega que existam semelhanças entre o homicídio privilegiado e o chamado tráfico privilegiado. Nenhum deles recebe efetivamente o *nomen iuris* de privilégio. Também não inauguram tipo penal novo. Ademais, ambos os dispositivos possuem natureza de mera causa de diminuição de pena.

Ainda assim, não merecem o mesmo tratamento.

A doutrina e jurisprudência que afastam a hediondez do homicídio qualificado-privilegiado se baseiam no fato de que o reconhecimento do privilégio (de natureza subjetiva) prepondera sobre as circunstâncias qualificadoras de natureza objetiva, com base no art. 67 do Código Penal<sup>12</sup>.

12 Nesse sentido, expôs o Desembargador Relator Sérgio Paladino, ao proferir seu voto no julgamento da Revisão Criminal n. 2001.021264-1, inclusive citando ensinamento esclarecedor de Damásio de Jesus: “**Impõe-se o deferimento do pleito, visto que o reconhecimento do privilégio descaracteriza o homicídio qualificado, fazendo desaparecer o caráter hediondo do delito.** Dissertando a respeito, assinala Damásio de Jesus: ‘Entendemos que o homicídio qualificado-privilegiado não é hediondo. Uma segunda corrente deverá surgir, de nossa preferência, alegando que, nos termos do art. 67 do CP, havendo concorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes, dá-se preponderância às de natureza subjetiva, com fundamento nos motivos determinantes do crime. Extrai-se da disposição o princípio de que, em nossa legislação, havendo simultaneidade de circunstâncias, as subjetivas preponderam sobre as objetivas. Ora, o homicídio privilegiado, que apresenta circunstâncias subjetivas, só é compatível com as qualificadoras objetivas. Logo, se no caso concreto são reconhecidas ao mesmo tempo uma circunstância do privilégio e outra da forma qualificada, de natureza objetiva, aquela sobrepõe-se a esta, uma vez que o motivo determinante do crime tem preferência sobre a outra. De forma que o reconhecimento do privilégio descaracteriza o homicídio qualificado. Assim, quando o inciso I do art. 1º da Lei n. 8.072 menciona o ‘homicídio qualificado’, refere-se



Em verdade, o raciocínio passa pela descaracterização da própria qualificadora. E, diante disso, considerando que o homicídio simples não é previsto no rol dos crimes hediondos, afasta-se a possibilidade de etiquetar a conduta como hedionda.

O mesmo não ocorre com o dispositivo do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, que em nada altera a caracterização da conduta como tráfico de drogas, crime este de natureza hedionda (art. 5º, XLIII, da Constituição da República e art. 2º da Lei n. 8.072/90).

Registra-se, ainda, que o homicídio privilegiado, previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal, define uma diminuição de pena baseada na motivação do agente para a prática delitiva. Logo, indica que o legislador reconheceu menor desvalor na própria conduta em si. Por outro lado, a causa de diminuição de pena apelidada de “tráfico privilegiado” não guarda qualquer conexão com a conduta. Diversamente, fundamenta-se apenas nas características pessoais do agente.

Exatamente nessa linha, pontuou o Ministro Luiz Fux no julgamento do HC 118.533/MS, que “[...] esse homicídio é atenuado por força do elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo do agente é atenuado em razão das circunstâncias da prática do delito”, diferenciando-o do tráfico privilegiado: “Aqui, não. Aqui houve uma opção objetiva legislativa no sentido de que tráfico é tráfico e deve ser tratado igualmente [...]” (Inteiro Teor do Acórdão, p. 33).

Inviável que se exclua a hediondez do tráfico privilegiado com a utilização dos mesmos fundamentos que afastaram tal etiqueta do homicídio qualificado-privilegiado, mostrando-se inadequada, portanto, a pretendida analogia.

Enfim, percebe-se, após a detida abordagem dos fundamentos de ordem técnico-jurídicos veiculados no HC 118.533/MS, que não se mostraram robustos a ponto de sustentar a decisão proferida, a qual se afastou da hermenêutica jurídica, demonstrando intenso juízo político.

---

somente à forma genuinamente qualificada. Não ao homicídio qualificado-privilegiado”. (TJSC, Revisão Criminal n. 2001.021264-1, de Campo Erê, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 29-5-2002).

## 6 CONCLUSÃO

Com efeito, após trazido o contexto em que se julgou o HC 118.533/MS e expostas as fragilidades dos argumentos jurídicos ventilados, queda inegável que no *decisum* efetivamente preponderaram fundamentos de política criminal.

É evidente que a preocupação dos Ministros do STF com a atual situação carcerária é totalmente correta, além das ponderações de ordem política trazidas serem reais e merecerem a devida atenção, vide os verdadeiros massacres ocorridos no início do ano de 2017.

Entretanto, não parece que a solução do problema passe pela soltura indiscriminada de presos, tampouco pela afirmação de teses dissociadas dos preceitos legais e constitucionais.

Até porque está se falando de tráfico de drogas, um dos crimes mais danosos à sociedade, que traz consigo uma grande onda de violência, seja pelo incremento de outros crimes, seja pela existência de verdadeira guerra entre facções envolvidas com tal prática delituosa. E se diga, a nova tese passa a garantir inúmeras benesses ao traficante em questão, como a possibilidade de liberdade provisória mediante fiança, prisão temporária por espaço de tempo mais exíguo, progressão de regime com o cumprimento de apenas um sexto da pena, livramento condicional após menor fração de reprimenda cumprida, possibilidade de recebimento de anistia, graça ou indulto.

Em verdade, a novel interpretação constitui, sem dúvida, incentivo para que as pessoas, cada vez mais, aventurem-se no tráfico e que as organizações criminosas captem mais jovens soldados.

Como firmado exaustivamente no bojo do trabalho, o chamado “tráfico privilegiado” tem evidente natureza hedionda, e a superlotação dos estabelecimentos prisionais não tem o condão de alterar essa realidade.

O art. 2º da Lei n. 8.072/90, replicando mandamento preconizado no art. XLIII do art. 5º da Constituição Federal, equipara o tráfico de drogas aos crimes hediondos, dando-lhe tratamento mais rígido. Assim, aquelas condutas consideradas como tráfico de drogas, a exemplo do *caput* e § 1º da Lei n. 11.343/06 (conforme se extrai do art. 44 do mesmo Diploma e amplo entendimento doutrinário e jurisprudencial), inega-

velmente são etiquetadas como crime hediondo. Nessa esteira, o fato de o § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas instituir uma causa de diminuição de pena para determinados traficantes, voltada exclusivamente para condições pessoais do agente, em nada altera a conduta perpetrada. Até porque tal dispositivo não inaugura novo tipo penal.

De forma simples e ilustrativa, quando um agente vende dez pedras de *crack* em uma esquina, estará cometendo o crime de tráfico ilícito de drogas, sendo ele primário ou reincidente, portanto, crime hediondo.

Por mais que tenham sido apresentados argumentos atrelados aos princípios da legalidade e proporcionalidade, além de se pretender utilizar-se analogicamente ao caso o homicídio qualificado-privilegiado, tais argumentos são frágeis e não se sustentam após uma análise técnico-normativa.

Nessa esteira, reafirmando-se a natureza hedionda do apelidado tráfico privilegiado, importante ponderar que a decisão proferida no HC 118.533/MS não possui repercussão geral, tampouco gera efeitos vinculativos aos demais órgãos de jurisdição, monocráticos ou colegiados. O mesmo vale para o julgamento de questão de ordem proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (Petição n. 11.796-DF, julgada em 23 de novembro de 2016), que culminou com o cancelamento da Súmula 512 da referida Corte.

Portanto, por mais que se reconheça a força dos referidos precedentes, a questão não pode ser considerada sedimentada, sobretudo pela fragilidade das argumentações jurídicas lançadas e pela preponderância de juízo político criminal existente no julgamento paradigma, sendo válidas e importantes discussões críticas sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Dis-

ponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n.11.343, de 23 de agosto de 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/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 56. Brasília, DF, 8 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118.533, Relatora: Min. Carmen Lúcia. Brasília, DF, 23 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 121.255, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 3 de junho de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6367472>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 114.452. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 8 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3064804>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118.577. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 21 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4893346>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118.351. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 16 de junho de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 641.320/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de maio de 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 512. Brasília, DF, 16 de junho de 2014. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=512&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Petição n. 11.796, Relatora: Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DF, 23 de novembro de 2016. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1551576&num\\_registro=201602880562&data=20161129&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1551576&num_registro=201602880562&data=20161129&formato=PDF)>. Acesso em: 4 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.297.936, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 20 de março de 2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=Agravo+Regimental+nos+Embargos+de+Declara%E7%E3o+no+Recurso+Especial+1.297.936+&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.329.088 - RS, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 13 de março de 2013. Disponível em: < <http://www.recursoescriminais.mppr.mp.br/arquivos/File/STJ/REsp1329088.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. Hediondos - Lei 8.072, 25.07.1990. In: GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Org.). **Legislação Criminal Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Marco Antônio Ferreira. Supremo Tribunal Federal errou ao afastar a hediondez do tráfico privilegiado. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-10/marco-antonio-stf-errafastar-hediondez-trafico-privilegiado>>. Acesso em: 26 jan. 2017,

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivum, 2014.

MARCÃO, Renato. Tóxicos: **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**: anotada e interpretada. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 153.

\_\_\_\_\_. STF errou ao afirmar que tráfico privilegiado de drogas não é crime hediondo. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2016-jul-02/renato-marcao-stf-errou-tirar-hediondez-trafico-privilegiado>]. Acesso em: 26 jan. 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas**: Lei 11343, de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PINI, Priscilla Carvalho. O tráfico de drogas como delito não equiparado a hediondo. Uma análise crítica à recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/mnt/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17850&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17850&revista_caderno=3)>. Acesso em: 26 jan. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Execução Penal n. 0007496-61.2016.8.24.0039. Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida, Florianópolis, SC, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=Agravo%20de%20Execu%20E3o%20Penal%200007496-61.2016.8.24.0039&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAJfiGAAS&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=Agravo%20de%20Execu%20E3o%20Penal%200007496-61.2016.8.24.0039&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAJfiGAAS&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Revisão Criminal n. 2001.021264-1. Relator Desembargador Sérgio Paladino, Florianópolis, SC, rel. Des., 29 de maio de 2002. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=visto%20que%20o%20reconhecimento%20do%20privil%20E9gio%20descaracteriza%20o%20homic%20EDdio%20qualificado,%20fazendo%20desaparecer%20o%20car%20E1ter%20hediondo%20do%20delito&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAABHbAAAG&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=visto%20que%20o%20reconhecimento%20do%20privil%20E9gio%20descaracteriza%20o%20homic%20EDdio%20qualificado,%20fazendo%20desaparecer%20o%20car%20E1ter%20hediondo%20do%20delito&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAABHbAAAG&categoria=acordao)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, In: **Direitos humanos e direitos fundamentais**: diálogos contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2013.

SILVA JÚNIOR, Jádel da. Nota técnica acerca do alcance e dos possíveis efeitos da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas

Corpus n. 118.533, que afastou o caráter hediondo do denominado tráfico privilegiado. **Nota Técnica**. Centro de Apoio Operacional Criminal. Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Bem jurídico e Constituição**: Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

PROCESSO PENA

# A ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

**Flávio Fonseca Hoff**

*Promotor de Justiça*

*Especialista*

## RESUMO

O tema abordado no presente artigo é o estudo da (im)possibilidade da absolvição por clemência no Tribunal do Júri. Objetivou-se apresentar as bases legais e os fundamentos que servem como alicerce tanto àqueles que a defendem quanto aos que a repudiam. A pesquisa foi basicamente doutrinária e jurisprudencial, com enfoque no entendimento dos Tribunais Superiores, com busca, ainda que breve, de elementos históricos. A partir do material coletado, a conclusão é de que a piedade não é autorizada pelo ordenamento jurídico e pode ser revista por meio de apelação, por ser manifestamente contrária à prova dos autos.

**Palavras-Chave:** Tribunal do Júri. Absolvição. Clemência. Apelação.

## 1 INTRODUÇÃO

Apesar de as últimas e consideráveis alterações do procedimento especial dos crimes dolosos contra a vida terem se dado no longínquo ano de 2008, os manuais que analisam o processo penal ainda debatem a respeito de diversos pontos. Um deles versa sobre o recurso de apelação contra decisão dos jurados, cujo objetivo é anular o resultado para

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 27	p. 35 - 51	jul./dez. 2015
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------



submeter o acusado a novo julgamento, e se existem limites à apreciação do caso concreto pelo Conselho de Sentença, especialmente no tocante ao quesito genérico de absolvição. As conclusões, a princípio, parecem lógicas: havendo balizas, possível revisão; do contrário, não.

Dessa forma, é imprescindível lembrar questões atinentes ao sistema de apreciação de provas, de quesitação e recursal do Tribunal do Júri.

Ainda que a resposta seja no sentido de que há limites, a questão não se encerra. Precisa-se saber se o resultado do quesito genérico de absolvição também pode ser objeto de recurso, mesmo que não se saiba o motivo escolhido pelos juízes leigos no julgamento. E mais, se essa pergunta independe das teses expostas em plenário pelas partes e pelo acusado, devendo ser apresentada obrigatoriamente, o que, em tese, desvincularia o Conselho de Sentença dos autos. A partir desse ponto, entra a análise da absolvição por clemência.

O objetivo, portanto, é colher os fundamentos encontrados na doutrina e na jurisprudência, sopesá-los, e responder se os jurados podem acolher argumentos humanitários e absolver o réu, bem como se a acusação pode se insurgir e postular novo julgamento nesses casos.

## **2 A ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA PELO CONSELHO DE SENTENÇA**

Como adiantado, é imprescindível à compreensão do tema abordado trazer, como pressuposto, sucintos comentários sobre o sistema de apreciação da prova, da quesitação e a apelação com base na contrariedade à prova dos autos no procedimento especial relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri.

### **2.1 O SISTEMA DE APRECIÇÃO DA PROVA E DE QUESITAÇÃO**

O sistema de valoração da prova adotado no Brasil, via de regra, é o do livre convencimento motivado (também denominado pela doutrina como o da persuasão racional ou da livre apreciação da prova). Segundo seus ditames, cabe ao Magistrado, exclusiva e livremente com base na análise das provas trazidas aos autos, proferir sua decisão. Assim, ainda

que não exista prévia fixação, pelo legislador, da força probante entre elas, impedido está, lado outro, que fatos alheios ao processo possam convencer o julgador (como, por exemplo, conhecimentos privados). Sua previsão legal encontra-se no art. 155 do Código de Processo Penal<sup>1</sup>.

À discricionariedade à interpretação e comparação do quadro probatório constante nos autos acrescenta-se a obrigatoriedade da motivação da conclusão a que chegou o Juiz, sob pena de nulidade. Essa determinação, inclusive, encontra berço na própria Constituição Federal, especificamente em seu art. 93, IX<sup>2</sup>.

A necessidade de fundamentação, por óbvio, tem razão de existir: possibilita aos interessados conhecer aquilo que foi determinante para o resultado do processo; fortalece o controle social em relação à atividade-fim do Poder Judiciário; e serve de base ao exercício do duplo grau de jurisdição, uma vez que o vencido poderá levar a matéria ao conhecimento do órgão judicial competente, rebatendo os argumentos apresentados pelo juízo *a quo*.

Opondo-se em absoluto a essas observações feitas, encontra-se o sistema da íntima convicção do Magistrado (da certeza moral do juiz ou da livre convicção). Aqui, malgrado ainda haver liberdade na valoração das provas, em conjunto ou separadamente, a decisão pode ser consequência da própria consciência do julgador, sem a prova dos autos ou mesmo contrário a ela, dispensada de fundamentação.

A doutrina afirma que esse é o sistema adotado no Tribunal do Júri, uma vez que compete aos Jurados proferir seus votos apenas entre “sim” ou “não”, conforme previsão do art. 486 do Código de Processo Penal. A sistemática, aliás, coaduna-se com o sigilo das votações, um de seus princípios basilares (art. 5º, XXXVIII, CF). Isso porque, exigindo-se do juiz leigo que exponha fundamentação acerca de seu voto, estar-se-ia, evidentemente, conferindo a possibilidade de identificação.

1 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela *livre apreciação da prova produzida* em contraditório judicial, não podendo *fundamentar* sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Grifei)

2 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:  
[...]  
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Nesse sentido, cita-se o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 589):

Como se vê, no âmbito do Júri, até mesmo pela desnecessidade de fundamentação da decisão dos jurados, o Conselho de Sentença não está necessariamente vinculado às provas constantes dos autos, podendo formar sua convicção a partir de critérios subjetivos, sendo possível que venha a decidir em desacordo com os elementos probatórios coligidos.

Outra premissa que deve ser analisada, antes de se adentrar no cerne da questão, é a forma de quesitação atualmente em vigor (desde a vigência da Lei 11.689, de 9 de junho de 2008, que alterou o procedimento do Júri). Em síntese, de acordo com o art. 483 do diploma processual penal, inicia-se questionando aos Jurados sobre a materialidade do delito. Confirmada, passa-se à autoria. Também reconhecida, sobrevém quesito genérico a respeito da absolvição – provavelmente a alteração mais considerável –, à semelhança do modelo anglo-americano, com redação previamente imposta pela lei: “O jurado absolve o acusado?” (art. 483, § 2º, CPP). Na “singela” pergunta estará inserida a maioria das teses defensivas absolutórias. Mesmo em vigência há anos, ainda existem vozes na doutrina que criticam o modelo:

Ocorre que esta imposição é absolutamente despropositada porque ignora por completo os fundamentos do júri. Efetivamente, a votação é sigilosa, razão pela qual, no caso de absolvição, não é possível que saiba qual foi a tese adotada se não houver quesito específico. A nova sistemática, portanto, ignora o princípio do contraditório, pois, como já destacamos, se o órgão acusatório não tem ciência da absolvição consagrada, como poderá interpor recurso? Não se pode olvidar, na mesma esteira, a clara ofensa ao princípio da paridade de armas, vez que à acusação é imposto um óbice processual, desprovido de qualquer fundamento técnico, ao qual a defesa passará imune. (CUNHA; PINTO, 2015, p. 287).

Aliás, prevalece, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup>, que a formulação do quesito de absolvição é obrigatória, ainda que não exista tese sustentada pela defesa em plenário ou no interrogatório do acusado que se encaixem na pergunta. Exemplifica-se com caso em

3 AgRg no AgRg no REsp 1308258/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 22/10/2015; AgRg no REsp 1548434/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/5/2016, DJe 27/5/2016; AgRg no REsp 1490467/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 1º/6/2016; HC 352.330/PB, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/6/2016, DJe 1º/8/2016.

que a absolvição é calcada exclusivamente na negativa de autoria, tanto pela defesa técnica quanto em sede de autodefesa; ainda que rechaçada mediante a resposta positiva ao segundo quesito, impõe-se apresentar o de absolvição, genérico.

Ilustra-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. AUTORIA E MATERIALIDADE RECONHECIDAS. CONTRADIÇÃO COM O QUESITO DA ABSOLVIÇÃO GENÉRICA. QUESITO OBRIGATÓRIO. SÚMULA 83 DO STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O art. 483, III, do CPP, após a alteração promovida pela Lei 11.689/2008, prevê o quesito de absolvição genérica, independentemente da tese sustentada pela defesa em plenário. 2. Trata-se de quesito obrigatório, não se revelando contraditório com a resposta afirmativa ao primeiro e segundo quesitos de materialidade e autoria. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1215688/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 3/11/2015).

No mesmo sentido, da doutrina também se colhe:

A nosso ver, a redação do art. 483, §2º, do CPP, não deixa dúvidas quanto à obrigatória inserção do quesito pertinente à absolvição do acusado. [...]. Cuida-se, portanto, de quesito obrigatório, a ser apresentado aos jurados independentemente do fato das teses apresentadas pela defesa já terem sido objeto de possível apreciação pelos jurados por ocasião da votação dos dois primeiros quesitos. (LIMA, 2015, p. 1413/1414).

Trata-se de indagação obrigatória (o jurado absolve o acusado?), desde que reconhecida a materialidade e a autoria em quesitos anteriores, pouco importando qual tenha sido a tese sustentada pela defesa. Somente para argumentar, se o defensor argumentou somente a negativa de autoria, ultrapassada essa questão, pelo reconhecimento da prática do fato pelo réu, deve o magistrado indagar se o jurado absolve o acusado. (NUCCI, 2015, p. 1008).

Seguindo-se essa linha, sendo obrigatório, sua ausência levará à anulação do julgamento, nos termos da Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>. Aliás, existe precedente do Superior Tribunal de Justiça que adotou esse entendimento<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> STF, Súmula 156. É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório.

<sup>5</sup> REsp 1302455/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 29/5/2014

## 2.2 A APELAÇÃO POR MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS

Feitos os primeiros comentários, parece que o tema proposto encontra seus delineamentos firmados. Ora, se os jurados, em tese, podem decidir com subjetivismo, não fundamentam seus votos e o quesito genérico deve ser apresentado em qualquer hipótese, a absolvição por clemência é absolutamente permitida. A resposta não é simples.

O ordenamento jurídico permite que a decisão do Tribunal Popular seja atacada em quatro oportunidades: a) quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do Juiz-Presidente contrária à lei ou decisão dos jurados; c) a aplicação da pena tenha sido errada ou injusta; e d) a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, do CPP). Observa-se, portanto, que somente a última hipótese enfrenta o mérito do julgamento (condenação ou absolvição; qualificadoras; majorantes ou minorantes), cuja análise compete exclusivamente ao Conselho de Sentença. A polêmica gira em seu torno.

Por “manifestamente” entende-se aquela decisão que não encontra nenhum amparo na instrução do processo (OLIVEIRA, 2015, p. 966), seja resultado de qualquer uma das fases do procedimento especial (*judicium accusationis* e *judicium causae*) ou pelas provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas (que podem ser colhidas durante a investigação).

Ainda que parte minoritária da doutrina sustente a inconstitucionalidade do dispositivo legal indigitado, com base na argumentação de que juízes togados não podem rever a decisão do Conselho de Sentença por força da Soberania dos Veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, CF), não é o entendimento uníssono no Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>.

Segundo a Suprema Corte, a cassação da decisão do Conselho de Sentença respeita e prestigia a soberania das decisões dos juízes leigos, visto que o caso será submetido a nova deliberação, por outro corpo de jurados – os quais possuem competência absoluta à matéria. O princípio, assim, admite relativização. Diferente seria caso o Tribunal *ad quem*

6 Exemplos: HC 130690 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, **Primeira Turma**, julgado em 11/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 23-11-2016 PUBLIC 24/11/2016; ARE 947288 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, **Segunda Turma**, julgado em 7/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 3/11/2016 PUBLIC 4/11/2016; HC 133073, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, **Segunda Turma**, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24/8/2016 PUBLIC 25/8/2016; RHC n. 124.554/PE, **Primeira Turma**, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 31/3/2016.

modificasse, diretamente, o resultado da votação, substituindo a deliberação. Ou seja, cabe ao órgão revisor se limitar ao juízo rescindente, deixando-se de julgar novamente o mérito (juízo rescisório).

### 2.3 OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS

Por tudo quando exposto até o momento, as aparentes incongruências legislativas evidenciam-se, fomentadas pela jurisprudência.

Aqueles que defendem a possibilidade de absolvição por benevolência no Tribunal do Júri, como pode ser presumido, utilizam como argumento principal a garantia constitucional da soberania dos veredictos. Acrescentam que, considerar uma pergunta obrigatória e não admitir o resultado seria negar a vontade dos jurados, motivo pelo qual sua avaliação estaria desvinculada de qualquer tese jurídica. Dizem, ainda, que o recurso por manifesta contrariedade à prova dos autos caberia apenas contra resposta referente aos dois primeiros quesitos (materialidade e autoria).

Com efeito, o terceiro quesito não diz necessariamente com os fatos. Diz com a sensibilidade do jurado ao analisar o caso que lhe é apresentado. O jurado pode absolver por clemência, piedade, compaixão ou qualquer sentimento que lhe mova a tomar tal decisão. É livre para tanto.

A diferença marcante aqui é que a decisão absolutória tirada por votação ao terceiro quesito, por não ser necessariamente um quesito de fato, não permite que se afira se a decisão tem amparo ou não na prova dos autos.

Ao tornar obrigatória a formulação desse quesito – ainda quando a única tese defensiva seja a negativa de autoria, já reconhecida em quesito antecedente – o legislador garante ao jurado o direito de absolver por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos.

Ora, nenhum sentido há em garantir ao jurado esse direito e depois cassar a decisão que dele decorra.

Assim, a decisão dos jurados que, ao votarem o terceiro quesito, entendem por absolver o acusado não é passível de recurso da acusação com base no artigo 593, inciso, III, alínea “d” do Código de Processo Penal. (REZENDE, 2010, p. 15/16).

Existem bandeiras mais extremadas, inclusive, que sustentam que o recurso sobre decisão manifestamente contrária à prova dos autos seria exclusivo da defesa<sup>7</sup> e, portanto, qualquer tipo de aberração advinda da votação, desde que favorável ao acusado, não poderia ser anulada.

Acolhendo essa corrente, há decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello<sup>8</sup> que, ainda que mediante rasa apreciação da matéria, mencionou, expressamente, parecer inadmissível o recurso de apelação interposto pela acusação com base no art. 593, III, “d”, do CPP<sup>9-10</sup>, contra o quesito de absolvição genérico. Alega que “a fundamentação dos jurados poderia, ao menos virtualmente, extrapolar os próprios limites da razão jurídica”. Ilustra-se com outro trecho doutrinário de suma importância que serviu de base à concessão da citada liminar, onde o Relator valeu-se das lições de Adel el Tasse e Luiz Flávio Gomes:

Parece indiscutível, sendo qualquer resistência em verificar esta situação totalmente desprovida de sentido técnico mínimo, que, com a alteração não só dos procedimentos, mas verdadeiramente da estrutura do Tribunal do Júri brasileiro, produzida em 2008, pela entrada em vigor da Lei n. 11.689, a apelação com base na manifesta contrariedade às provas dos autos passou a ser recurso exclusivo da defesa.

O atual modelo de quesitação existente, pelo qual o Conselho de Sentença decide sobre a absolvição com total distanciamento de questionamentos técnico-jurídicos, mas atuando em acordo com o livre convencimento íntimo de forma plena, respondendo a quesito geral sobre se o acusado deve ser absolvido ou condenado, faz com que a decisão absolutória não seja passível de qualquer tipo de controle recursal pela acusação, pois insuscetível de análise quanto aos seus fundamentos, que podem, inclusive decorrer do perdão social pelo fato praticado. (2012, p. 190). (Grifou-se).

De outra banda, encontram-se aqueles que, na esteira da anteriormente citada remansosa jurisprudência dos órgãos colegiados do STF – que entende ser constitucional a apelação que anule o julgamento do Conselho de Sentença por não encontrar respaldo algum na prova dos autos –, sustentam que a hipótese se trata de forma de controle de arbitrariedades.

7 Tese Institucional n. 93 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, aprovada em 2013.

8 STF, RHC 117076 MC / DE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/9/2013, DJe 18/9/2013.

9 Nesse mesmo sentido, ainda que reconhecendo ser imprescindível modificação legislativa, Fernando da Costa Tourinho Filho (2012).

10 Além de não existir qualquer dispositivo legal que sustente essa corrente, feriria de morte a paridade de armas e o duplo grau de jurisdição, afeto tanto à defesa quanto à acusação.



Uma vez reconhecidas materialidade e autoria ou participação, deverá ser formulado um quesito genérico superveniente se o acusado deverá ser absolvido, independentemente da tese ou teses defensivas que embasam o pleito absolutório. [...] Mesmo diante da valorização da convicção dos veredictos – art. 5º, XXXVIII, ‘c’, CF), entendemos que poderá haver excepcional controle para evitar arbitrariedades (mesmo que absolutórias). É que a soberania dos veredictos não pode ser interpretada no sentido que possa a conclusão do Conselho de Sentença ser dissociada integralmente do que apurado nos autos, por mais que o espírito dos jurados (unânime ou majoritário) esteja correlacionado com a intenção de absolver em ideia genérica de justiça para com o autor ou partícipe do fato. Assim, em situações excepcionais, nas quais a absolvição for totalmente dissonante das provas carreadas aos autos, poderá haver a anulação do julgado acaso promovido recurso de apelação forte no artigo 593, III, “d” do CPP. (OLIVEIRA; FISCHER, 2012, p. 926/927). (Grifou-se).

Ainda, já foi tecido paralelo direto entre a possibilidade de anulação do veredicto com o direito fundamental à vida, sob o forte argumento de que seria “a *consagração do absolutismo*, não mais dos monarcas, mas sim de cidadãos reunidos no Júri que podem, se o desejarem, às cegas, decidir uma causa penal que envolve a VIDA” (CAMPOS, 2015, p. 439), sem que tenha possibilidade de reavaliação.

Alguns doutrinadores defendem que, na hipótese, caberia ao Juiz-Presidente explicar aos jurados a contradição que se operou (consistente, por exemplo, no reconhecimento de materialidade e autoria, afastando-se todas as teses da defesa, seguida de absolvição) e repetir os questionamentos que se chocam, seja por previsão expressa (art. 490, *caput*, CPP), seja pela incumbência de sanear eventuais nulidades, inclusive de ofício (art. 497, XI, do CPP). A respeito disso, há divergência dentro do STJ, existindo decisões no mesmo sentido<sup>11</sup> e contrárias<sup>12</sup>.

Certo é que a legislação menciona que não pode ser o julgamento contrário à prova dos autos. E, por prova, entende-se tudo aquilo trazido ao processo que diga respeito ao caso concreto, colhido sob o contraditório (seja real ou diferido), que possa ser usado para, utilizando-se do direito penal, confirmar ou afastar a tipicidade do fato, a antijuridi-

11 Entendendo que, diante da não repetição dos quesitos contraditórios pela prejudicialidade, deve o resultado ser anulado: STJ, HC 280252-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, **Sexta Turma**, j. 7/10/2014.

12 Entendendo que o quesito genérico e obrigatório de absolvição não pode ser atingido pela regra da prejudicialidade: STJ, HC 233420-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, **Quinta Turma**, j. 19.09.2013, DJe 26/9/2013; STJ, HC 200.440/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, **Quinta Turma**, j. 15/3/2012.



cidade e a culpabilidade, inclusive a respeito das qualificadoras, com todas suas circunstâncias que podem ser debatidas. No entanto, não é difícil imaginar que o pedido de perdão vem calcado em argumentos extraprocessuais e metajurídicos que não afastam o crime. Pede-se a absolvição porque o acusado vai deixar filhos desamparados; é pessoa trabalhadora; porque a vítima era ligada à prática de crimes e perturbava a comunidade; é jovem e tem muita vida pela frente etc. Esses fundamentos, ao que parece, não podem ser tidos como amparados pela prova dos autos, repita-se, porque elas não servem para esse fim, por não encontrarem respaldo na lei.

A fragilidade argumentativa fica evidente quando exercício inverso é realizado. Certamente a força da soberania dos veredictos não abarca a possibilidade de condenação exclusivamente com base em sentimento de mera antipatia dos juízes leigos com relação ao acusado. Imagine-se hipótese em que a comunidade conhece o réu de longa data (fenômeno não raro em pequenos municípios), sabendo que é egresso do sistema carcerário, agredia sua esposa com frequência, era responsável por muitos furtos na localidade e, por tudo isso, sua liberdade era vista como um problema social. Assim, ainda que contrário aos pedidos do Ministério Público e da defesa, decidem os jurados condená-lo pelo que é, e não pelo que foi acusado. Decidem, com manifesta contrariedade aos autos, contra o réu. Com toda certeza, gritos contrários seriam imediatos e apelações seriam interpostas para anular o resultado.

Levando em consideração que é a legalidade estrita que garante ao acusado o devido processo legal, se, ao mesmo tempo em que não se pode condenar por mera aversão, a absolvição por benevolência ou qualquer outro fato desvincilhado dos autos também não deve ser admitida. Em ambos os casos, estar-se-ia perante exclusivo direito penal do autor (ainda que contra o réu).

De outra banda, contribuindo para o debate, ainda que os manuais não tragam esse argumento, acrescenta-se que somente é dado ao juiz da causa perdoar o acusado, quando reconhecidas materialidade e autoria delitiva, “nos casos previstos em lei” (art. 107, IX, do Código Penal), como, por exemplo, no homicídio culposo (art. 121, § 5º, do CP). A toda evidência, a previsão também se aplica ao Conselho de Sentença, não existindo motivo algum para exclusividade aos juízes togados.

Como bem lembrado por Walfredo Cunha Campos (2015), a interpretação da matéria perpassa pela origem histórica que serviu de incentivo às alterações do procedimento do Tribunal do Júri, com o advento da Lei n. 11.689/08: o julgamento do caso Dorothy Stang, missionária norte-americana naturalizada brasileira, assassinada, em 2005, por ordem de fazendeiros e madeireiros da região, no Pará, em razão de ser defensora do meio ambiente e da reforma agrária na Amazônia. Vitalmiro Bastos de Moura, apontado como um dos mandantes, chegou a ser condenado a 29 anos de reclusão em 2007; no entanto, em razão do extinto Protesto por Novo Júri (redação antiga dos artigos 607 e 608 do CPP), foi absolvido, em 2008, recurso este privativo da defesa, prescindível de fundamentação e cabível quando o réu fosse condenado por tempo igual ou superior a vinte anos. O caso, como todos sabem, teve grande repercussão nacional e internacional em razão da impunidade<sup>13</sup>.

À época, a então Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, durante solenidade de sanção das alterações do Código de Processo Penal, afirmou que as mudanças iriam “permitir aos juízos criminais dar mais agilidade aos processos e, com isso, diminuir a sensação dos cidadãos de impunidade generalizada”. As palavras são extraídas de matéria veiculada pela própria imprensa do sítio do STF<sup>14</sup>, que seguiu:

Ellen Gracie ressaltou as mudanças no tocante ao Tribunal do Júri. Até agora, quando um réu era condenado a pena superior a 20 anos de reclusão, era-lhe dado, automaticamente, o direito a um novo júri. “O acontecido recentemente, num caso de grande repercussão internacional, elucida isso muito bem”, observou ela. “É o caso dos mandantes do assassinato da missionária Dorothy Stang. Terminamos então, com essa nova legislação, com esse processo de novo júri”.

Uma das leis sancionadas hoje só abre a possibilidade de novo júri no caso de o próprio juiz do caso admitir falha no primeiro júri ou de um juiz de instância superior entender que houve falha. Mas isso valerá para qualquer tempo de pena. (Grifo nosso).

13 Disponível em <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2013/09/acusado-de-mandar-matar-dorothy-stang-e-julgado-pela-4-vez.html>> Acesso em: 22 jan. 2017.

14 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90751>> Acesso em: 22 jan. 2017.

Na mesma oportunidade, o Deputado Flávio Dino (PCdoB-MA), relator do projeto, disse que “o caso da Dorothy Stang é padrão, paradigmático, uma referência, uma vez que ali houve um segundo julgamento” e arrematou: “nós estamos pondo fim a esse segundo julgamento, portanto agilizando o funcionamento da justiça”<sup>15</sup>.

Nesse passo, salienta a indigitada doutrina (CAMPOS, 2015, p. 437) que “o intuito da lei era, portanto, cerrar armas contra a impunidade, e não escancarar as portas da Justiça a ela!” e, nesse passo, uma das medidas tomadas foi a de “extirpar um recurso inútil e nocivo, que poderia acarretar absolvições imerecidas”, referindo-se, por óbvio, ao Protesto por Novo Júri, efetivamente revogado pela Lei n. 11.689/08. Por isso, salienta que a corrente contrária vai de encontro às intenções da própria reforma.

### 3 CONCLUSÃO

Mediante reflexão a partir dos argumentos expendidos, soa claro que a exclusiva absolvição por clemência não é permitida nos julgamentos do Tribunal do Júri. No entanto, impossível não perceber o incentivo advindo das falhas na legislação em vigor.

O recurso de apelação contra a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a toda evidência, torna-se salutar contrapeso à soberania dos veredictos, princípio que – como todos os outros – não é ilimitado. Ao Conselho de Sentença, ainda que seja competente para julgar o mérito dos casos envolvendo crimes dolosos contra a vida, não é permitido se desvencilhar de um julgamento com base em argumentos jurídicos e a partir da prova dos autos que o sustentam. Essa incumbência nem de longe atinge a soberania, mas mantém um piso que deve ser respeitado pelos jurados. Ambas as previsões, antes de serem contraditórias, complementam-se. Tanto houve respeito e homenagem aos veredictos que a balança pende fortemente ao seu lado, vistos os empecilhos para anulação do julgamento: o resultado não deve estar amparado, ainda que minimamente, nos autos e esse recurso é cabível apenas uma vez (art. 593, § 3º, do CPP). É sinal de aplicação da

15 Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/camara-aprova-alteracao-no-tribunal-do-juri/>> Acesso em 22 jan. 2017.

proporcionalidade pelo próprio legislador, cuja constitucionalidade foi reconhecida inúmeras vezes pelo STF.

Bem verdade que o senso de justiça nos casos submetidos ao Tribunal Popular é alargado, visto que é composto por pessoas escolhidas do seio da comunidade e que levam em consideração argumentos que não encantariam o juiz de direito. Por exemplo, podem se sensibilizar com as lágrimas de apenas uma testemunha que sustenta o álibi do réu, apesar de outras tantas ouvidas que confirmaram ser ele o autor. Faz parte do jogo. No entanto, não se pode esquecer o outro lado da moeda: a suscetibilidade e inexperiência dos jurados, que são leigos sobre a ciência jurídica, podem dar azo a arbitrariedades e injustiças, em casos excepcionais. Neles, *data venia*, encontra-se inserida a clemência pura e simples, a qual, diga-se, pode inclusive estar dissociada do sentimento da sociedade que representam.

E mais, como pôde ser percebido do estudo dos precedentes citados, acrescenta-se que toda e qualquer absolvição originada do quesito genérico, quando não existam teses (nem mesmo a de perdão) que nele sejam inseridas, ganham a roupagem de “piedade”, até mesmo possível incompreensão pelos juízes leigos dos fundamentos apresentados em plenário ou do próprio sistema de votação. As possibilidades são as mais variadas, todas desaguando na “clemência”.

Aliás, entende-se ser, no mínimo, duvidosa a obrigatoriedade do quesito genérico. A conclusão amplamente majoritária é fruto de interpretação gramatical do texto legal (art. 483, § 2º, do CPP), o qual ensina que, respondidos afirmativamente os quesitos da materialidade e da autoria, “será formulado” quesito único de absolvição. Ainda que tenha sido essa a intenção, sem que seja fruto de (provável) inabilidade legislativa, esta é a maior inconsistência averiguada, resultado do procedimento *sui generis* vigente. De fato, não existe razão lógica alguma para indagar aos juízes leigos em relação ao terceiro quesito quando, por exemplo, não mais existem teses a serem enfrentadas. Deveria o Magistrado passar imediatamente às causas de diminuição de pena e, posteriormente, às qualificadoras e causas de aumento de pena, em razão do prejuízo evidente à análise. Nesse sentido há previsão legal expressa: art. 490, parágrafo único, do Código de Processo Penal<sup>16</sup>.

16 Art. 490. Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas.

Conforme apresentado, a reforma do procedimento especial de processamento dos crimes dolosos contra a vida foi movida por sentimento de impunidade. Com isso, extinguiu-se recurso específico da defesa (Protesto por Novo Júri) e facilitou-se o questionário (objeto de diversas nulidades, pela complexidade e extensão), com exclusivo objetivo de acelerar a resposta estatal à sociedade, livre de aberrações. O projeto, por evidente, foi debatido em comissões especiais e em ambas casas legislativas do Congresso Nacional, as quais decidiram por manter o recurso de apelação por manifesta contrariedade à prova dos autos, o qual sempre esteve presente no ordenamento jurídico. No mínimo, irônico que atualmente ganhe força corrente que utiliza como argumento o quesito único e sua obrigatoriedade para perpetuar julgamentos espantosos contra a sociedade, a vítima e seus familiares.

Trazem-se, ainda que brevemente, dados alarmantes acerca da criminalidade. Nos últimos anos, mais de 50 mil pessoas por ano foram assassinadas no Brasil<sup>17</sup>. Desses homicídios, em menos de 8%, os autores foram processados e condenados<sup>18</sup>, reflexo evidente das dificuldades investigatórias e acusatórias das mais variadas espécies, inclusive abandono orçamentário por parte do Estado. Vencidas todas as etapas preliminares, que não são poucas, chega-se ao plenário, com autoria delimitada e materialidade comprovada. Lá, por motivo totalmente alheio ao que se levou aos autos, seja pelo argumento metajurídico de piedade ou por tantos outros a que, futuramente, poder-se-ia dizer que foi clemência (temor, pressão, erro etc.), ainda que a única tese defensiva tenha sido a negativa de autoria (afastada pelo Conselho de Sentença), os jurados absolvem o acusado. Não restaria nada a se fazer. A acusação e a família da vítima deveriam se conformar, porque a decisão aberrante é intocável. Não parece que essa é a vontade da norma.

O entendimento aqui rebatido, não é difícil concluir, encontra berço no “garantismo” penal distorcido e replicado, que somente massacra a proibição dos excessos estatais como motivo para criar, ainda que exclusivamente por interpretações, mais possibilidades ao réu de se ver livre da acusação. Esquecem por completo o lado contrário, da

---

Parágrafo único. Se, pela resposta dada a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação.

17 Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/10/numero-de-homicidios-no-brasil-e-maior-do-que-o-de-paises-em-guerra.html>> Acesso em: 24 jan. 2017.

18 Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>> Acesso em: 24 jan. 2017.

proibição da proteção deficiente que, nesse caso, abarca a segurança pública e todos os direitos por ela protegidos, como vida, integridade física, patrimônio etc.

Vale lembrar que, embora vencida essa parte, os percalços ao acusador prosseguem, visto que, mesmo concordando-se com a harmonia entre o recurso e a soberania dos veredictos e que a exclusiva piedade dos jurados pode ser objeto de revisão, o sistema misto de quesitação em vigor é terreno fértil ao perdão. Como já foi adiantado, o quesito de absolvição único, sem individualizar os argumentos absolutórios, torna impossível se descobrir no que o corpo de jurados se agarrou para prolatar o veredito. Assim, ainda que seja expresso o pedido de perdão, caso venha acompanhado de qualquer tese que tenha mínimo amparo na prova dos autos, o recurso estará fadado ao insucesso.

Dessa forma, o representante do Ministério Público deve estar atento aos casos em que não existam teses levantadas que se encaixem no quesito de absolvição genérico (cujo questionamento deve o Promotor exigir que se faça, em razão do entendimento já exposto); ou quando a única sustentada, nesse ponto, foi a da clemência. Tudo deve ser registrado em ata (art. 495, XIV, do CPP – obrigação que, aliás, corrobora a conclusão defendida; do contrário, não haveria razão de ser). Somente assim, entende-se que o futuro recurso será apto a anular a decisão dos jurados<sup>19</sup>.

Por tudo quanto exposto, levando-se em consideração interpretação a partir do texto constitucional, sistemática, histórica e teleológica, indicam que a apelação para casos extremados, ainda que a decisão dos jurados seja protegida pela soberania do resultado, é medida proporcional e salutar, devendo ser utilizada, inclusive, nos casos em que, contrariando a lei a as provas do processo, o acusado for absolvido por clemência, pura e simples. A soberania do júri não vai a essa extensão, ao menos, não por uma vez.

---

<sup>19</sup> Ainda que se sustente que à defesa bastaria incluir outra tese absolutória para camuflar a clemência no quesito genérico, a questão não se revela tão simples. Ora, primeiro porque essa segunda fundamentação deve encontrar amparo na prova dos autos (mesmo que mínimo); depois, devem ser avaliados os grandes riscos de se apresentar aos jurados, leigos, duas teses absolutamente antagônicas (negativa de autoria e legítima defesa, por exemplo), o que será, certamente, explorado pela acusação para desacreditar todo trabalho feito pelo defensor.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 31 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 31 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1215688/DF. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF. 13 de outubro de 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1452283&num\\_registro=201001440078&data=20151103&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1452283&num_registro=201001440078&data=20151103&formato=PDF)> Acesso em: 10 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 117.076/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. 16 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4380035>> Acesso em: 10 jan. 2017.

BURNIER, José Roberto. **Número de homicídios no Brasil é maior do que o de países em guerra.** Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/10/numero-de-homicidios-no-brasil-e-maior-do-que-o-de-paises-em-guerra.Html>> Acesso em: 24 jan. 2017.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri:** Teoria e Prática. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONGRESSO EM FOCO. **Câmara aprova alteração no Tribunal do Júri.** Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/camara-aprova-alteracao-no-tribunal-do-juri>> Acesso em: 22 jan. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Tribunal do Júri:** procedimento especial comentado por artigos. Salvador: Juspodvm, 2015.

G1. **Acusado de mandar matar Dorothy Stang é julgado pela 4ª vez.** Disponível em <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2013/09/acusado-de-mandar-matar-dorothy-stang-e-julgado-pela-4-vez.Html>> Acesso em: 22 jan. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; TASSE, Adel el. Coleção Saberes do Direito. **Processo Penal IV: Júri.** Coord. Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 13

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** Niterói, RJ: Impetus, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REZENDE, Guilherme Madi. Júri: Decisão Absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento. **Boletim IBCCRIM**, n. 207, v. 17, p. 14/16, fev. 2010. Disponível em: <[http://madirezende.com.br/juri\\_decisao\\_absolutoria2.Pdf](http://madirezende.com.br/juri_decisao_absolutoria2.Pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministros do STF participam de sanção de leis que alteram o processo penal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90751>> Acesso em: 22 jan. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. Vol, 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, César; LEUTZ, Dennys. **Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia**. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>> Acesso em: 24 jan. 2017.





# (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ANÁLISE, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, DE DADOS EXISTENTES EM APARELHOS CELULARES APREENDIDOS

**Marcos Schlickmann Alberton**

*Promotor de Justiça*

*Especialista*

## RESUMO

Com o desenvolvimento de novas tecnologias, em especial os aparelhos celulares e a *Internet* móvel, e a popularização de novos meios de comunicação, como o aplicativo *Whatsapp*, surgem questionamentos a respeito da constitucionalidade de determinadas disposições legais. Nesse contexto, o presente artigo busca analisar a constitucionalidade do artigo 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal, no que tange à possibilidade da autoridade policial acessar o conteúdo de aparelhos celulares apreendidos no interesse de investigação, independentemente de autorização judicial, como medida necessária à concretização do direito fundamental à segurança, em contraposição aos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, e ao sigilo das comunicações de dados e telefônicas. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, pois partiu-se de uma proposição geral para culminar em uma proposição específica. No que diz respeito à técnica de pesquisa, adotou-se, basicamente, a bibliográfica, com enfoque no exame de livros e artigos científicos publicados em revistas ou em meio eletrônico. Concluída a pesquisa, verificou-se que as disposições referentes ao sigilo de dados telefônicos, especialmente a reserva de jurisdição, não se aplicam ao

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 27	p. 53 - 74	jul./dez. 2015
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

acesso aos próprios dados advindos de comunicação armazenados em meio físico e que, diante do conflito entre os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada com o direito fundamental à segurança, não padece de inconstitucionalidade a interpretação do artigo 6º, incisos II e III, do CPP, no que diz respeito à possibilidade de acesso pela autoridade policial aos dados e às comunicações armazenados em aparelho celular apreendido, sem prévia autorização judicial.

**Palavras-Chave:** Direitos Fundamentais. Segurança. Intimidade. Celulares apreendidos.

## 1 INTRODUÇÃO

Mesmo decorridas quase três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda é frequente o surgimento de questionamentos a respeito da constitucionalidade, ou melhor, da recepção<sup>1</sup> pela atual ordem constitucional de disposições legais anteriores ao seu advento.

Novos costumes, novas tecnologias, enfim, o avanço dos tempos e o surgimento de novas situações cotidianas constantemente levam a questionamentos a respeito da validade de determinadas disposições legais, frente aos preceitos constitucionais.

Nesse cenário se insere a discussão em torno do disposto no artigo 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal<sup>2</sup>, especialmente a interpretação quando à abrangência, ou não, da possibilidade de autoridades policiais examinarem e extraírem dados de aparelhos celulares apreendidos, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

Uma corrente de argumentação contrária à validade de tal exegese vem sendo construída sob a premissa de que, por representar restrição ao direito fundamental à intimidade, expressamente previsto em nossa

1 Segundo a lição de Marcelo Novelino: "A incompatibilidade entre lei anterior e norma constitucional posterior é hipótese de não recepção. Explica-se: a Constituição é o fundamento de validade, imediato ou mediato, de todos os atos normativos infraconstitucionais. Quando do surgimento de uma nova Constituição, os atos materialmente compatíveis com ela são recepcionados – perdem seu fundamento de validade antigo e recebem um novo –, diversamente do que ocorre com aqueles que se tornaram materialmente incompatíveis, os quais perdem o seu fundamento de validade e não recebem um novo, acarretando a cessação de sua vigência. A lei deixa de existir no mundo jurídico e, por consequência, perde a aptidão para produzir os efeitos que lhe são próprios." (NOVELINO, 2013, p. 151).

2 Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (BRASIL, 1941).

Carta Magna<sup>3</sup>, e, para alguns, também por se assemelhar à interceptação de fluxo de dados, tal dispositivo não teria sido recepcionado pela ordem constitucional vigente no que tange à possibilidade de acesso direto aos dados armazenados no aparelho celular pelas autoridades policiais e peritos científicos, estando tal diligência sujeita à reserva de jurisdição, tal como ocorre com a interceptação de comunicações de dados e telefônicas<sup>4,5</sup>.

Esse debate possui crucial relevância na medida em que o procedimento investigatório questionado vem cada vez mais se consolidando como importante instrumento no combate à criminalidade, especialmente no mundo atual, em que a grande maioria das atividades cotidianas, em especial a comunicação com terceiros, é realizada por meio da internet e aplicativos dela dependentes, como o *Whatsapp*, cujo uso dá-se essencialmente por meio de telefone celulares.

A pronta análise dos dados e das informações neles contidos pelos investigadores tem se mostrado de grande valia para apuração de graves crimes, como tráfico de drogas, roubos, sequestros, entre outros, conferindo concretude ao direito à segurança, igualmente consagrado como direito fundamental na Constituição Federal<sup>6</sup> e ao qual deve, também, ser conferida a devida proteção e promoção.

Por outro turno, o Estado Democrático de Direito, como sói ser a República Federativa do Brasil, segundo o preceito contido no primeiro enunciado de nosso Texto Fundamental<sup>7</sup>, somente se concretiza com a

3 Art. 5.º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

4 Art. 5.º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

5 Veja-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: “Na ocorrência de autuação de crime em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, por meio de sistemas de informática e telemática.” Cf. STJ. 5ª Turma. RHC 67.379-RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2016 (Info 593). E: “Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no WhatsApp presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante.” Cf. STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 (Info 583).

6 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...] (BRASIL, 1988).

7 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 [...] (BRASIL, 1988).

efetiva participação popular e a submissão dos poderes ao império da constituição. Em outras palavras, significa que os poderes constituídos devem se submeter aos princípios e às regras estabelecidas pela lei maior do Estado, implicando que a constituição se transmuda no parâmetro de validade de todos os atos de agentes estatais.

Como bem pontua Luiz Roberto Barroso (2015, p. 110-111):

[...] o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como constitucionalização do Direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, o administrativo, o pena e o processual.

Isso implica dizer que, independentemente do tempo de vigência ou do período em que foi editado determinado ato normativo, seja legal ou infralegal, sua validade está sujeita ao filtro valorativo da atual ordem constitucional.

Sob essa perspectiva é que deve ser perquirido se as disposições contidas no artigo 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal, ainda permanecem válidas no que interessa ao escopo do presente trabalho, qual seja, a respeito da possibilidade da análise e extração de dados armazenados em aparelhos celulares por agentes policiais e peritos criminais, independentemente de prévia autorização judicial.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM JOGO

### 2.1 DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

O fim da Ditadura Militar e a sobrevivência do regime democrático, ocorridos no ano de 1985, marcaram fortemente a elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, também nominada de *Constituição Cidadã*<sup>8</sup>, diante do extenso rol de direitos assegurados e ineditamente

8 Conforme bem pontua Barroso (1999, p. 41): “A Constituição brasileira de 1988 tem, antes e acima de tudo, um valor simbólico: foi ela o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito

consagrados como fundamentais, havendo especial atenção para os direitos individuais, de proteção contra arbítrios estatais, como também para os direitos sociais, com caráter prestacional, ou seja, a demandar a atuação positiva do Estado para sua efetiva implementação<sup>9</sup>.

Dentro do Título reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, encontra-se expressamente previsto o direito de proteção à intimidade e à vida privada, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Aliás, a proteção da intimidade e da vida privada remonta à própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada, em Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, conforme dispõe o seu artigo 12: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (ONU, 1948).

Apesar da divergência acerca do significado e da diferenciação dos direitos à vida privada (privacidade) e à intimidade, havendo autores que os tratem do mesmo modo (MENDES; BRANCO, 2016, p. 280), há certo consenso de que eles consistem, em maior medida, na possibilidade de o indivíduo “obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano” (RIBEIRO, 2000, p. 96).

Conforme pontua Bulos (2013, p. 571), “a ideia de vida privada é mais ampla do que a de intimidade”, sendo a primeira também tratada por privacidade, “envolve todos os relacionamentos do indivíduo, tais como: suas relações comerciais, de trabalho, de estudo, de convívio diário” ao passo que a intimidade “diz respeito às relações íntimas

---

e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência.”

9 Uma vez mais são valiosas as palavras de Barroso (1999, p. 45): “Os direitos fundamentais, por exemplo, trazidos para o início do texto constitucional, antes da disciplina da organização do Estado e dos Poderes, configuram, a despeito da enunciação prolixa e desarrumada, uma valiosa carta de proteção dos cidadãos brasileiros contra os abusos, tanto estatais como privados. Novas ações judiciais, como o mandado de segurança coletivo, e a constitucionalização da ação civil pública ampliaram os mecanismos de proteção dos direitos, inclusive os de última geração, intitulados direitos difusos, que abrigam áreas importantes como a tutela do meio ambiente e do consumidor.”

e pessoais do indivíduo, seus amigos, familiares, companheiros que participam de sua vida pessoal”, de forma que a noção de privacidade abrangia, também, a intimidade, esfera mais restrita, embora ambas possuam o mesmo nível de proteção constitucional.

Quanto a esse ponto, precisa é a construção desenvolvida por Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 442):

O direito à privacidade opera, na condição de direito subjetivo, em primeira linha como direito de defesa, portanto, como direito à não intervenção por parte do Estado e de terceiros no respectivo âmbito de proteção do direito e, como expressão também da liberdade pessoal, como direito a não ser impedido de levar sua vida privada conforme seu projeto existencial pessoal e de dispor livremente das informações sobre os aspectos que dizem respeito ao domínio da vida pessoal e que não interferem em direitos de terceiros. Assim, o direito à privacidade é também direito de autodeterminação do indivíduo. Por sua vez, da perspectiva objetiva decorre, além da assim chamada eficácia irradiante e interpretação da legislação civil (notadamente no campo dos direitos de personalidade), em sintonia com os parâmetros normativos dos direitos fundamentais, um dever de proteção estatal, no sentido tano da proteção da privacidade na esfera das relações privadas, ou seja, contra intervenções de terceiros, quanto no que diz com a garantia das condições constitutivas da fruição da vida privada.

Portanto, o direito fundamental à intimidade e à vida privada, por alguns autores tratada apenas por direito à privacidade, representa a proteção que o indivíduo possui contra intromissões indevidas nas informações que dizem respeito a seu modo de viver e aos seus relacionamentos mais íntimos, garantindo que essa esfera particular da pessoa possa permanecer sob a exclusiva tutela do seu titular, como medida necessária à própria saúde mental do ser humano e corolário para o livre desenvolvimento de sua personalidade. (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 439).

## 2.2 DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES DE DADOS E TELEFÔNICAS

Do preceito fundamental anteriormente abordado (intimidade e vida privada) decorrem uma série de outros direitos e garantias, valendo ressaltar o sigilo das comunicações de dados e telefônicas, igualmente

com assento constitucional, previsto no artigo 5º, inciso XII, do Texto Fundamental nos seguintes termos “[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Busca-se, com tal enunciado normativo, conferir proteção não somente à intimidade e vida privada de um indivíduo, mas de todos aqueles que com ele se comunicaram, seja por meio telegráfico, telefônico ou de dados, garantindo a necessária tranquilidade para o desenvolvimento pleno das relações interpessoais.

Segundo Bulos (2013, p. 586):

Quando a Carta Magna protege o sigilo está, na realidade, resguardando a privacidade do homem em suas relações familiares e domésticas, proibindo todo tipo de investida contra a sua integridade física, psíquica, intelectual e moral. O direito ao sigilo procura, pois, evitar afrontas à honra, à reputação, ao bom nome, à imagem física e social das pessoas, deixando-as a salvo de informações comprometedoras da sua intimidade.

A esse respeito soam pertinentes as ponderações formuladas por Tércio Sampaio Ferraz, citado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto proferido no julgamento do HC 91.867/PA, no sentido de que o sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. “O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro”, ou seja, que a garantia de que troca de informações (comunicação) privativa não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. (BRASIL, 2009).

O direito fundamental à proteção da intimidade e da vida privada e, como corolário, do sigilo das comunicações de dados e telefônica são algumas das manifestações mais significativas dos direitos de primeira dimensão ou geração, segundo a clássica divisão do surgimento dos direitos ditos fundamentais. Possuem cunho eminentemente de proteção, de negação a determinada conduta, de um não fazer por parte do Estado e de terceiros, com vistas a resguardar a liberdade do indivíduo na plena realização de seu ser.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Conforme ressalta Bonavides (2000, p. 516-517), as dimensões dos direitos fundamentais, entendidos aqueles considerados “pressupostos elementares para criar e manter uma vida na liberdade e na dignidade huma-



## 2.3 DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA

Surgida no limiar de novo regime democrático, mas marcada pelo receio de novos arroubos autoritários, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu verdadeiro estatuto das liberdades individuais, marcados pela enumeração de diversos direitos e garantias de cunho individual. Mas, de outro lado, tida como uma Carta dirigente, que se “caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos, igualmente” (NOVELINO, 2013, p. 114) positivou diversos mandamentos de cunho propositivo, convenionados como direitos sociais, visando a alterar a situação econômica e social do País, em que a dignidade da pessoa humana surge como princípio fundamental e, portanto, intrínseco à noção de Estado, nos termos de seu artigo 1º, inciso III<sup>11</sup>.

Em verdade, a Constituição foi estruturada de forma a conferir integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais sob o influxo dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. A positivação dos direitos sociais busca dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e as liberdades e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja, para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas. (SILVA, 2005, p. 90).

Tanto quanto os direitos fundamentais à vida privada e à intimidade, o direito à segurança também se insere na categoria de fundamentais, e, dentro de suas espécies, a segurança pessoal e pública, enquanto dever estatal de conferir proteção contra agressões de terceiros aos bens juridicamente assegurados pela própria Constituição Federal, nos termos do *caput* de seu artigo 5º<sup>12</sup>.

Conforme o ensinamento de Sarlet, a segurança e todas as suas facetas – em especial a segurança jurídica, a social e a pessoal – integram,

---

na”, significaram a positivação no plano interno dos Estados, ao longo do tempo, do lema revolucionário do século XVIII, de liberdade, igualdade e fraternidade. “Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional”, “têm por titular o indivíduo, são oponíveis aos Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”

11 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: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

12 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (BRASIL, 1988).

na condição de subprincípios, também os elementos nucleares da noção de Estado de Direito plasmada na Constituição de 1988, desta sendo indissociável (SARLET, 2006, p. 5).

Ao Estado não pode ser atribuída a ideia de que ele representa um guardião tão somente de liberdades negativas pela circunstância de que ele passou a ter a função de proteger a sociedade: não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também, o compromisso de concretizar direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões advindas de comportamentos delitivos. A segurança, nessa perspectiva, também deve ser vista com um direito fundamental. Esse dever de proteção implica a obrigação do Estado, nas hipóteses em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos. (SANTANA, 2013, p. 560-561).

#### 2.4 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO

Como se sabe, são frequentes os conflitos entre normas envolvendo de um lado a intimidade e vida privada e, de outro, a segurança, direitos de igual estatura constitucional, com expressa previsão em nossa Carta Magna como direitos fundamentais. Não são poucas as vezes em que a contraposição de tais direitos geram conflitos de alta significação e complexidade, envolvendo o interesse do resguardo das informações que dizem respeito à própria existência do indivíduo, em contraposição ao interesse da coletividade em que os atentados à ordem jurídica e aos próprios indivíduos sejam apurados e punidos.

Esse embate se agrava com o fato de os direitos fundamentais à intimidade e à segurança terem sido positivados sob a fórmula de princípios, ou seja, determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem (MENDES; BRANCO, 2016, p. 181), e, portanto, contarem com alto grau de abstração e indeterminação, diversamente das regras, que contam com hipótese de incidência mais delimitada e passível de determinação (NOVELINO, 2013, p. 135-136).

Nesse cenário, de conflitos de normas com igual relevância jurí-

dica, não existem soluções *a priori* nem métodos precisos para o desate de controvérsias envolvendo tais normas constitucionais. Em face disso, como também diante do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais, a alternativa encontrada pela doutrina mais abalizada, para o equacionamento dessas espécies de controvérsias, foi a aplicação da técnica de decisão jurídica da ponderação (BARROSO, 2015, p. 373).

A ponderação socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles (BARROSO, 2015, p. 376).

Segundo bem dissertam Mendes e Branco (2016, p. 182):

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil [necessidade] para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado [adequação] e que seja proporcional em sentido estrito [proporcionalidade], isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial.

Dessa forma, em eventual conflito entre normas de estatura constitucional, como aqueles envolvendo intimidade, vida privada e segurança, inclusive a nível de concretização de direitos pela via legislativa, como ocorre com a interpretação do artigo 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal, mister que o intérprete se valha do método da ponderação para a solução da controvérsia.

### 3 O ORDENAMENTO JURÍDICO E AS NOVAS TECNOLOGIAS

O telefone celular, em especial os aparelhos *smartphones*, transformaram-se em elemento essencial do cotidiano do homem moderno, superando a sua finalidade originária de realizar chamadas telefônicas, para se transformar em verdadeira central de dados e informações do indivíduo. Diversas funcionalidades foram sendo incorporadas aos aparelhos móveis, como agenda de contatos e compromissos, gravador

de voz e imagens, e, com os avanços proporcionados pela difusão da internet, também recepção e envio de *e-mails*, mensagens, fotos e vídeos, transmutando-se em verdadeiro aparelho de armazenamento de dados das mais diversas origens e naturezas.

Um aplicativo para aparelhos móveis, em especial, representou verdadeira revolução no processo intercomunicativo entre os seres humanos, qual seja, o *Whatsapp*. Valendo-se da popularização das redes de *Internet* móvel, tal aplicativo permite que sejam enviadas e recebidas, instantaneamente, mensagens de texto, áudio e vídeo, além de possibilitar a realização de chamadas de áudio e vídeo por meio da *Internet*, com o emprego de criptografia para a segurança da transmissão de dados.

O *Whatsapp* assegura a total privacidade no processo de comunicação, importando na impossibilidade de interceptação por agente externo das mensagens enviadas e recebidas pelos seus interlocutores. Como as mensagens enviadas e recebidas pelos interlocutores em seus aparelhos celulares não são armazenadas em servidores da empresa responsável pelo serviço, somente com o acesso direto ao aparelho celular consegue-se obter acesso ao conteúdo das comunicações (FARIAS LIMA, 2016, *passim*).

Em outras palavras, a partir do momento em que a “mensagem de *whatsapp*” é recebida pelo interlocutor, o seu conteúdo migra imediatamente para a memória do aparelho, não se encontrando mais exclusivamente inserida no banco de dados do provedor ou em qualquer armazenamento remoto (“Nuvem”, *Google Drive* etc.), permitindo o acesso direto no próprio aparelho de telefone (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 3).

Justamente nesse ponto reside o enfoque do presente trabalho: determinar se a autoridade policial pode, direta e independentemente de ordem judicial, ter acesso aos dados armazenados no próprio aparelho telefônico, no interesse da investigação criminal, em virtude de comunicações pretéritas levadas a efeito pelo seu possuidor.

### 3.1 DA PRETENZA APLICAÇÃO DO MARCO CIVIL DA *INTERNET*

Estabelecida a premissa de que o objeto de investigação do trabalho versa apenas sobre os dados armazenados no próprio aparelho

telefônico, afasta-se da hipótese, por consequência, a possibilidade de acesso a informações externas que a posse do aparelho celular permitiria, como, por exemplo, a conversas armazenadas em bancos de dados (*Facebook*) e a *e-mails* e arquivos igualmente armazenados na rede, ainda que possível com o emprego do aparelho ligado à *Internet*.

Esse registro afigura-se de vital importância para determinar o escopo da discussão e para afastar, de pronto, eventual discussão quanto à aplicação do disposto no artigo 7º da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabeleceu o Marco Civil da *Internet*, o qual possui a seguinte redação:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

Uma primeira leitura, sem a profundidade necessária, leva à conclusão de que, por conta do disposto no citado inciso III, toda e qualquer comunicação privada armazenada seria inviolável e sigilosa, sendo imprescindível ordem judicial para acessá-la.

Todavia, como consta da própria ementa de referido ato normativo, tal lei “Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, assegurando, portanto, ao usuário da *Internet* que as comunicações privadas armazenadas na própria internet somente sejam acessadas mediante ordem judicial. Eventual exegese em sentido diverso, na direção de que tal dispositivo abrange qualquer espécie de armazenamento eletrônico de dados de comunicações privadas vai de encontro ao escopo da Lei n. 12.965/2014, que trata da regulamentação civil da internet e da proteção à intimidade e vida privada de seus usuários, e não de meios de investigação criminal e de armazenamento físico e eletrônico de informações.

### 3.2 INAPLICABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E DE DADOS

Por razões assemelhadas àquelas anteriormente apontadas, afasta-se a aplicação do direito fundamental ao sigilo de comunicações de dados e telefônicas, previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, aos dados armazenados em meio físico, seja em aparelhos celulares ou mesmo qualquer outra espécie de mídia, uma vez que, segundo Mendes e Branco (2016, p. 293-294):

Para o STF, ademais, o sigilo garantido pelo art. 5º, XII, da CF refere-se apenas à comunicação de dados, e não aos dados em si mesmos. A apreensão de um computador, para dele se extraírem informações gravadas no *hard disc*, por exemplo, não constitui hipótese abrangida pelo âmbito normativo daquela garantia constitucional.

A mesma construção é formulada por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 461):

Há que distinguir, contudo, a quebra (interceptação) da comunicação de dados (comunicação de informática e telemática) da apreensão da base física (computador, HD) na qual se encontram armazenados os dados, situação na qual (ao contrário da comunicação, que se enquadra nas hipóteses do artigo 5.º, XII, da CF) incide a proteção, se e quando for o caso, com base no direito à privacidade e intimidade, pois aqui se cuida de proteção de dados e não do sigilo das comunicações.

Trata-se, em verdade, de esferas de proteção diversas, pois o sigilo de comunicações preserva, justamente, o processo intercomunicativo entre os agentes, e não os dados objeto de comunicação, que, dependendo da forma em que produzidos e transmitidos e mesmo de sua natureza, podem ter sua proteção assegurada pelo direito fundamental à intimidade e à vida privada.

Justamente por essa razão, não se aplica a garantia de reserva de jurisdição, prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, em relação ao acesso aos dados objetos de comunicação, mas armazenados em meio físico apreendido pela autoridade policial.

### 3.3 CONFLITO ENTRE SEGURANÇA X INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

O fato de não ser aplicável o regramento do sigilo das comunicações de dados e telefônicas, por óbvio, não significa que os dados armazenados em celular ou qualquer outro meio físico estejam completamente desguarnecidos de proteção. Como mencionado, ainda assim se deve guardar respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, enquanto necessários para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

No entanto, as garantias individuais, mesmo aquelas relacionadas à intimidade e à vida privada, “não podem ser consideradas escudos protetivos da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para o afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena da total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito” (MORAES, 2005, p. 27).

Em julgado paradigmático sobre conflito de direitos fundamentais, esclarecedoras são as diretrizes traçadas pelo Ministro Celso de Mello, relator do MS 23.452/RJ, julgado em 16/9/1999:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

O principal argumento para a pretensa necessidade de autorização judicial ora discutida seria de que, por representar uma quebra ou restrição ao direito fundamental à intimidade e à vida privada do indivíduo, somente por controle judicial seria possível a ponderação e harmonização dos interesses em jogo.

No entanto, diversamente do que ocorre com a quebra do sigilo das comunicações de dados e telefônicas, previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, em que expressamente consta cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, necessidade de decisão judicial para tanto, o mesmo não sucede quanto a eventuais restrições ao direito fundamental à intimidade e à vida privada, consoante se extrai da leitura do inciso X do mesmo dispositivo constitucional, em que não consta ressalva quanto à forma de limitação do direito.

Aliás, nem mesmo cláusula de reserva legal consta de tal enunciado normativo, entendida como “um limite expresso ao exercício do direito individual assegurado” (MENDES; BRANCO, 2016, p. 195). Isso, no entanto, não significa que o direito à intimidade e à vida privada seja absoluto e oponível a qualquer outro direito. Com efeito, “todos os Estados Democráticos de Direito contemplam a viabilização da justiça criminal como causa legítima para justificar a vulneração de direitos fundamentais” e o que lhe caracteriza é justamente “o submetimento dessa possibilidade a um critério de excepcionalidade extrema, bem assim de máximo controle quanto à sua execução” (ROCHA, 2002, p. 55).

Quanto a isso, Mendes e Branco (2016, p. 208) expõem com clareza:

A configuração de uma colisão poderia legitimar, assim, o estabelecimento de restrição a um direito não submetido à reserva legal expressa, a partir da concepção de existência de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, como decorrência lógica da própria necessidade de convivência prática das diversas posições constitucionais, pois, conforme Reis Novais, os direitos fundamentais são, por natureza, dotados de uma reserva geral de ponderação.

Mais que isso, a possibilidade de limitação pela via legislativa encontra respaldo na cláusula de reserva legal subsidiária contida no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Claro que qualquer ação limitadora deva “ser imantada por todo tipo de cautela, tendo em vista a possibilidade de abusos no estabelecimento de restrições a direitos fundamentais não submetidos a reserva legal expressa”, de onde se extrai “a necessidade de que eventual limitação de direitos fundamentais, sem reserva legal expressa, assente-se também em norma constitucional” (MENDES; BRANCO, 2016, p. 209).

Novamente pertinentes são as anotações de Sarlet, Marinoni e



Mitidiero (2015, p. 442-443):

Assim como os demais direitos pessoais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado a intervenções restritivas. Todavia, ao não prever, para a privacidade e intimidade, uma expressa reserva legal, além de afirmar que se cuida de direitos invioláveis, há que se reconhecer que a Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais relevantes (no caso, portanto, de uma restrição implicitamente autorizada pela Constituição Federal), de modo que é em geral na esfera dos conflitos com outros direitos que se pode, em cada caso, avaliar a legitimidade constitucional da restrição.

Sob esse viés, conforme mencionado anteriormente, o direito à segurança constitui interesse de idêntica fundamentalidade, igualmente consagrado no Texto Constitucional, e que, portanto, tem o condão de justificar limitações à intimidade e à vida privada do indivíduo.

Nesse contexto e no que tange ao conflito de direitos fundamentais ora em exame, o direito à segurança é instrumentalizado por meio da regra prevista no artigo 6º do Código de Processo Penal, consistente num “rol exemplificativo de diligências investigatórias que poderão ser adotadas pela autoridade policial ao tomar conhecimento de um fato delituoso” (LIMA, 2015, p. 130). E, entre essas diligências, “a apreensão dos instrumentos utilizados para cometer o delito, bem como dos demais objetos relacionados direta ou indiretamente com os motivos, meios ou resultados da conduta delituosa, é imprescindível para o esclarecimento do fato” (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 223-224).

Trata-se, pois, da concretização, por meio de uma regra do direito fundamental à segurança, positivado em forma de princípio, como visto anteriormente, um mandamento para a concretização de determinado bem na maior possibilidade fática possível. E, mesmo quando posto em contraposição aos direitos à intimidade e à vida privada, é possível concluir que a regra em discussão representa restrição proporcional aos direitos fundamentais mencionados, sem importar em sua completa nulificação ou aniquilação.

Isso porque se mostra necessário o estabelecimento da possibilidade da pronta utilização das informações armazenadas em aparelho

celular apreendidos em flagrante delito pela autoridade policial, sem que tenha de esperar por autorização judicial.

Em muitas hipóteses, como na investigação de tráfico de entorpecentes, homicídios, sequestros, entre outros crimes graves, a pronta ciência da autoridade policial a respeito das informações existentes em celulares apreendidos quando de uma prisão em flagrante delito, seja em aparelhos pertencentes à vítima, sejam de propriedade do flagrado, pode ser determinante para o sucesso das investigações.

Não se pode exigir que, em toda e qualquer apreensão, seja necessária a autorização judicial, porque o tempo despendido com essa medida pode alterar completamente o cenário probatório e mesmo implicar insucesso no desvendamento do crime.

Além disso, a medida mostra-se adequada aos fins a que se presta, qual seja o auxílio na apuração de crimes graves, em que o seu planejamento e sua execução, em grande parte das vezes, são realizados por meio do aplicativo do *Whatsapp*, aproveitando-se da notória impossibilidade de interceptação das comunicações de dados por terceiros, e em que a urgência demanda a pronta atuação da autoridade policial para o sucesso das investigações.

Ademais, o artigo 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal, especialmente no que tange à apreensão de bens, somente tem aplicabilidade no momento em que for caracterizada a flagrância. Fora dessas hipóteses, a busca e apreensão de objetos que interessem à apuração do crime ou mesmo que constituam objeto do ilícito somente podem ocorrer mediante ordem judicial, conclusão esta que decorre da interpretação dos artigos 240, 241 e 242 do Código de Processo Penal<sup>13</sup>, em

---

13 Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior. Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado. Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. (BRASIL, 1941)

consonância com os direitos fundamentais ao devido processo legal<sup>14</sup>, à inviolabilidade do domicílio<sup>15</sup> e à inafastabilidade da jurisdição<sup>16</sup>.

Em vista disso, a própria situação de flagrância põe em evidência a fundada suspeita de utilização ilícita do aparelho celular e autoriza que o indivíduo seja destituído da propriedade do aparelho em prol da proteção e restabelecimento da segurança, com a devida apuração do crime ocorrido, tal como ocorre com a própria sua liberdade<sup>17</sup>. Nesse caso, a proteção da liberdade, intimidade e vida privada são mitigados no interesse da segurança, enquanto direito da coletividade em ser restabelecida a paz social com a devida aplicação do braço penal do Estado.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, entendida como o equilíbrio “entre os meios utilizados e os fins colimados”, ou seja, justa proporção entre “a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 389) também se encontra observada.

O acesso aos dados armazenados em aparelhos celulares, tal como permitido pelo dispositivo legal em questão, somente ocorre na mesma medida em que é autorizada a privação de liberdade do indivíduo, ou seja, em flagrante delito, assegurado o posterior controle judicial em caso de ilegalidade, e representa, de outro tanto, medida de suma importância para a promoção da segurança, possibilitando o emprego de meio idôneo e empiricamente eficaz para a apuração de crimes.

Por fim, a hipótese ora defendida não se constitui na única hipótese de restrição do direito fundamental à intimidade e à vida privada que independente de ordem judicial.

A busca pessoal, em caso de fundada suspeita de posse de bens ilícitos<sup>18</sup>, como também a quebra da inviolabilidade do domicílio em

14 Art. 5.º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).

15 Art. 5.º [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988).

16 Art. 5.º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

17 Art. 5.º [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

18 Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. (BRASIL, 1941).

caso de flagrante delito, esta última prevista em sede constitucional<sup>19</sup>, são igualmente exemplos de hipóteses em que a intimidade e a vida privada cedem espaço à segurança, por razões fundadas na harmônica convivência em sociedade.

Portanto, não há que se falar em qualquer vício de constitucionalidade que atinja a norma prevista no artigo 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal, especialmente quanto à sua utilização para fundamentar o acesso, por parte da autoridade policial, aos dados armazenados em aparelhos celulares apreendidos em flagrante delito, mesmo ante sua aparente incompatibilidade com os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. Diante do choque entre tais direitos e o direito fundamental à segurança, tem-se que esse último, na hipótese tratada, deve prevalecer, em um juízo de ponderação e harmonização dos valores constitucionais em jogo, conforme argumentos expostos. Os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, por si sós, sem a devida concretização por meio de alguma regra infraconstitucional, não são bastantes para implicar a interpretação de que a diligência analisada dependa de autorização judicial, em especial porque a reserva de jurisdição deve decorrer de expressa imposição legal ou constitucional.

#### 4 CONCLUSÃO

O surgimento de novas tecnologias e a necessidade de enfrentamento da criminalidade moderna impõem o reexame sobre situações consolidadas. O artigo 6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal somente veio a ter sua constitucionalidade questionada – ao menos da interpretação que interessa ao presente trabalho – decorridos quase trinta anos da promulgação da Constituição Federal.

Com o massivo emprego dos aparelhos celulares, em especial com a revolução proporcionada pelo aplicativo *Whatsapp*, a apreensão e análise do conteúdo armazenado nos terminais móveis, medida anteriormente sem qualquer utilidade, assumiu extrema importância para o combate de crimes graves e, da mesma forma, suscitou debates a respeito da legitimidade da violação da intimidade e da vida privada em prol da segurança.

<sup>19</sup> Art. 5.º [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988).

Ao longo do presente trabalho, pôde-se compreender que as limitações relativas ao sigilo das comunicações de dados e telefônicas, especialmente a reserva de jurisdição, prevista no artigo 5º, XII, *in fine*, da Constituição da República, não se aplica à diligência investigativa em exame, uma vez que o sigilo resguarda o processo de transmissão dos dados e conversas telefônicas e não os dados e o conteúdo das conversas em si, quando armazenados ou materializados em meio físico apreendido pela autoridade policial.

Da mesma forma, verificou-se que a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que instituiu o Marco Civil da *Internet*, não abrange ou possui aplicabilidade aos dados armazenados em meio físico, mas apenas àqueles armazenados na própria internet, escopo de proteção e regulamentação de referido diploma legal.

Por fim, demonstrou-se que o dispositivo legal em questão consiste em uma das regras que concretizam o direito fundamental à segurança, este último positivado em forma de princípio, um mandamento para a concretização de determinado bem na maior possibilidade fática possível. E, mesmo quando posto em contraposição aos direitos à intimidade e à vida privada, é possível concluir que a regra em discussão representa restrição proporcional aos direitos fundamentais mencionados, sem importar em sua completa nulificação ou aniquilação, uma vez que adequada, necessária e proporcional para o balanço entre a garantia da segurança e o resguardo, da forma minimamente exigida, dos direitos inerentes ao indivíduo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Dez anos da Constituição de 1988: foi bom para você também? In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 52, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24. Jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)> Acesso em: 29 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC 51.531/RO. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1497056&num\\_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1497056&num_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF)> Acesso em: 29 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RHC 67.379/RN. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 20 de outubro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1535958&num\\_registro=201600186073&data=20161109&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1535958&num_registro=201600186073&data=20161109&formato=PDF)> Acesso em:

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91.867/PA. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>> Acesso em: 29 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança n. 23.452/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>> Acesso em: 29 jan. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS LIMA, Glaydson de. Os dilemas da criptografia de mensagens na internet. In: **REJU - Revista Jurídica da OAPC Ensino Superior**, v. 3, n. 3, 2016. Disponível em: <<http://oapecsuperior.com.br/revista-cientifica/index.php/REJU/issue/view/6>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 19 jan. 2017.

RIBEIRO, Bastos Celso. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente Infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001. **Revista Iberoamericana de Ciências Criminais- CEIP**, Porto Alegre, n. 5, ano 3, 2002.

SANTANA, Selma Pereira de. Uma crítica ao garantismo penal no Brasil: a hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos supra-individuais. In: SCARPA, Antônio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel el (Org.). **Temas de direitos penal e processual penal**: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: Juspodivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>> Acesso em: 28 jan. 2017.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA JUNIOR, Jádel da. **Parecer n. 004/2016/CCR**. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, SC, 2016. Disponível em: <<http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/conteudo/MaterialApoioCCR/Parecern.004-2016-CCR.Acessoaosdadosdoaplicativowhatsapp.Licitudeprobat%C3%B3ria..pdf>> Acesso em: 29 jan. 2017.

# A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL: PANORAMA GERAL E VISÃO CRÍTICA

**Bartira Soldera Dias**

*Promotora de Justiça  
Mestre em Ciência Jurídica*

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é traçar um panorama geral sobre a investigação criminal no Brasil, com a definição de seu conceito; a especificação de suas principais características e a abordagem de algumas de suas formas. Aliado a isso, são analisadas as principais inovações do Projeto de Lei que cria o futuro Código de Processo Penal, especificamente no que concerne à investigação defensiva e ao juízo das garantias. Por fim, faz-se uma avaliação acerca dos avanços e retrocessos dos pontos debatidos ao longo do trabalho e traz-se à tona uma visão crítica acerca do tema.

**Palavras-Chave:** Investigação criminal. Investigação defensiva. Juízo das garantias. Avanços e retrocessos.

## 1 INTRODUÇÃO

Após escândalos de corrupção e de má gestão da coisa pública, os quais culminaram na queda de grandes políticos brasileiros nos anos de 2015 e 2016, percebe-se que atualmente o Brasil está vivenciando uma fortíssima crise ética e política, marcada por árduas tentativas de se combater a corrupção e a ação de organizações criminosas no território

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 27	p. 75 - 99	jul./dez. 2015
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------



nacional. Nesse tumultuado contexto, a importância da investigação criminal ganha cada vez mais força, adquirindo não só maior espaço nos bancos acadêmicos e legislativos, como também encontrando eco nas manifestações populares, que a cada dia clamam pelo fortalecimento das instituições destinadas à concretização dessa atividade, a exemplo do trabalho realizado pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal no curso da operação “Lava-Jato”.

Nesse cenário, no qual o papel do Estado no combate à criminalidade e à corrupção deveria passar pelo fortalecimento do trabalho investigativo realizado não só pela Polícia como também por outros órgãos e instituições, necessária se torna a discussão a respeito de algumas modificações referentes às matérias que serão – ou não – introduzidas no novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei n. 8.045/2010), o qual, inclusive, já foi aprovado no Senado Federal.

Em razão disso, após delineado um panorama geral da investigação criminal no Brasil, com a definição de seu conceito; a especificação de suas principais características e a abordagem de algumas de suas formas, serão analisadas as inovações do Projeto de Lei n. 8.045/2010 relacionadas à matéria, especificamente no que se referente à investigação criminal defensiva e ao “juízo de garantias”.

Tais modificações legislativas, uma vez aprovadas, representarão uma mudança de paradigma no processo penal, razão pela qual o seu estudo mostra-se de especial relevância para entender se elas representam uma verdadeira ascensão ou um autêntico retrocesso em termos de legislação processual penal.

## 2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL: PANORAMA GERAL

Por investigação criminal se entende o conjunto de atividades pré-processuais, de caráter meramente informativo, que visa a apurar uma infração penal e sua autoria, fornecendo elementos que servirão de base ou para subsidiar futura ação penal, ou para embasar eventual pedido de arquivamento (LIMA, 2016).

Consiste no primeiro estágio da *persecutio criminis*, cujo objetivo é formar um lastro probatório mínimo para a deflagração válida da fase seguinte, que é a judicial, regida pelos princípios do contraditório e da

ampla defesa (TÁVORA, 2016). Conquanto seja possível investigar durante o processo, tem-se que a investigação criminal destina-se, em geral, à colheita de elementos de informação que darão subsídios ao titular da *opinio delicti*, a fim de que se examine a viabilidade da propositura da competente ação penal (LIMA, 2016). Em virtude dessa finalidade específica - colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade de uma infração penal -, a investigação criminal se reveste de contornos especiais.

Como principais facetas desse procedimento preliminar emergem a autonomia e a instrumentalidade da investigação criminal. A primeira característica está ligada ao fato de a investigação criminal ser autônoma em relação à futura ação penal. Conquanto sirva ao processo, a instauração desta não depende da prévia existência daquela, sobretudo porque a ação penal pode ser iniciada de outros modos, “desde que o acusador possua provas suficientes e idôneas para sustentar a denúncia ou a queixa” (NUCCI, 2016)<sup>1</sup>. Isso pode se dar por meio de “outros tipos de investigação oficial – como sindicâncias, processos administrativos, inquéritos militares, inquéritos parlamentares, incidentes processuais”, assim como “pela possibilidade, não comum, de se conseguir ajuizar a demanda simplesmente tendo em mãos documentos, legalmente constituídos” (NUCCI, 2016). Não bastasse isso, a autonomia da investigação criminal também decorre do “fato de que o procedimento pré-processual pode não originar um processo penal (casos de arquivamento prévio ao exercício da ação penal)” (LOPES JR., 2008, p. 212), assim como de os eventuais vícios da investigação não terem o condão, em regra, de contaminar a ação penal a que der origem<sup>2</sup> (LIMA, 2016).

Já a característica da instrumentalidade está relacionada ao fato de servir a investigação criminal como instrumento da Ação Penal, estando a serviço do processo-crime para o cumprimento de duas funções: preservadora e preparatória. Esta, destinada a acautelar “meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo”; aquela, para inibir “a instauração de ação penal infundada”, resguardando,

1 Art. 39, § 5º, do atual CPP: “O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.”

2 “Logicamente, caso uma determinada prova tenha sido produzida com violação a normas de direito material, há de ser reconhecida sua ilicitude (CF, art. 5º, LVI), com o seu consequentedesentranhamento dos autos, bem como de todas as demais provas que com ela guardem certo nexos causal (teoria dos frutos da árvore envenenada). Isso, todavia, não significa dizer que todo o inquérito será considerado nulo. Afinal, é possível que constem da investigação policial elementos de informação que não foram contaminados pela ilicitude originária (teoria da fonte independente)” (LIMA, 2016).

assim, “a liberdade do inocente” e evitando “custos desnecessários para o Estado” (MACHADO, 2009, p. 9).

Outro atributo peculiar da investigação criminal – e, em específico, do inquérito policial – e que merece um recorte destacado é o seu caráter inquisitivo. Conquanto haja vozes em sentido diverso, as quais sustentam que o inquérito policial assim como as demais formas de investigação criminal “estão sujeitas ao contraditório diferido e à ampla defesa, ainda que com um alcance mais limitado que aquele reconhecido na fase processual” (LIMA, 2016), majoritária e pacificamente, tem-se entendido que, por ser o inquérito policial um mero procedimento de natureza administrativa, com caráter instrumental, não se permite o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo investigado (LIMA, 2016).

Essa particularidade decorre de um simples raciocínio:

[...] Dessa fase pré-processual não resulta a aplicação de uma sanção, destinando-se tão somente a fornecer elementos para que o titular da ação penal possa dar início ao processo penal. Logo, ante a impossibilidade de aplicação de uma sanção como resultado imediato das investigações criminais, como ocorre, por exemplo, em um processo administrativo disciplinar, não se pode exigir a observância do contraditório e da ampla defesa nesse momento inicial da persecução penal. (LIMA, 2016).

Uma vez postos esses conceitos e delineados os principais contornos do procedimento em análise, há que se ter em mente que, uma vez verificada a ocorrência de uma infração penal, várias são as possibilidades de apuração do fato, sendo certo que pode haver mais de uma forma de investigação, ao mesmo tempo, para os mesmos fatos (DEZEM, 2016).

Com efeito, a atividade de investigação criminal está prevista em várias normas jurídicas no Brasil, sendo um de seus esteios o texto constitucional. Deveras, o constituinte de 1988 – atento para o fato de que não é aconselhável em um Estado Democrático de Direito que haja o monopólio das investigações criminais por um único órgão estatal – não se olvidou de inserir na Constituição Federal a previsão de algumas possibilidades de investigação criminal, como será visto a seguir.

É certo que a investigação criminal compete, precipuamente, à Polícia, tanto é que a Constituição Federal dispõe que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida

para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (art. 144, *caput*, da CF), elencando, no mesmo dispositivo constitucional, os órgãos que a compõem e suas funções. Interessa ao debate, neste momento, tão somente as funções atribuídas à Polícia Federal e à Polícia Civil, às quais compete “conduzir as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas para formar o inquérito, que servirá de base de sustentação a uma futura ação penal” (NUCCI, 2016).

No entanto, é importante que se diga que “a Constituição da República, a todas as luzes, não contempla nenhuma *privatidade* da investigação em mãos da Polícia, consoante se vê no Capítulo que cuida da Segurança Pública (arts. 144 e seguintes, CF)” (OLIVEIRA, 2014, p. 87). Daí porque se entende que a atividade investigativa também pode ser realizada por outras instituições, órgãos e entidades, a exemplo do que ocorre com o Ministério Público. Aliás, é esse o entendimento de Távora (2016):

[...] A titularidade das investigações não está concentrada somente nas mãos das polícias civil e federal. Compulsando o teor do art. 4º, parágrafo único, do CPP, vemos que este consagra a possibilidade de inquéritos não policiais (ou extrapoliciais). Certamente não desejou o nosso legislador, nem mesmo o constituinte, que as investigações criminais fossem exclusivas da polícia. Tanto é verdade que existe a possibilidade do desenvolvimento de procedimentos administrativos, fora da seara policial, destinados à apuração de infrações penais e que podem perfeitamente viabilizar a propositura da ação criminal.

Como é cediço, a Constituição Federal contempla indiretamente a possibilidade de o Ministério Público realizar investigação criminal. Isso decorre da chamada “Teoria dos Poderes Implícitos”<sup>3</sup> e das próprias atribuições fixadas constitucionalmente ao *Parquet*<sup>4</sup>.

3 “Segundo essa teoria, nascida na Suprema Corte dos EUA, no precedente *Mc Culloch vs. Maryland* (1819), a Constituição, ao conceder uma atividade-fim a determinado órgão ou instituição, culmina por, implicitamente e simultaneamente, a ele também conceder todos os meios necessários para a consecução daquele objetivo. Segundo o Juiz Black ‘tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição’. Portanto, se a última palavra acerca de um fato criminoso cabe ao Ministério Público, porquanto é ele o titular da ação penal pública (CF, art. 129, inc. I), deve-se outorgar a ele todos os meios para firmar seu convencimento, aí incluída a possibilidade de realizar investigações criminais, sob pena de não se lhe garantir o meio idôneo para realizar a persecução criminal, ao menos em relação a certos tipos de delito;” (LIMA, 2016).

4 Dentre as atribuições do Ministério Público, citam-se a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”; a de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”; a de “exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”; a

Esse entendimento, aliás, que já era majoritário na doutrina pátria, foi corroborado pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 593727/MG, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015, veja-se:

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. [...] 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. [...].

Aliado às investigações criminais que podem ser conduzidas pelo Ministério Público por meio do Procedimento de Investigação Criminal (PIC)<sup>5</sup>, não se olvida que ao órgão de execução ministerial compete, ainda, a função de “promover o inquérito civil [...] para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, II, da CF). Conquanto se trate de instrumento destinado a embasar eventual Ação Civil Pública, não se pode perder de vista que o inquérito civil também pode servir para fundamentar ação de âmbito criminal (TÁVORA, 2016).

Mas não é só. A Constituição Federal de 1988, justamente por não prever a exclusividade da investigação criminal a um só órgão, acaba autorizando que “outras autoridades administrativas terminem por

---

de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”; e a de “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade” (art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da CF).

5 “Consiste o procedimento investigatório criminal no instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido por um membro do MP, com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais, de natureza pública, fornecendo elementos para o oferecimento ou não da denúncia, regulamentado pela Resolução n. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público.” (LIMA, 2016).

investigar fatos que *também* constituem crimes, desde que orientadas pelas finalidades e atribuições a elas deferidas em Lei” (OLIVEIRA, 2014, p. 85).

É o caso, por exemplo, das Comissões Parlamentares de Inquérito, cuja previsão encontra arrimo no art. 58, § 3º, da Constituição Federal. A investigação feita por ela, embora se assemelhe ao inquérito policial por ser uma forma de investigação preliminar, dele se distancia não só por ser dotado de uma feição política, como também “em virtude dos poderes de investigação de que são dotados seus membros” serem “equiparados aos poderes de investigação dos juízes” e “pelo fato de as CPI’s não assumirem, obrigatoriamente, natureza preparatória de ações judiciais”. Nesse tocante, tem-se que a finalidade da referida Comissão não é a de apurar crimes nem a de puni-los, cuja competência é dos Poderes Executivo e Judiciário. Entretanto, se, no decorrer dos trabalhos investigativos, a Comissão verificar a existência de fato criminoso, “dele dará ciência ao Ministério Público, para os fins de direito, como qualquer autoridade, e mesmo como qualquer do povo” (LIMA, 2016).

No âmbito infraconstitucional, a investigação criminal já havia - há tempos (bem antes da Constituição Federal de 1988) - ganhado contornos específicos no Código de Processo Penal, criado pelo Decreto-Lei n. 3.689/1941, o qual prevê, em seu bojo, apenas o inquérito policial como forma de investigação criminal (artigos 4º a 23).

O inquérito policial - espécie mais conhecida e difundida de investigação criminal no ordenamento pátrio, que é conduzida pelo Delegado de Polícia (Lei n. 12.830/2013) - pode ser compreendido como:

[...] Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo. Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b)

preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo. (LIMA, 2016).

Ao lado da investigação criminal promovida pela Polícia - que é feita, via de regra, por meio do inquérito policial -, o Código de Processo Penal previu, ainda, em seu artigo 4º, parágrafo único, que a competência da polícia judiciária “não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”. Essa previsão legal, como dito, alarga a abrangência da atividade investigatória e permite que hajam outras formas de investigação criminal. A esse respeito, leciona Oliveira (2014, p. 92):

[...] Também as autoridades administrativas, em geral, detêm competência para a apuração de infrações penais, desde que as respectivas investigações estejam relacionadas com o exercício regular de suas atribuições legais, no campo, portanto, da constatação, ex officio, da ilicitude administrativa, fiscal, tributária, previdenciária ou disciplinar. Tais funções, não atingidas pela superveniência da Carta de 1988, encontram-se previstas no parágrafo único do art. 4º do CPP e não inibem, à evidência, a atuação da polícia judiciária.

Amparado nesse alargamento conferido pela lei processual penal, permite-se, por exemplo, que o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)<sup>6</sup>, comunique “às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis” a existência de “de crimes previstos na Lei de lavagem de capitais, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito” quando as identificar no exercício de sua atividade fiscalizatória (LIMA, 2016).

Do mesmo modo, a Lei Processual Penal Militar autoriza a investigação de crimes militares, bem como daqueles que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e de sua autoria, a ser conduzida pela polícia judiciária militar, composta por integrantes da carreira (artigos 7º e 8º do CPPM). A par, estão as investigações criminais presididas pelos órgãos de cúpula da Magistratura e do Ministério Público em se tratando, respectivamente, de crimes praticados por magistrados ou promotores de justiça (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar n. 35/79 e art. 41, parágrafo único, da Lei n. 8.625/93) (LIMA, 2016).

---

6 Criado pela Lei n. 9.613/98.



É possível, ainda, que outros órgãos públicos acabem por investigar - ainda que indiretamente - a prática de crimes, como ocorre, por exemplo, em uma sindicância ou em um processo administrativo disciplinar de servidor público. Nesses casos, se a autoridade administrativa que conduz o procedimento de apuração de falta disciplinar verificar a existência de crime de ação penal pública incondicionada, deverá remeter cópia do procedimento ao órgão do Ministério Público, o qual, por seu turno, poderá se valer de tais peças para oferecer denúncia ou, ainda, aprofundar as investigações, seja por meio da requisição de inquérito policial, seja pela investigação direta, como visto acima (TÁVORA, 2016).

De outro vértice, tem-se, ainda, a investigação criminal levada a cabo por particulares, a qual somente é permitida atualmente pelo trabalho de investigadores particulares, nos termos previstos pela Lei n. 3.099, de 24/2/1957, e regulamentada pelo Decreto n. 50.532, de 3/5/1961. De acordo com Távora (2016):

[...] É permitido o trabalho de investigador particular, desde que não invada a competência privativa da Polícia Judiciária, nem atente contra a inviolabilidade domiciliar, a vida privada e a boa fama das pessoas. O traço peculiar dessas investigações privadas é, basicamente, a ausência de imperatividade, ou seja, de poder de coerção. Assim, quando o particular investiga por conta própria, conta apenas com seus esforços pessoais e com a colaboração de outras pessoas e de entes públicos ou privados. Falta poder de polícia, ou seja, não goza de imperatividade.

Por conta disso, a atuação de particulares na investigação criminal atualmente só é possível “pelo encaminhamento de documentação ou informação suficiente à formação da *opinio delicti*” e desde que esses “eventuais elementos probatórios” sejam “resultantes de atividades lícitas”. (OLIVEIRA, 2014, p. 87).

Isso não significa dizer, todavia, que o indiciado e sua defesa não possam participar, de algum modo, da investigação. Atualmente, o Código de Processo Penal prevê que “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade” (art. 14). Isso significa dizer que, “ao participar do inquérito policial, o advogado está delimitado aos rumos dados à investigação pela autoridade policial”, a qual tem discricionariedade para escolher as diligências que serão efetivadas (LIMA, 2016).



Esse panorama geral anteriormente delineado permite observar que a investigação criminal – a qual pode ser realizada de diversos modos e por diferentes órgãos – destina-se a demonstrar (ou não) a existência de base para a acusação em juízo, ao passo que esta pretende provar (ou não) que a infração penal existe e quem é o seu autor (CANUTO MENDES *apud* LOPES JR., 2008, p. 217). Sob esse enfoque, oportuno destacar que o valor dos elementos de prova colhidos no bojo desse procedimento preliminar é relativo, uma vez que dependem de ratificação em juízo, sob o manto da dialética processual e de todas as garantias constitucionais e legais inerentes ao devido processo, com as ressalvas referentes às provas cautelares, às não repetíveis e às antecipadas (art. 155 do Código de Processo Penal). (LIMA, 2016).

### **3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PROJETO DE LEI N. 8.045/2010)**

O projeto de lei que cria o novo Código de Processo Penal (n. 8.045/2010) avança no tema da investigação criminal, trazendo, dentro do Livro I (Da Persecução Penal), título próprio destinado ao tema (Título II), o qual, a seu turno, abrange capítulos destinados às disposições gerais (Capítulo I), ao juiz das garantias (Capítulo II), ao inquérito policial (Capítulo III) e à identificação criminal (Capítulo IV).

De início, a nova Lei dispõe que “a investigação criminal tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal” (art. 8º).

Além de conceituar e definir a finalidade da investigação criminal, o novo Código de Processo Penal deixa expresso aquilo que a doutrina nacional há muito sustentava que o inquérito policial é espécie do gênero investigação criminal, tanto que é tratado em capítulo próprio dentro do Título destinado à atividade investigativa. Mas, para muito além disso, a novel legislação irá além criando novas formas de investigação, como a “investigação criminal defensiva”, instituindo a figura do chamado “juiz das garantias” e dando novos contornos ao inquérito policial.

A primeira inovação diz respeito à faculdade que terá o “investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros

mandatários com poderes expressos” de “tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistas pessoas” (art. 13).

Trata-se da chamada investigação criminal defensiva, consistente na prática de atos de investigação feitos pelo defensor do imputado, com ou sem o apoio de auxiliares técnicos, a ser realizada em qualquer momento da persecução penal, com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado, a fim de fazer um contraponto à investigação criminal conduzida pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público (MACHADO, 2009, p. 38). Por essa nova ótica, “incumbe ao defensor traçar a estratégia investigatória, sem qualquer tipo de subordinação às autoridades públicas, devendo apenas respeitar os critérios constitucionais e legais de obtenção de prova”. (LIMA, 2016).

Entre os principais objetivos da investigação defensiva, a doutrina elenca os seguintes:

a) comprovação do álibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado; b) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros; c) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade; d) eliminação de possíveis erros de raciocínio a quem possam induzir determinados fatos; e) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública; f) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias; g) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas. (LIMA, 2016).

Mister ressaltar neste ponto, ainda, que o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal prevê uma regulamentação mínima para a investigação criminal defensiva, sendo oportuno destacar que:

(1) as entrevistas a pessoas no curso dessa investigação deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas; (2) a suposta vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do chamado “juiz das garantias”, sempre resguardado o seu consentimento; (3) nesse caso, o juiz das garantias poderá, sendo necessário, fixar condições para a realização da entrevista; (4) os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discricção e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial; (5) o material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial, na senda da discricionariade que

caracteriza este procedimento de investigação preliminar; e (6) os condutores da investigação criminal defensiva estarão sujeitos à responsabilidade civil, criminal e disciplinar por eventuais excessos cometidos. (TÁVORA, 2016) (grifos no original).

Outra grande – e polêmica – novidade do novo Código de Processo Penal em relação ao tema em análise é a criação do “juiz das garantias”, a quem compete o “controle da legalidade da investigação” e “a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (art. 14). Sob essa novel perspectiva, cria-se a figura de um novo juiz, o qual é chamado a intervir apenas na fase do inquérito policial, cuja participação ficará limitada aos casos em que a investigação atinja direitos fundamentais da pessoa investigada. Esse “juiz das garantias” tem sua atuação restrita à investigação criminal, sendo certo que a propositura da ação penal encerra sua participação no feito, iniciando-se, a partir daí, o trabalho do juiz que conduzirá o processo-crime. Da exposição de motivos do Anteprojeto (SENADO, 2009, p. 18) em análise extrai-se:

[...] Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Justifica-se a adoção dessa nova medida, ainda, sob o seguinte argumento:

[...] A ideia é garantir ao juiz do processo ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. O raciocínio é o seguinte: o juiz que atua no inquérito,

seja mantendo o flagrante ou decretando a prisão preventiva do investigado, seja autorizando a quebra dos dados resguardados por sigilo constitucional, incluindo a interceptação das conversas telefônicas, seja permitindo técnicas invasivas como a infiltração de agentes, pois bem, esse juiz tende, cedo ou tarde, a assumir a perspectiva dos órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público). Por isso, para que o processo tenha respeitado o equilíbrio de forças e assegurada a imparcialidade do magistrado, seria melhor, na ótica do PLS nº 156, de 2009, separar as duas funções. Além do mais, como teríamos um juiz voltado exclusivamente para a investigação, estima-se que isso se traduza em maior especialização e, portanto, ganho de celeridade. (CASAGRANDE, 2009, p. 27).

Tal medida, ainda, romperá a lógica da prevenção<sup>7</sup> do processo, uma vez que o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências fixadas na nova lei<sup>8</sup> ficará impedido de funcionar no processo (art. 16 do Projeto de Lei n. 8.045/2010). Assim sendo, “O juiz das garantias, diferentemente do que acontece no atual sistema, não ficará prevento para a ação penal futura”. (GOMES, 2010).

O Projeto de Lei n. 8.045/2010 dispõe, ainda, que “O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária” (art. 17). Para isso, “os tribunais desempenharão um papel de funda-

7 De acordo com o art. 83 do atual CPP: “Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).”

8 “Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II - receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV - ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; V - decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII - decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI - decidir sobre os pedidos de: 5 a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII - determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV - arquivar o inquérito policial; XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.”

mental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas” (SENADO, 2009, p. 19), as quais contam com apenas um magistrado e que necessitarão do trabalho de mais outro profissional para o cumprimento da nova legislação.

De mais a mais, vale citar, ainda, algumas inovações referentes ao inquérito policial, o qual ganhará novos relevos a partir da entrada em vigor no novo Código de Processo Penal. Com efeito, dentre as principais modificações legislativas destacam-se a tramitação direta do inquérito policial entre a polícia e o Ministério Público<sup>9</sup> e a impossibilidade de o magistrado dar início à investigação, requisitando a instauração de inquérito policial<sup>10</sup>.

Sobres essas alterações, extrai-se da exposição de motivos do Anteprojeto (SENADO, 2009, p. 19):

[...] No âmbito, ainda, da persecução penal na fase de investigação preliminar, o anteprojeto traz significativa alteração no que respeita à tramitação do inquérito policial. A regra do atual Código de processo penal não guarda qualquer pertinência com um modelo processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não se dirige ao judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. Não há razão alguma para o controle judicial da investigação, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso. neste caso, o curso da investigação será acompanhado pelo juiz das garantias, não como controle da qualidade ou do conteúdo da matéria a ser colhida, mas como fiscalização do respeito aos prazos legais previstos para a persecução penal. Atuação, como se vê, própria de um juiz das garantias.

Do mesmo modo, retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. No particular, merece

9 “Art. 34. Concluídas as investigações, em relatório sumário e fundamentado, com as observações que entender pertinentes, o delegado de polícia remeterá os autos do inquérito ao Ministério Público, adotando, ainda, as providências necessárias ao registro de estatística criminal.”

10 “Art. 20. O inquérito policial será iniciado: I – de ofício; II – mediante requisição do Ministério Público; III – a requerimento, verbal ou escrito, da vítima ou de seu representante legal. § 1º Nas hipóteses dos incisos I e III do caput deste artigo, a abertura do inquérito será comunicada imediatamente ao Ministério Público. § 2º A vítima ou seu representante legal também poderão solicitar ao Ministério Público a requisição de abertura do inquérito policial. § 3º Da decisão que indeferir o requerimento formulado nos termos do inciso III do caput deste artigo, ou se não houver manifestação do delegado de polícia em 30 (trinta) dias, a vítima ou seu representante legal poderão recorrer, no prazo de 5 (cinco) dias, à autoridade policial hierarquicamente superior, ou representar ao Ministério Público, na forma do § 2º deste artigo.”

ser registrado que a modificação reconduz o juiz à sua independência, na medida em que se afasta a possibilidade de o ministério público, na aplicação do art. 28 do atual Código, exercer juízo de superioridade hierárquica em relação ao magistrado. O controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do ministério público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento. [...].

A justificativa dos legisladores para essas alterações é, em síntese, a de adequar a legislação processual penal ao sistema acusatório<sup>11</sup> e a de garantir ao imputado a salvaguarda de seus direitos individuais. Os avanços e/ou retrocessos dessas modificações serão analisados a seguir.

#### 4 AVANÇOS E RETROCESSOS

O Projeto de Lei n. 8.045/2010, embora não mereça apoteose também não é digno de excomunhão. Há, com efeito, avanços e retrocessos.

Dos pontos analisados neste trabalho, merece destaque a alteração legislativa referente à investigação criminal defensiva.

Para os seus defensores, trata-se de importante inovação legislativa, porquanto “faculta-se ao imputado exercer ativamente o seu direito de defesa, desde a fase preliminar, recolhendo os dados indispensáveis à comprovação de seus argumentos e que podem evitar o advento de ação penal” (MACHADO, 2009, p. 100). Em verdade, diz-se que a possibilidade de investigação pela defesa do imputado é uma garantia fundamental, “inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e de defesa”. (MACHADO, 2009, p. 99).

A corrente favorável à investigação defensiva não raro demoniza o trabalho realizado pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público na condução das investigações criminais, argumentando que ambos atuam

11 “O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum*. [...] No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.” (LIMA, 2016).

parcialmente, com o propósito de demonstrar a tese acusatória, sem se atentar aos informes favoráveis ao imputado. Sustentam que o foco da atuação de ambas as instituições (Polícia e Ministério Público) na fase pré-processual é a “obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência” (MACHADO, 2009, p. 30).

Nesse limiar, a introdução do contraditório na fase de investigação, por meio da investigação criminal defensiva, como contraponto às investigações oficiais, ressalta “a importância de se prestigiar a atividade das partes como verdadeiros titulares do direito à prova” (NARCELLI; CUNHA NETO, 2015, p. 143), o que não inclui somente a acusação mas também a defesa. Ademais, sustenta-se que tal medida é útil, inclusive, para evitar o ajuizamento de muitas ações penais, as quais “poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente a informar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público”. (OLIVEIRA, 2014, p. 84).

Visto por esse ângulo, os defensores da investigação criminal defensiva argumentam que:

[...] Um sistema de colheita de provas orquestrado pelas partes não pode ser eficaz sem lhes permitir, por exemplo, um contato prévio com as testemunhas através de entrevistas. Os advogados devem ter ao menos uma ideia acerca do conteúdo do que as testemunhas irão dizer no depoimento, a fim de evitar surpresas e deficiências na inquirição. Essas entrevistas são essenciais para o planejamento das estratégias a serem adotadas durante o julgamento. Nesse sentido, a defesa terá a possibilidade de inquirir as testemunhas previamente, inclusive as de acusação, juntando-se a ata ao inquérito policial – o que proporcionará ao juiz o conhecimento de uma outra linha investigatória. (NARCELLI; CUNHA NETO, 2015, p. 144).

Por essa ótica, a mitigação - ou até mesmo a aniquilação - do princípio inquisitorial, o qual se constitui atualmente como elemento basilar da investigação criminal, como visto, mostra-se como uma grande evolução, à medida que pretende ser o equalizador da balança, trazendo à fase investigativa a paridade de armas entre acusação e defesa.

No entanto, essa alteração não é digna apenas de aplausos, senão também de preocupações e de críticas. A permissão que pretende o novo Código de Processo Penal dar à defesa do imputado no tema da inves-



tigação criminal gera “o risco, evidente e concreto” de “perturbação da regular tramitação da investigação pela intervenção técnica protelatória”, comumente utilizada pelos patronos dos imputados (OLIVEIRA, 2014, p. 86).

Ainda que muitos crucifiquem a inquisitorialidade típica das investigações criminais, não se pode negar que essa característica “permite agilidade nas investigações, otimizando a atuação da autoridade policial”. A permissão para que o imputado, nesta etapa, exerça o contraditório e a ampla defesa mostra-se como um “desvio de percepção evidente”, pois, como explica Távora (2016):

[...] Tenta-se afastar o direito de defesa (e o contraditório) da fase preliminar, na pressuposição de que eles militariam contra a necessidade da eficiência investigativa, em verdadeiro obstáculo a boa atuação da polícia judiciária. Atenuar o contraditório e o direito de defesa na fase preliminar, por suas próprias características, não pode significar integral eliminação. O inquérito deve funcionar como procedimento de filtro, viabilizando a deflagração do processo quando exista justa causa, mas também contribuindo para que pessoas nitidamente inocentes não sejam processadas.

Ademais, além de conferir maior agilidade e eficácia às diligências da investigação, a inquisitorialidade permite que a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos informativos sejam otimizados. Isso porque seria inviável a localização de fontes de prova acerca do delito se os atos investigatórios fossem precedidos de prévia comunicação à parte contrária (contraditório), em verdadeiro obstáculo à boa atuação do aparato policial (LIMA, 2016). A esse respeito, colhe-se da doutrina:

[...] É uma ilusão – e até mesmo ingênuo – imaginar que o exercício do contraditório diferido e a ampla defesa na fase investigatória possa colaborar com as investigações, pois esta não é a regra que se nota no cotidiano policial. Ao revés, como destaca Mittermaier, em observação ainda atual para muitos casos, “no crime, o autor do delito toma todas as precauções imagináveis para tornar a prova impossível, e apagar todos os vestígios; adrede procura a escuridão e afasta todas as testemunhas que possam comprometer”. Não se pode, portanto, admitir o contraditório e a ampla defesa nessa fase pré-processual, sob pena de se criar uma situação desigual capaz de prejudicar sobremaneira a eficiência dos órgãos persecutórios na elucidação das infrações penais. (LIMA, 2016).



Há que se ter em mente, ainda, que o caráter inquisitorial da investigação criminal, de certa forma, é compensado “por mecanismos legislativos tendentes a evitar que o juiz julgue a imputação valendo-se exclusivamente dos elementos informativos colhidos na fase investigatória”, a teor do que determina o art. 155 do atual Código de Processo Penal, com as exceções relativas às provas antecipadas, não repetíveis e cautelares (LIMA, 2016).

Não se olvida, por fim, que a investigação criminal é poder-dever da autoridade responsável pela apuração dos fatos, a qual é investida no cargo mediante o preenchimento dos requisitos legais, com todos os direitos e deveres inerentes à função, entre os quais a responsabilidade administrativa por seus atos, inclusive com a perda do cargo. Nesse cenário, não se pode conceder ao imputado, “em sua condição de parte, prerrogativa típica do condutor da investigação”, sob pena de dar aos elementos de prova contidos na investigação criminal baixíssima confiabilidade, já que produzidos de modo tendencial à defesa do imputado (CNPG, 2011, p. 20).

Isso não significa dizer, entretanto, que a defesa não possa, de alguma maneira, produzir provas na fase investigativa. Por conta disso, para “resguardar-lhe o direito à defesa, garante-se a possibilidade de indicar pessoas a serem ouvidas, a fim de que outras fontes de prova possam ser acrescentadas para elucidação do fato”. As demais provas que eventualmente a defesa queira produzir poderão ser realizadas em juízo, sob o crivo do contraditório (CNPG, 2011, p. 20).

Outra questão que merece ser posta em relevo neste trabalho é a alteração legislativa concernente ao “juiz das garantias”.

Embasados na premissa de que “Juiz que investiga ou que monitora a investigação não pode julgar” e visando a dar fiel cumprimento ao princípio acusatório e à preservação da imparcialidade do juiz do processo, os defensores do chamado “juiz das garantias” sustentam que o magistrado responsável por essa função “não vai presidir o inquérito policial”, “vai apenas cuidar da sua legalidade assim como do respeito aos direitos e garantias fundamentais do indiciado ou suspeito”, sem poder participar do processo contraditório ulterior (GOMES, 2010).

Nessa perspectiva, essa alteração legislativa é vista com louvor por parcela dos operadores do Direito, pois reduz o chamado “ativismo

judicial” e acaba com o “vínculo psicológico” existente entre o juiz do inquérito policial e as provas produzidas nessa fase, “até porque ele, vez ou outra, participou de atos instrutórios que lhe influenciam o convencimento”. Tal medida, vista por esse ângulo, restabelece a equidistância necessária ao exercício da jurisdição (PITOMBO *apud* GOMES, 2010), promovendo “a compatibilização entre as garantias dos acusados e a determinação judicial atinente às medidas investigatórias com a isenção e imparcialidade no que respeita ao julgamento da correspondente ação penal” (FRAGOSO, 2011).

Entretanto, “o dispositivo em tela equivocadamente pressupõe a perda da imparcialidade do julgador que atuar na fase da investigação, pois seria contaminado pelo conhecimento de seu conteúdo”. Tal entendimento - segundo outra parcela dos operadores do Direito que não aprova a nova alteração legislativa em relação ao “juiz das garantias” - é equivocado, porquanto “o juiz não preside nenhuma diligência investigatória”, atuando, em verdade, “na fase da investigação justamente para fiscalizar a legalidade e constitucionalidade das diligências investigatórias, vale dizer, sua função é, essencialmente, de garantia”. Por esse viés, não há “nenhuma razão lógica ou técnica para que tal atividade sirva de impedimento para conhecer de ulterior ação penal”. (CNPG, 2011, p. 23).

Ademais, não se pode olvidar que “a própria figura do juiz, tal como prevista nas leis de organização judiciária, com base na Constituição, [...]” já é, por si só, uma garantia, que assegura “uma jurisdição que se presta segundo avaliação e assecuração de direitos fundamentais, seja do indivíduo (autor da infração ou vítima) seja do grupo social” (GOMES, Abel, 2010, p. 100). Pensar de modo diverso implicaria deduzir - de modo genérico e preconceituoso - “que todo juiz que decide medidas provisórias estará contaminado para sempre por esse contexto decisório” (GOMES, Abel, 2010, p. 102), sendo, portanto, parcial; ao passo que o inquérito policial seria uma “doença contagiosa” capaz de macular a hombridade de um magistrado, como se esse instrumento investigatório não “contivesse em seu bojo a verdade real, como se (numa generalização indevida) todos os policiais fossem corruptos, violentos, torturadores e fraudadores de provas” (NOGUEIRA, 2011).

Não fosse só, a introdução do “juiz das garantias” implicaria uma alteração estrutural do sistema de justiça criminal brasileiro, uma vez que

seria necessária a presença de, ao menos, dois juízes em cada Comarca, o que, sabe-se, é incompatível com a realidade do País, no qual “40% das varas estaduais do País são constituídas por um único magistrado” (CNJ, 2010). Como é cediço, o Brasil – e, em especial o Poder Judiciário – não possui condições estruturais e financeiras de concretizar o disposto no Projeto de Lei, uma vez que seria necessário um incremento sobre-humano de investimentos de infraestrutura e de aumento do material humano para o exercício das novas atividades, não só com a realização de concursos públicos para a “aquisição” de novos magistrados como também para a estruturação da equipe de servidores que dão apoio à atividade judicante.

Como se percebe, o Projeto de Lei n. 8.045/2010 altera – e muito – o processo penal, sendo tais modificações aclamadas por uma parcela dos operadores do Direito e execrada por outra. Diante disso, imperioso refletir se tais mudanças representam uma verdadeira ascensão ou um autêntico retrocesso em termos de legislação processual penal.

## 5 CONCLUSÃO

O quadro político experimentado pelo País atualmente – o qual é marcado por uma crise ética e política, aliada a escândalos inescrupulosos de criminalidade organizada e de corrupção – traz à baila muitos questionamentos, ainda mais em meio a tantas tentativas de se criarem novas leis cuja “melhoria” é duvidosa. Afinal, o projeto final do novo Código de Processo Penal destoa do que legitimamente se esperava dele? A benefício de quem estará a investigação criminal após as alterações legislativas? Equilíbrio e paridade de armas no processo penal ou tumulto às investigações? Servem ao imputado e à sua defesa realmente ou para o enfraquecimento do aparato estatal e de suas instituições? Juiz garantidor do devido processo legal, do resguardo ao interesse público, ou juiz protetor somente dos direitos do imputado? A quem verdadeiramente se destinam as novas alterações legislativas?

Não se pode fechar os olhos para a nova realidade brasileira: aqueles que legislam viraram – não raras vezes – os novos investigados, imputados e réus de investigações e ações penais ligadas, na maioria das vezes, a vergonhosos casos de corrupção generalizada. Nessa novel

conjectura, não é demasiado pensar que as casas legislativas – e também as executivas, em alguns casos –, em vez de serem a morada daqueles que tutelam e salvaguardam os interesses do povo, titular do poder constituinte, tornaram-se, ao revés, o lar de políticos que fazem das leis o manto protetor de interesses próprios de natureza escusa.

A atual realidade demonstra que “vivemos numa fase de ‘processualização dos procedimentos’”, e estes, como “métodos de exercício de poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório” (TÁVORA, 2016). Assim, a pretexto de se dar às novas normas jurídicas uma roupagem de aparente conformidade com a Constituição Federal, desfigura-se, em verdade, a natureza jurídica da investigação criminal, a qual tem claramente essência de procedimento, e não de processo.

Não fosse só, justificam-se algumas mudanças legislativas com severas críticas ao trabalho desempenhado pela Polícia e pelo Ministério Público, maldizendo-lhes algozes inescrupulosos e violadores das leis. Essa postura de acusadores implacáveis justificaria, por certo, a introdução de mecanismos de proteção garantistas em benefício exclusivo dos imputados/réus.

Não se olvida que os direitos e as garantias dos imputados/réus são de extrema importância, tanto que já estão garantidas no texto constitucional e também na atual legislação processual penal. Contudo, o que não se concorda é que as mudanças levem “em conta somente os direitos e interesses do réu”, olvidando-se “dos direitos da sociedade e dos da vítima e de sua família”. Por certo, as modificações legislativas analisadas ao longo deste trabalho podem “levar à impunidade, ao mau funcionamento e ao descrédito da Justiça Criminal, além de transformar o Processo Penal em um ramo “capenga” do Direito” (NOGUEIRA, 2011), já que protetor (sem disfarces) de apenas uma das partes – a do réu/imputado.

Interessante destacar que os novos dispositivos que se pretende ver inseridos na novel legislação processual penal contém alta carga de subjetividade, cujas interpretações são as mais diversas possíveis e que podem colocar em xeque a eficácia da prestação jurisdicional. Além disso, o novo Código deixa clara a mensagem de que as instituições – seja a Polícia, seja o Ministério Público – são inimigas e draconianas para com quem comete o crime, parecendo claro que a nova legislação

se assemelha mais como uma forma de eximir o réu/imputado da responsabilidade criminal, do que uma forma de lhe conferir maiores garantias, as quais, frisa-se, já estão asseguradas na lei vigente.

A solução, evidentemente, não está na importação de legislações extravagantes alheias à realidade brasileira, como se pretende. Quanto à nova roupagem que se intenta dar às investigações criminais, com a permissão da investigação defensiva, há que se ter em mente que o inquérito policial contará com elementos de prova de baixíssima confiabilidade, os quais serão produzidos pela defesa em benefício exclusivo de seu cliente e sob condições totalmente duvidosas. Não é necessário ser muito criativo para perceber que a participação da defesa no procedimento investigativo, por certo, trará tendências a coações e a distorções de depoimentos favoráveis a si, levando ao descrédito de sua validade.

Do mesmo modo, conquanto festejada por uma parte dos especialistas, a alteração legislativa referente ao “juiz das garantias” também é digna censura, porquanto traz ao Poder Público ônus excessivo para a estruturação da esmagadora maioria das Comarcas, cuja realização prática será de difícil operacionalização, dadas as circunstâncias da crise financeira que vivemos atualmente e da ausência de material humano disponível para suportar tamanha demanda. Ademais, “o texto projetado ignora a concepção assumida pela figura do juiz no desenvolvimento histórico e filosófico da função judicial, [...]”, esquecendo-se de que o papel do magistrado “já é a própria garantia de uma jurisdição que se presta segundo avaliação e asseguaração de direitos fundamentais, seja do indivíduo (autor da infração ou vítima) seja do grupo social”. (GOMES, Abel, 2010, p. 100).

Por tudo isso, considerando o contexto em que as alterações legislativas estão inseridas e, principalmente, levando-se em conta os seus reais interessados, o novo Código de Processo Penal parece destoar do que dele legitimamente se esperava. “É bem verdade que nosso Código de Processo Penal vigente é bastante antigo, editado num contexto histórico-político-social completamente diferente do atual”, e “sobre o seu texto já se estenderam três estruturas constitucionais diferentes”. Não obstante isso, não se pode “esquecer que, durante toda a vigência do CPP de 1941, muitas alterações legislativas e sedimentação de jurisprudência [...] já têm procurado adaptar a aplicação do CPP de 1941 à evolução ocorrida à luz do Direito Constitucional e do arcabouço de

princípios democráticos por ele marcados em nosso sistema”. (GOMES, Abel, 2010, p. 99).

Nesse cenário, a consolidação de tais modificações no texto do próprio CPP de modo sistemático é necessária e importante, “sobretudo se a reforma procura retratar exatamente a concreta evolução histórica, social e jurídica do sistema processual penal do Brasil”. Há que se ter cuidado, no entanto, para que as modificações não configurem apenas “uma ideologia, incapaz de encontrar correspondente na realidade vivida” (GOMES, Abel, 2010, p. 99) no País, a exemplo das medidas citadas neste trabalho, que parecem ressoar como utopias processuais não praticáveis.

Visto sob esse enfoque, as modificações do Código de Processo Penal debatidas ao longo do presente trabalho afiguram-se como meios de tumulto às investigações e à persecução penal, como mecanismos de freio ao árduo e sério trabalho que vem sendo realizado pelos órgãos e pelas instituições estatais, a fim de formar um inadmissível “manto protetor intocável” ao redor do criminoso. Por tais razões, entende-se que o combate à criminalidade e à corrupção sistêmica que avassalam o País deve passar, invariavelmente, pelo fortalecimento do trabalho da Polícia e do Ministério Público, e não, como se pretende, pelo seu sofrimento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, que institui o novo “Código de Processo Penal”. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Nota Técnica n. 10, de 17/08/2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=225>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça - CNPG. Análise do projeto de Lei 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o novo Código de Processo Penal, 2011. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/cpp-reforma-mj.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo

Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado. Anteprojeto. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 593727, Rel. Ministro Cezar Peluso, julgado em 14/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28593727%2ENUMER%2E+OU+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jev76xu>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

CASAGRANDE, Renato (Rel.). **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal em 9 de dezembro de 2009**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/73943.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRAGOSO, Fernando. **O juiz das garantias no projeto de código de processo penal**. Palestra realizada na XXI Conferência Nacional da OAB. Curitiba, 2011. Disponível em: <[http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/artigos/dojuizodasgarantias\\_.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/artigos/dojuizodasgarantias_.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das Garantias”: inconsistência científica; mera ideologia - como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Janeiro de 2010. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100112112832429](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100112112832429)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único [livro eletrônico]. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**.



Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. 207 p.

NARCELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da. A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS. v. 17. n. 33. Jan./Jun. 2015. Disponível em: <[http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/33/artigos/artigo09.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/33/artigos/artigo09.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Juiz das garantias no novo CPP é arbitrário. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/sistema-juiz-garantias-cpp-arbitrario-inviavel>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** [livro eletrônico]. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** [livro eletrônico]. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.





# OBRIGATORIEDADE DO PLANO DIRETOR E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A GESTÃO DEMOCRÁTICA DO MEIO URBANO

**Roberta Seitenfuss**

*Promotora de Justiça*

*Especialista*

## RESUMO

O presente artigo busca analisar um dos instrumentos de participação democrática na gestão ambiental em âmbito municipal, o Plano Diretor, bem como a sua importância diante da crescente expansão urbana. Ainda, avaliando o instrumento e as possibilidades de aplicação e efetividade, apresentar caminhos para a atuação do Promotor de Justiça, especialmente na implementação do instrumento nas esferas municipais que não estão obrigadas por lei a elaborá-lo e implementá-lo, bem como garantindo a efetiva participação popular no processo de elaboração e revisão dos Planos Diretores.

**Palavras-Chave:** Plano Diretor. Gestão democrática. Atuação judicial e extrajudicial.

## 1 INTRODUÇÃO

A questão do planejamento urbano-ambiental vem se destacando, principalmente devido ao crescimento populacional assistido pelo país nas últimas décadas. Atualmente, mais de 84% da população total do

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 27	p. 101 - 126	jul./dez. 2015
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

país vive nas zonas urbanas<sup>1</sup>, o adensamento das cidades, a questão da coleta de lixo, saneamento básico, fornecimento e abastecimento de água, a poluição sonora, atmosférica e das águas têm causado a proliferação de problemas urbano-ambientais que passaram a exigir uma integração entre conceitos ambientais e urbanísticos, a fim de que se possa solucionar os problemas da cidade e romper com o paradigma de fragmentação introduzido pela modernidade, segundo o qual os problemas ambientais se restringem às áreas de floresta e às zonas rurais.

Para tanto, a introdução de um conceito amplo de meio ambiente é essencial quando falamos em termos de cidade e de desenvolvimento sustentável. Para discutir e gerenciar conflitos se faz necessário adotar uma visão integrada e harmoniosa de meio ambiente, o qual deve ser compreendido como o meio no qual ocorrem as interações entre homem e natureza, um conjunto amplo que não se restringe ao meio natural, mas que, ao contrário, passa a englobar conceitos como meio ambiente artificial, meio ambiente do trabalho, entre outros.

Nesse cenário, as cidades passam a ter, cada vez mais, importância, pois nelas encontramos um conjunto variado de fatores que interagem entre si e com o homem, gerando conflitos de ordem urbanística que são também, e em grande medida, conflitos de ordem ambiental.

A justificativa do estudo proposto tem como base a relevância jurídica e social do tema, já que, após a Constituição Federal de 1988, um novo modelo de participação popular foi proposto, e, com a aprovação da Lei Federal n. 10.257 de 2001, Estatuto da Cidade, vários instrumentos de participação e gestão da cidade foram introduzidos.

O Plano Diretor, como uma dessas possibilidades, representa não só um instrumento de gestão democrática urbano-ambiental mas também uma tentativa de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável. Outra característica do instrumento que merece ser destacada é a necessária e, por que não, essencial democracia participativa.

Agora, o desafio que se apresenta aos operadores do direito é o de efetivar esses instrumentos para que eles possam significar uma melhoria na qualidade de vida da população. Atentando, principalmente, para que a gestão democrática seja realmente efetiva e traduzida em

---

1 Fonte: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>. Acesso em: 12 jan. 2017.

melhorias na qualidade de vida da população de determinada cidade. É preciso tornar efetiva e palpável a participação democrática.

Por fim, é necessário destacar que, apesar de não ser obrigatório para todos os Municípios<sup>2</sup>, no Estado de Santa Catarina, 226 administrações municipais elaboraram o instrumento<sup>3</sup>. A questão que se coloca, portanto, é tanto da verificação e controle da forma de elaboração do Plano Diretor quanto de sua efetiva implementação. Pensamos que esse controle pode ser exercido pelo Promotor de Justiça, tanto na esfera extrajudicial quanto judicial, e, inexistindo o instrumento, pode o Município ser compelido a elaborá-lo, ainda que não esteja enquadrado nas hipóteses de obrigatoriedade previstas pela legislação.

## 2 AS NOVAS EXIGÊNCIAS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL: A INDISPENSABILIDADE DA PREVENÇÃO E DA GESTÃO DEMOCRÁTICA NOS DESAFIOS AMBIENTAIS

Não é novidade que, há muitos anos, as cidades<sup>4</sup> do País vêm crescendo em ritmo acelerado, retirando a população da zona rural e fazendo diminuir até mesmo o espaço territorial agrícola.<sup>5</sup> Essa perda territorial sofrida pelo campo implica, cada vez mais, em um processo de degradação dos recursos ambientais, não somente pela diminuição do espaço físico do meio agrícola mas também pelo crescimento descontro-

2 Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I - com mais de vinte mil habitantes; II - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III - onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV - integrantes de áreas de especial interesse turístico; V - inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

3 Fonte: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2015/default\\_ods.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2015/default_ods.shtm)>. (Tabela 10). Acesso em: 12 de jan. 2017.

4 “O que é, então, a cidade? Fixar seu conceito não é fácil. Para chegar-se à sua formulação, cumpre lembrar que nem todo núcleo habitacional pode receber o título de ‘urbano’. Para que um centro habitacional seja conceituado como urbano torna-se necessário preencher, no mínimo, os seguintes requisitos: (1) densidade demográfica específica; (2) profissões urbanas como comércio e manufaturas, com suficiente diversificação; (3) economia urbana permanente, com relações especiais com o meio rural; (4) existência de camada urbana com produção, consumo e direitos próprios. Não basta, pois, a existência de um aglomerado de casas para configurar-se um núcleo urbano.” In: SILVA, José Afonso da Silva. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 24.

5 CARRAMENHA, Roberto. **Município e Meio Ambiente possível a implementação de uma gestão ambiental adequada?** In: CARRAMENHA, Roberto. \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Urbanístico**. 4. Ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005. p. 220.

lado das cidades, muitas delas com grande parte da população vivendo marginalizada e sem acesso a condições mínimas de salubridade<sup>6-7</sup>.

Tais reflexões nos levam a concluir que uma política<sup>8</sup> urbano-ambiental e um processo de gestão ambiental municipal se fazem necessários em todos os Municípios brasileiros, pois se não houver uma adequada política ambiental, que considere fatores de urbanização, como a ocupação do solo, fatores ambientais, como a utilização dos recursos hídricos, por exemplo, e que considere, ainda, fatores do meio agrícola, como produtividade e perda territorial, não será possível a implementação de políticas e projetos preservacionistas e a expansão urbana, fenômeno inevitável, ocorrerá sem nenhum parâmetro ou forma de controle.

## 2.1 O CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

O meio ambiente deve ser compreendido como todos os fatores que envolvem a vida em determinado meio. Portanto, não podemos mais considerar o homem como mero espectador. Essa visão tradicional e apartada demonstra que tipo de relação mantemos com o ambiente, evidenciando aspectos como a proteção pontual, a falta de comprometimento das autoridades e da própria sociedade, a supremacia dos valores econômicos, por exemplo.

Em uma visão constitucional, o art. 225 transformou o meio ambiente em direito de todos<sup>9</sup> e bem de uso comum do povo, abrangendo

- 
- 6 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 627/631: “Diante do que foi afirmado, conclui o autor que, em face do quadro econômico do capitalismo – que não dá remédio às situações antes aludidas, mas antes acelera a separação entre os conjuntos habitacionais regulares e irregulares – *num futuro próximo a maioria da população mundial estará alojada nos conjuntos habitacionais irregulares.*” p. 631. (grifos no original.)
- 7 Os três estados da Região Sul apresentam taxas de município com rede coletora bastante próximas: Paraná (42%), Santa Catarina (35%) e Rio Grande do Sul (41%). Porém, apenas na primeira destas Unidades da Federação é dada uma maior importância ao tratamento do esgoto, já que dentre seus 168 municípios coletores, 164 tratam o esgoto. Ainda assim, a pouca atenção dada à questão do esgotamento sanitário em nível nacional fica bem evidente também na Região Sul, uma vez que seu dinamismo econômico – o segundo maior Produto Interno Bruto – PIB do País contrapõe-se a uma taxa de **60% de municípios com ausência de rede coletora** (sem grifos no original). Fonte: Atlas do Saneamento 2011 – IBGE. Acesso e qualidade das redes de saneamento segundo as Unidades da Federação. [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas\\_saneamento/default\\_zip.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm) Acessado em 26 de janeiro de 2017.
- 8 De acordo com Roberto Carramenha: “Por política devemos entender o sistema de regras respeitantes à direção dos negócios públicos, bem assim como o conjunto de objetivos que dão forma a determinado programa de ação governamental, condicionando a sua execução”. CARRAMENHA, op. cit., p. 226.
- 9 “Mas dizer do direito não é o mesmo que nomear seu titular ou beneficiário. A verbalização da norma constitucional se dá com o uso do vocábulo “todos”. Mas que todos? Uma primeira interpretação, restritiva, vê aí apenas os brasileiros e estrangeiros residentes no País.

também as relações do homem com o meio e todas as interações provenientes desse relacionamento. Assim, o conceito de meio ambiente engloba o meio ambiente natural, artificial, cultural, digital<sup>10</sup>, do trabalho, entre outros.

Segundo José Afonso da Silva, o conceito de meio ambiente inclui o mundo artificial e o mundo natural, compreendendo a água, o solo, o ar, o patrimônio histórico, paisagístico. Para o autor, “O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.”<sup>11</sup>

Para Édis Milaré, o meio ambiente “[...] pertence a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, como consequência da riqueza e complexidade do que encerra.”<sup>12</sup>

O conceito jurídico<sup>13</sup> de meio ambiente é trazido pela Lei Federal n. 6.938/81, que dispõem sobre a Política Nacional do Meio ambiente, e em seu art. 3º, inciso I, estabelece:

Para fins previstos nesta Lei, entende-se por:

meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

---

De modo diverso, parece que o melhor entendimento é aquele que garante a qualquer pessoa, residente ou não, o benefício de tal direito. Não há nisso ofensa à soberania, pois é interpretação oriunda da visão holística e universalista do meio ambiente, amparada nos tratados internacionais, ao longo dos anos, celebrados e ratificados.” BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

10 **O meio ambiente cultural por via de consequência manifesta-se no século XXI em nosso país exatamente em face de uma cultura que passa por diversos veículos reveladores de um novo processo civilizatório adaptado necessariamente à sociedade da informação**, a saber, de uma nova forma de viver relacionada a uma cultura de convergência em que emissoras de rádio, televisão, o cinema, os videogames, a internet, as comunicações por meio de telefones fixos e celulares etc moldam uma “nova vida” reveladora de uma nova faceta do meio ambiente cultural, a saber, **o meio ambiente digital**. (grifos no original) (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68).

11 SILVA, José Afonso da Silva. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 2.

12 MILARÉ, Edésio. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 52.

13 “O Direito Ambiental brasileiro, por sua vez, acolheu na regulação jurídica do ambiente, um conceito amplo. Conforme pontua Erasmo Ramos, ‘a definição legal brasileira de meio ambiente foi fortemente influenciada pelo direito anglo-saxão, precisamente pelo direito norte-americano. Trata-se de uma definição geral que goza de uma abrangência excepcional englobando, além da fauna, flora e solo, águas, ar, clima, também os aspectos paisagísticos e o meio ambiente criado pelo ser humano em âmbito cultural, econômico e social.’ De modo a ancorar normativamente tal entendimento, destaca-se o conceito de meio ambiente trazido pelo art. 3º, I, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81).” In: SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental*. Introdução, Fundamentos e Teoria Geral. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 311.

Portanto, para garantir o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente e o direito à cidade sustentável<sup>14</sup>, é preciso que os Municípios adotem este conceito amplo de meio ambiente.

## 2.2 DESCENTRALIZAÇÃO E A POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

No Brasil, a descentralização política advinda da Constituinte de 1986 ensejou modificações no modo de resolução de conflitos, principalmente devido ao deslocamento dos centros de poder; novos atores e novos centros de decisão foram inseridos no contexto relativo à gestão das cidades.

No caso da Federação Brasileira, as relações intergovernamentais foram (re)definidas durante a redemocratização do país, o que tornou o processo de descentralização extremamente identificado com a retomada da democracia. Além de proporcionar o estabelecimento de um processo democrático no país, a descentralização, por meio da distribuição para os governos subnacionais das finanças concentradas na esfera federal, também gerou a expectativa de um aumento das políticas de combate às desigualdades sociais.<sup>15</sup>

O processo de descentralização, acentuado a partir da década de 1990, transferiu inúmeras responsabilidades e desafios aos Estados e Municípios<sup>16</sup>; não podemos deixar de mencionar que essa transferência ocorreu, muitas vezes, de forma desequilibrada. Aos Municípios foi delegada a responsabilidade pela manutenção e implementação de políticas de saúde, habitação, educação e, em contrapartida, um repasse escasso de recursos que continuam ainda concentrados na União.<sup>17</sup>

14 "Referido direito a cidades sustentáveis tem sua natureza jurídica claramente estabelecida não só no plano constitucional (arts. 183, 183 e 225 da CF), mas particularmente em decorrência do que determina o art. 53 da Lei n. 10.257/2001, que, ao acrescentar um novo inciso ao art. 1.º da Lei n. 73347/85, outorga caráter de direito metaindividual (difuso/coletivo) à denominada ordem urbanística.

[...] A garantia do direito a cidades sustentáveis, a saber, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, significa, em consequência, importante diretriz destinada a orientar a política de desenvolvimento urbano em proveito da dignidade da pessoa humana e seus destinatários - os brasileiros e estrangeiros residentes no País -, a ser executada pelo Poder Público municipal, dentro da denominada tutela dos direitos materiais metaindividuais." In: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 637/638.

15 BAGGIO, Roberta Camineiro. **Federalismo no contexto da nova ordem global**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 116.

16 MACICATO, Ermínio. **Limitações ao planejamento urbano democrático**. In: Temas de Direito Urbano Ambiental. Belo Horizonte: Forum, 2006. "Há, ainda, uma questão que deve ser mencionada: "a descentralização no Brasil se dá, de fato, por ausência, tendo em vista o recuo do poder central".

17 [...] ao tempo em que se defende a descentralização para Estados e Municípios das políticas sociais,

No entanto, mesmo após a Constituição Federal de 1988, a parcela dos Municípios que efetivamente dispõe de recursos, tanto financeiros quanto humanos, para cumprir com seu papel constitucional, limita-se, na maioria das vezes, àqueles de grande porte.

Na maioria dos casos [...] o que predomina são municípios de pequeno porte, com economia de base agrícola pouco diversificada, estagnadas ou em crise, sendo por isso mesmo desprovidos de condições mínimas de sustentação e necessitando da solidariedade dos governos estaduais e federal.<sup>18</sup>

A Carta Constitucional de 1988 teve o Município como ator principal na redistribuição de competências entre os entes federativos. Percebe-se que o Município foi o grande receptor de encargos. De acordo com a doutrina de Edésio Fernandes, com a Constituição de 1988, “Foi reconhecido um novo direito social – o direito ao planejamento urbano [...] E, mais do que isto, pela primeira vez a população foi considerada, até certo ponto, como agente político [...]”<sup>19</sup>

As novas demandas sociais exigiram um enfoque inovador. Assim, como as unidades administrativas municipais não são capazes de prover os direitos assegurados na legislação, o que se verifica cotidianamente é o acesso a esses direitos difusos, coletivos ou transindividuais via Poder Judiciário, sendo o Ministério Público um dos principais intermediadores.

Todavia, apesar das muitas dificuldades, os municípios mostram-se como o local capaz de atender de maneira mais eficiente as demandas mais imediatas, com condições favoráveis para uma ação transformadora<sup>20</sup>, pois o poder central não é capaz de entender e processar a pluralidade de sujeitos e de culturas, esta é uma tarefa local.

Justamente por isso é que o papel desempenhado pelo município na proteção/preservação do meio ambiente é de essencial importância para o sucesso das políticas ambientais e urbanísticas, motivo pelo qual a distribuição da competência em matéria de meio ambiente é concorrente entre União, Estados e Municípios, art. 23, VI, VII, CF/88. Portanto, os

---

desconsiderando-se, inclusive, a capacidade altamente heterogênea dos mesmos para a sua execução, busca-se a redução dos recursos disponíveis para as esferas subnacionais. SOUZA, C. Reforma do Estado, Descentralização e desigualdades. In. *Revista Lua Nova* n. 48-099. p. 197.

18 SOUZA, Carvalho. apud BAGGIO, R. C. p. 120 op., cit.

19 SOUZA, Carvalho. apud BAGGIO, R. C. p. 122 op., Cit.

20 MARCICATO, Ermínio. **Limitações ao planejamento urbano democrático.** In. *Temas de Direito Urbano-ambiental.*



Municípios devem contribuir na implementação e regulamentação de atividades, projetos e políticas ambientais.

Nesse cenário, o sistema da Política Nacional do Meio Ambiente<sup>21</sup>, Lei Federal n. 6.938/81, propôs a descentralização da aplicação das leis ambientais nos Municípios, tornando-os competentes para a aplicação, fiscalização e proteção que antes ficava restrita ao âmbito central.<sup>22</sup>

Assim, após a Constituição Federal de 1988, os Municípios foram incluídos no rol dos entes federativos, passando a acumular mais competências, aumentando ainda mais o seu papel na preservação ambiental, de executor passaram também a ser agentes ativos na formulação das leis.

A fim de que os Municípios realmente consigam desempenhar esse papel, é preciso que utilizem os vários instrumentos, tanto jurídicos quanto tecnológicos e científicos para que possam realizar um trabalho efetivo de proteção e fiscalização, o que nem sempre tem ocorrido. De acordo com Vanêsa Prestes, “[...] poucos municípios efetivamente gerenciam o seu meio ambiente, bem como têm dados disponíveis sobre qualidade de seu ar, sua vegetação, patrimônio histórico-cultural.”<sup>23</sup>

Apesar de todas as dificuldades enfrentadas pelos Municípios, é neles que depositamos grande parcela de responsabilidade, principalmente por ser uma esfera de poder próxima do povo, além de ser campo fértil para a atuação do Promotor de Justiça.

### 2.3 OS MUNICÍPIOS E A POLÍTICA MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE

Muitos são os instrumentos de que dispõem os Municípios para traçar diretrizes e estabelecer sua Política Municipal do Meio Ambiente. Tais instrumentos estão estabelecidos, por exemplo, na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal n. 6.938/81, art. 9º) e no Estatuto da Cidade.

21 “Para a época, representou um marco fundamental na proteção ao meio ambiente. Todavia tinha um cunho centralizador e práxis precária, na medida em que os entes locais de proteção pouco se integraram ao sistema”. (PRESTES, V. B. **Municípios e meio ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental**. *Temas de Direito Urbano-ambiental*. Belo Horizonte: Forum, 2006. p. 34).

22 “É indiscutível que a descentralização político-administrativa e financeira, associada à redemocratização e às disposições da Constituição de 1988, aumentou a autonomia das instâncias subnacionais de poder, favoreceu a ampliação dos espaços de participação e a emergência de experiências inovadoras em programas sociais e nos próprios modelos de gestão”. SOUZA, C. apud BAGGIO, op. cit., p. 122.

23 PRESTES, Vanêsa Buzelato, op. cit., p. 31.

Para o presente estudo nos interessa, em especial, o Plano Diretor<sup>24</sup>, instrumento básico da Política Municipal do Meio Ambiente e expansão urbana, obrigatório para Municípios com mais de 20 mil habitantes, inseridos em regiões metropolitanas e aglomerados urbanos, integrantes de áreas de especial interesse turístico, inseridos em áreas de influência de empreendimentos ou atividades que causem impacto ambiental regional ou nacional, suscetíveis à ocorrência de deslizamento de grande impacto, inundações bruscas ou processos correlatos ou para Municípios que pretendam utilizar os instrumentos de política urbana inseridos no artigo 182, § 4º, da Constituição Federal.

Verifica-se que as hipóteses de compulsoriedade do Plano Diretor estão intimamente relacionadas às questões ambientais e urbanísticas, sendo certo concluir, portanto, tratar-se de um instrumento eficaz de gestão ambiental.

O Plano Diretor, ou Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado, constitui-se de um aglomerado de normas técnicas, traçadas em conjunto com a sociedade, para o desenvolvimento equilibrado e constante do Município, considerando aspectos sociais, econômicos, administrativos e ambientais, integrados aos anseios da população.

Interessante ressaltar que o Plano Diretor não é um plano executivo, mas de planejamento, portanto, não pode prever detalhes e especificidades técnicas, suas diretrizes aplicam-se a todo o território do Município, tanto à zona urbana quanto à zona rural<sup>25</sup>. Desse modo, apresenta-se em consonância com o atual conceito de meio ambiente, pois considera a maioria dos fatores que influenciam no desenvolvimento do Município buscando uma visão ampla dos problemas a serem enfrentados.

Para Edésio Fernandes,

Em última análise, toda e qualquer lei urbanística ou ambiental implica em materializar o princípio da função social da propriedade, que é, sem dúvida o princípio fundamental do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental. [...] com a Constituição Federal de 1988, o princípio da função social da propriedade urbana encontrou uma fórmula conceitual

24 Plano diretor é um conjunto de normas obrigatórias, elaboradas por lei municipal específica, integrando o processo de planejamento municipal, que regula as atividades e os empreendimentos do próprio Poder Público Municipal e das pessoas físicas e jurídicas, de Direito Privado ou Público, a serem levados a efeito no território municipal. In: MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 449.

25 CARRAMENHA, R. obra citada.

consistente, que pode ser assim sintetizada: o direito de propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida sua função social, que por sua vez é aquela determinada pela legislação urbanística, sobretudo no contexto municipal. Cabe ao Governo municipal promover o controle jurídico do processo de desenvolvimento urbano através da formulação de políticas de ordenamento territorial, nas quais os interesses individuais dos proprietários necessariamente coexistem com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo.<sup>26</sup>

Portanto, a partir do Plano Diretor é que se estabelecem instrumentos executivos de urbanização ou de reurbanização condicionantes do uso e ocupação do solo e dos loteamentos urbanos, bem como o zoneamento do município e a limitação ao exercício da propriedade privada, a qual deve ser utilizada considerando-se a função social e ambiental da propriedade.<sup>27</sup>

#### 2.4 O INCISO XII DO ARTIGO 2º DO ESTATUTO DA CIDADE: PROTEÇÃO, PRESERVAÇÃO E RECUPERAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

O Estatuto da Cidade<sup>28</sup>, além de prever regras de ordem urbanística, também se tornou um importante instrumento de proteção do meio ambiente<sup>29</sup>.

Tal dispositivo é revelador no tocante a um dos objetivos almeçados pelo Estatuto da Cidade, qual seja, o de proteção do meio ambiente, entendido aqui de forma ampla. O Plano Diretor, da mesma forma, deve visar, dentre outros objetivos, a função social da cidade e da propriedade, também a proteção, preservação e recuperação do ambiente,

26 FERNANDES, E. *Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: Algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil*. In: MATTOS, Liana Portilho de (Org.). *Estatuto da Cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 31-64.

27 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 170, III.

28 Luiz Roberto da Mata, em seu artigo, o Estatuto da Cidade à luz do Direito ambiental aponta algumas fragilidades de tutela do meio ambiente inseridas no Estatuto, sustenta que “o Estatuto da Cidade cuida da questão da proteção ambiental de forma insatisfatória e assimétrica, razão pela qual revela-se necessária a conjugação dele com o ordenamento jurídico de tutela do meio ambiente” MATTA, L. R. *O Estatuto da Cidade à luz do Direito Ambiental*. In: II Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico Avaliando o Estatuto da Cidade. Obra citada.

29 Estatuto da Cidade: Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] XII- proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico [...].

o que pode ser traduzido como a função ambiental da propriedade ou da própria cidade.

Interessa destacar que a importância do Plano Diretor vai muito além da mera estipulação de regras para o meio urbano, uma vez que traz também a preocupação com a questão ambiental e deve incluir, portanto, o tratamento das Áreas de Preservação Permanente, muitas vezes situadas no limiar das cidades, assim como das demais formas de floresta ou de vegetação<sup>30</sup>, como condição de equilíbrio e preservação dessas áreas, cuidando, por exemplo, de proibir a instalação de determinadas indústrias ou de loteamentos urbanos próximos a tais áreas.

### 3 AS DISTORÇÕES DO SISTEMA DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: A OBRIGATORIEDADE OU NÃO DO PLANO DIRETOR PARA MUNICÍPIOS NÃO INCLUÍDOS NO ROL DO ESTATUTO DA CIDADE

A Constituição Federal de 1988 consagra a participação popular, não somente como um direito (art. 5º, LV, art. 198, III, entre outros), mas também como um dever, pois o sistema de Estado Democrático de Direito, adotado constitucionalmente a partir de 1988, somente funciona se houver colaboração, trabalho em conjunto entre sociedade e Administração Pública<sup>31</sup>.

São várias as disposições normativas que estabelecem instrumentos e princípios de transparência e participação popular no processo de gestão da *res publica*. O exemplo que melhor expressa a importância desta participação talvez seja o Orçamento Participativo<sup>32</sup>, amplamente difundido em vários municípios brasileiros e que se constituiu como

30 Alteração introduzida pelo Código Florestal, Lei n. 4.771/65, modificado pela Lei n. 7.803/89. Posteriormente, a Medida Provisória n. 2.166-67/2.001 exigiu a existência de Plano Diretor como condição prévia para a supressão da vegetação de preservação permanente.

31 O Prof. Gomes Canotilho afirma que “em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 11/132.

32 DANIEL, Celso. *Gestão local no limiar do novo: desafios dos novos governos democráticos e populares no Brasil*. In: FERNANDES, E. obra citada. p. 514.

condição obrigatória para a aprovação do orçamento pelo Poder Legislativo Municipal, conforme art. 4º, III, “f”, do Estatuto da Cidade.

No mesmo sentido, a Lei n. 10.257/01, Estatuto da Cidade, implementa diversos instrumentos de gestão democrática das cidades, o referendo popular, o plebiscito, a iniciativa popular de projeto de lei de desenvolvimento urbano, a audiência e a consulta pública. Assegura, ainda, a publicidade e o acesso aos documentos e informações no processo de elaboração do plano diretor.

O art. 2º, inciso II, do Estatuto da Cidade prevê:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] II- gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano [...] <sup>33</sup>

Também o art. 40:

Art. 40 O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. [...] § 4º - No processo de elaboração do Plano Diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II - a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III - o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Esse novo modelo de participação não pressupõe a falência do modelo representativo, ao contrário, é uma complementação que busca assegurar, acima de tudo, a democracia. Para Carlos Ayres Brito,

[...] a participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano de sua criação, que se pode entender a locução “Estado Democrático” como sinônimo perfeito de “Estado Participativo”.<sup>34</sup>

33 MATOS, Liana Portilho. (Org.) **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: mandamentos, 2002. “A Gestão democrática da cidade é uma diretriz em consonância direta com o princípio da soberania popular (artigo 1º, parágrafo único): “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

34 BRITO, C. A. Estatuto da Cidade Comentado, In. MATOS, L. P. (Org.). *Op. cit.* p.121.

Essas diretrizes revelam que a noção de esfera pública não se reduz à esfera estatal, pois tal pensamento já não se sustenta tendo em vista a Carta Magna de 1988, que introduziu uma nova perspectiva e um novo modelo de governar, assentado na democracia participativa direta ou semidireta, cujo pressuposto básico é aproximar a decisão dos cidadãos. Afinal, são eles, ou melhor, nós, que sabemos das necessidades e conhecemos as dificuldades cotidianas das cidades.

### 3.1 A DISTORÇÃO DO SISTEMA PARTICIPATIVO

A participação popular está garantida por lei e sua obrigatoriedade deve ser assegurada, se necessário, também pela via judicial<sup>35</sup>. Cabe a cada Estado e a cada município quando da elaboração da Constituição Estadual e da Lei Orgânica Municipal, (art. 29, inciso XII, da CF), assegurar a obrigatoriedade da participação popular, pois o § 5º do art. 40 do Estatuto da Cidade, que previa a nulidade da lei que instituísse o Plano Diretor em desacordo com o disposto no § 4º<sup>36</sup>, anteriormente citado, foi vetado, sob a alegação de violação ao princípio federativo da autonomia municipal, segundo o qual não é da competência da Lei n. 10.257/01 regular o processo legislativo dos Municípios, condicionando-os à participação popular.<sup>37</sup>

35 MARTINS, W. P. Participação popular no Estatuto da Cidade. In... Temas de Direito Urbanístico. Publicação Oficial do Ministério Público do Estado de São Paulo. Obra citada: "A inobservância de quaisquer dos incisos do § 4º do art. 40 (ou a imperfeição de seu processo ou de sua convocação) conduzirá a nulidade do plano diretor, máxime o da participação popular expressa no inciso I, cuja observância é obrigatória". No mesmo sentido os julgados do TJ/RS: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 70002576072, TRIBUNAL PLENO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: CLARINDO FAVRETTO, JULGADO EM 05/05/2003" "Ação direta de inconstitucionalidade - lei municipal n. 1.635/2001 de GUAÍBA que altera o art. 55 da lei municipal nº 1.102/92 (plano diretor) - ordenamento urbano local - ausência de participação das entidades comunitárias legalmente CONSTITUÍDAS na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território - falta de ampla divulgação e da devida publicidade - risco de prejuízos irreparáveis ao meio ambiente e à qualidade de vida da população pela não concretização do prévio estudo de impacto ambiental para viabilizar a alteração prevista na lei impugnada - afronta aos artigos 1º, 8º, 19, 177, § 5º, e 251 da Constituição estadual e artigos 29, inciso XII e 37 'caput' da constituição federal. Ação julgada procedente". "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Norma municipal. Lei complementar municipal que altera o plano diretor do município de Bento Gonçalves. Inconstitucionalidade formal. Ausência de participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes. Violação ao § 5º do art. 177 da carta estadual. Fonte: TJ/RS: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 70002576072, TRIBUNAL PLENO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: CLARINDO FAVRETTO, JULGADO EM 5/5/2003".

36 § 4º- No processo de elaboração do Plano Diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I- a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II- a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III- o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos".

37 A falha do Estatuto da Cidade pode ser superada com a aplicação da Lei de Improbidade administrativa Lei n. 8.429/92 e de suas fórmulas amplas no combate a supressão da transparência administrativa.

A fundamentação para a manutenção do veto não se sustenta, pois é a própria Constituição Federal que dispõe, como já referido, a exigência da participação popular em seu art. 1º parágrafo único. No mesmo sentido, pode-se sustentar que o § 4º do art. 40 do Estatuto da Cidade não é uma faculdade e, apesar do veto do § 5º, deve ser interpretado como de caráter obrigatório, concluindo, então, que a participação democrática na elaboração dos instrumentos de política ambiental e urbana pode ser garantida pela atuação do Ministério Público, seja na esfera judicial ou extrajudicial.<sup>38</sup>

A influência e a intensidade de tal participação perante a Administração Pública são condicionadas à legitimação da lei, ou seja, é da competência da lei dosar o peso da participação e sua influência no processo decisório, se consultivo ou deliberativo, se a composição será minoritária ou majoritária, se o resultado das deliberações será ou não vinculante, se o momento da participação será anterior ou posterior, por exemplo.

Muitos desafios ainda se apresentam quando falamos em gestão democrática, além da obrigatoriedade da participação e da vinculação ou não das decisões populares, como a discussão sobre a capacitação dos dirigentes das instâncias municipais sobre normas e conceitos ambientais e urbanísticos, a existência de estruturas administrativas que possibilitem uma real gestão democrática, a conscientização da população para os problemas de ordem ambiental e urbanística para que tenha condições efetivas de reivindicar seu direito a um meio ambiente sadio e a uma cidade equilibrada, além de participar de modo qualitativo das instâncias de deliberação.

Adverte Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>39</sup>:

[...] oportuno considerar que o resultado dessa omissão participativa é um prejuízo a ser suportado pela própria coletividade, porquanto o direito ao meio ambiente possui natureza difusa. Além disso, o fato de a administração desse bem ficar sob a custódia do Poder Público não elide o dever de o povo atuar na conservação e preservação do direito do qual é titular.

38 MARTINS, W. P. Participação popular no Estatuto da Cidade. Obra citada "E o faço porque está configurada, na espécie, a plausibilidade da argumentação do Sr. Procurador-Geral de Justiça, ressentindo-se o diploma legal contestado dos apontados vícios, na medida em que houve desobediência ao princípio constitucional da participação popular, em se tratando de política urbana do município, pois a reunião realizada para a aprovação do projeto de lei contou apenas com as presenças de entidades interessadas na alteração do zoneamento industrial, ausente a ampla divulgação e a devida publicidade.

39 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit. p. 132.



O princípio da participação constitui ainda um dos elementos do Estado Social de Direito (que também poderia ser denominado Estado Ambiental de Direito), porquanto todos os direitos sociais são a estrutura essencial de uma saudável qualidade de vida, que, como sabemos, é um dos pontos cardeais da tutela ambiental.

Assim, impossível argumentar se o prejuízo maior advém da ausência da participação popular ou da não efetividade dessa via de participação. Todavia, são desafios que devem ser enfrentados pelo Ministério Público com soluções práticas, eficazes e criativas.

### 3.2 O CRITÉRIO DE EXIGÊNCIA DO PLANO DIRETOR

O Plano Diretor não foi introduzido pela Constituição Federal de 1988, existia anteriormente, mas em outros moldes, servindo principalmente para a arrecadação de recursos para investimentos e implementação de programas nos Municípios, era condição para a liberação de verbas, sendo de fiscalização pouco eficiente. Um dos principais problemas que os Planos Diretores apresentavam era basear-se em uma concepção estática de processo urbano: a cidade era imaginada de forma ideal e transposta para a cidade real.<sup>40</sup> Elaborados de forma tecnicista, não se preocupavam com os reais problemas urbanos, ocasionando o não aproveitamento do potencial das cidades, gerando concentração e especulação imobiliária nos centros e marginalização das periferias.<sup>41</sup>

Com a Constituição Federal de 1988, o Plano Diretor ganhou uma nova abordagem, foram introduzidos conceitos como função social da propriedade urbana, de acordo com o art. 183 da Carta Constitucional<sup>42</sup>, e o caráter urbanístico foi incorporado ao Plano Diretor, o que trouxe a possibilidade de implementação de diversos instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade para a regularização do solo, como a outorga onerosa do direito de construir, o direito de preempção, entre outros.

40 PINTO, Vitor Carvalho. **Regime Jurídico do Plano Diretor**. In: Temas de Direito Urbanístico 3. ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

41 MENDONÇA, Jupira Gomes. Aspectos da legislação urbanística que precedeu a CF 88 a) supervalorização de áreas centrais, excessiva concentração das atividades construtivas e conseqüente encarecimento da cidade; b) rígida setorização das atividades; com tratamento desigual dos espaços urbanos, refletindo nos parâmetros de ocupação, alta densidade populacional. In FERNANDES, Edésio. **Direito Urbanístico e política Urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 152-153.

42 Art. 183 Constituição Federal: "Aquele que possui como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural."



Atualmente, o Plano Diretor é considerado o instrumento básico do desenvolvimento e do planejamento urbano, nos termos do artigo 40 do Estatuto da Cidade. Tal dispositivo destaca a importância do instrumento para o desenvolvimento sustentável, bem como para a proteção ambiental das cidades. Analisando conjuntamente o art. 41 e o art. 50, ambos do Estatuto da Cidade, deparamo-nos com algumas dúvidas. O art. 50 diz que:

Os municípios que estejam enquadrados na obrigação prevista nos incisos I e II do art. 40 desta Lei que não tenham Plano Diretor aprovado na data de entrada em vigor desta Lei, deverão aprová-lo no prazo de cinco anos.

Portanto, aos Municípios com mais de 20 mil habitantes e aos Municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, foi concedido o prazo de cinco anos para aprovarem a lei que institui o plano diretor. Já os demais Municípios obrigados expressamente a adotarem o Plano Diretor, ou seja, Municípios que se enquadram nos demais incisos<sup>43</sup>, não possuem prazos definidos para a implementação do instrumento.

Nesse último caso, a obrigatoriedade passa a existir somente após um ato estatal. Conclui-se, portanto, que a implementação do Plano Diretor deve ocorrer tão logo tal condição se perfectibilize, isto é:

[...] quando houver a intenção de se utilizar dos instrumentos de implementação de políticas urbanísticas previstas na Constituição (inciso III), quando a cidade for inserida em área de especial interesse turístico (inciso IV) ou em área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental (inciso V).<sup>44</sup>

Não nos interessa aqui discutir a fundo essa questão, mas, sim, a lacuna deixada pelo Estatuto da Cidade quanto aos Municípios com menos de 20 mil habitantes e que não se enquadram nos demais incisos do artigo 41 da referida Lei.

Desses Municípios não é exigida a implementação do Plano Di-

43 Art. 49: III- onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV- integrantes de áreas de especial interesse turístico; V- inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional;”

44 De acordo com CÂMARA, Jacinto Arruda, *Estatuto da Cidade Comentado*: “Tendo em vista o exposto, há de se concluir que o rol de cidades obrigadas a editar o plano diretor (art. 41)- aquelas inseridas nos incisos I e II- recebeu o prazo de cinco anos para a implementação. As demais (incisos III a V) devem editar o plano tão logo a condição prevista em lei se perfeça...”. CÂMARA, J.A. *Estatuto da Cidade Comentado*. In. DALLARI, A.A. e FERRAZ, T. S. (Org.) São Paulo Malheiros, 2002.

retor, ou seja, o instrumento básico, essencial da política de desenvolvimento urbano, de proteção ambiental e de garantia de um direito à cidade sustentável e equilibrada, restrição que deixa de lado inúmeros Municípios brasileiros.

É sabido que a população do interior dos Estados migra para grandes centros, os dados estatísticos indicam que, no ano de 2010, mais de 84% da população vivia na área urbana<sup>45</sup>, o que demonstra que as cidades vêm tendo que suportar um número cada vez maior de migrantes, aumentando a necessidade crescente de infraestrutura, emprego, saúde, transporte, habitação, e acarretando inúmeros outros problemas.

Assim, vale questionar qual a justificativa constitucional para que o Estatuto da Cidade tenha deixado de fora da obrigação de elaboração dos Planos Diretores os municípios com menos de 20 mil habitantes. Talvez pela adoção dos parâmetros internacionais do Habitat II<sup>46</sup>, segundo o qual são consideradas cidades somente as localidades com mais de 20 mil habitantes.

Porém, não nos parece que seja uma explicação lógica para excluir da obrigatoriedade de elaboração do Plano Diretor todos os Municípios, tenham eles menos de vinte mil habitantes ou não estejam listados no Estatuto da Cidade, isso porquanto questões de planejamento devem estar presentes em todas as cidades, sejam elas grandes, médias ou pequenas. A falta de um planejamento sério e participativo, como o Plano Diretor, pode acabar dificultando o desenvolvimento equilibrado destas cidades e trazendo problemas de difícil solução.

Ademais, a questão da proteção ambiental por meio do Plano Diretor torna-se de grande relevo, pois com frequência esses pequenos Municípios, que não contam com a presença de ONGs ou com a atuação constante de organismos de fiscalização, não estão livres da poluição, seja como poluidor, seja como receptor de empreendimentos que causam significativa degradação. Outrossim, não raras vezes, é nessas pequenas comunidades que encontramos um maior índice de cobertura vegetal e de espécies animais, e a construção de empreendimentos ou a instalação de empresas poluidoras poderá comprometer toda a população, pois, sem o devido planejamento, mesmo com a concessão de

45 Fonte: <<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

46 Segunda Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos - Habitat II, realizada na cidade de Istambul, Turquia, em 1996.

alvará pela prefeitura, não há delimitação ou planejamento que reflita possíveis impactos e, principalmente, que discuta com a população o zoneamento da cidade.<sup>47</sup>

Portanto, a implementação do Plano Diretor visando, prioritariamente, a orientar o desenvolvimento sustentável e a manutenção da população nas cidades menores são essenciais tanto para a saúde desses Municípios quanto para desacelerar o ritmo de crescimento das grandes cidades, que há muito já não suportam o fluxo de aumento de população.

#### **4 A NÃO OBRIGATORIEDADE DO PLANO DIRETOR COMO LIMITE À GESTÃO AMBIENTAL DEMOCRÁTICA?**

A prerrogativa de participação popular está prevista no Estatuto da Cidade, no Capítulo da Gestão Democrática, facultando à população, como uma das formas de participação, a iniciativa popular de projeto de leis e de planos. Em seu artigo 43, dispõe que:

Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: [...] IV- iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

O Estatuto da Cidade inovou em matéria de iniciativa popular, pois possibilitou a participação dos cidadãos na propositura de políticas urbanas, no entanto a participação popular é direito político assegurado constitucionalmente. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, assegurou, em seu Capítulo IV - Dos Direitos Políticos, a iniciativa popular<sup>48</sup>.

Para que essa participação ocorra, uma série de requisitos devem ser observados. Segundo a Lei Federal n. 9.709/98: quórum mínimo de participação do eleitorado brasileiro; 1% dos eleitores brasileiros distribuídos por, pelo menos 5 Estados, com não menos de 0,3% dos eleitores daqueles Estados. No âmbito estadual, a Constituição Estadual de Santa Catarina<sup>49</sup> prevê que a iniciativa popular será tomada por, no

47 De acordo com Wallace Paiva Martins: "E mais preocupante consequência [sic] da ausência de planejamento é o impedimento de novos empreendimentos, com a preservação dos índices e usos existentes." MARTINS, W. P. Participação popular no Estatuto da Cidade. Op. Cit. p. 216.

48 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: [...] III- iniciativa popular.

49 Art. 50 § 1º: A iniciativa popular de leis será exercida junto à Assembleia Legislativa pela apresentação de

mínimo, um por cento dos eleitores do Estado, distribuídos por, pelo menos, vinte Municípios, com não menos de um por cento dos eleitores de cada um deles.

Obstáculos tão rígidos acabam por dificultar ou até mesmo impedir a participação popular na forma de iniciativa de projetos de lei, como se constata devido à rara utilização desses instrumentos pela população desde sua implementação pela Carta Constitucional de 1988. Torna-se muito mais fácil conseguir que um deputado ou vereador apresente, em seu nome, o projeto de lei, do que conseguir as assinaturas, que, em âmbito nacional, representam um número bastante elevado de eleitores.

Já nos Municípios esse instrumento pode ser utilizado de maneira mais efetiva, pois o quórum para propositura de projeto de lei é de 5% do eleitorado, segundo o art. 29, inciso XIII, da Constituição Federal, reproduzido pelo artigo 111, inciso XIII, da Constituição Estadual Catarinense. Sua utilização deve ser estimulada porque, “mesmo sendo a iniciativa popular legislativa um processo de participação bastante complexo, a sua utilização tem fortes consequências pedagógicas, contribuindo para a formação de uma cultura cívica popular.”<sup>50</sup>

Além da iniciativa popular de projeto de lei, o Estatuto da Cidade inovou ao trazer um instrumento que pode representar uma verdadeira participação democrática nas cidades, pois está desvinculada dos requisitos formais de legalidade: a propositura de projetos e planos de desenvolvimento urbano, mostrando um caminho novo e mais fácil de ser trilhado pela população na busca do diálogo com os poderes políticos constituídos.

A propositura de programas e planos de desenvolvimento urbanístico e de projetos de lei pode ser a solução democrática para que os Municípios com menos de 20 mil habitantes elaborem o seu Plano Diretor, contribuindo, ao mesmo tempo, para criar uma consciência na população de participar.

Já referimos anteriormente que o Estado Democrático de Direito exige mais do que leis que obriguem à participação da população nos processos decisórios, o novo modelo proposto pela Carta Constitucio-

---

projeto de lei subscrito por no mínimo um por cento dos eleitores do Estado, distribuídos por pelo menos vinte Municípios, com não menos de um por cento dos eleitores de cada um deles. [http://www.ale.sc.gov.br/portal\\_ale/sc/sites/default/files/constituicao\\_compilada\\_EC72.pdf](http://www.ale.sc.gov.br/portal_ale/sc/sites/default/files/constituicao_compilada_EC72.pdf). Acesso em: 17 de jan. 2017.

50 PORTILHO, op. cit., p. 314.

nal pressupõe, acima de tudo, uma população interessada em buscar a efetivação de seus direitos, que assuma a sua parcela de deveres e de responsabilidades.

O senso comum cotidiano acredita que a simples existência de um conjunto de leis e de garantias é capaz de assegurar a democracia e a resolução dos problemas urbano-ambientais. Se assim fosse, com uma lei de âmbito nacional, que obrigasse todos os Municípios brasileiros a elaborarem seu Plano Diretor, todos os problemas de gestão democrática, de sustentabilidade, direito à cidade, função social e ambiental da propriedade e da cidade, estariam resolvidos.

Percebemos que o senso comum cotidiano acredita que através da aplicação e do uso da Lei, seja possível criar mecanismos de aperfeiçoamento das relações sociais, gerenciar conflitos e ainda administrar questões urbanas e ambientais, a fim de garantir um melhor nível de vida à população. Mas, será que a simples existência de um conjunto de planos diretores, pode articular as relações sociais entre os diversos atores da cena urbana, e disciplinar suas ações, nesta nova era de uma sociedade pós-moderna, econômica e culturalmente condicionada pelos ritmos dos fluxos de informações, do consumo e de uma economia em escala mundial?<sup>51</sup>

No entanto, podemos afirmar que a simples existência de uma Lei não resolve os problemas e não melhora a vida das pessoas. Mas, muitas vezes, a inexistência de uma lei pode dificultar ou até mesmo impossibilitar a realização de um direito. Portanto, é preciso que se reconheça o papel desempenhado pela legislação, pois é ela que irá garantir a defesa dos interesses em juízo. Assim, o que propomos é uma visão equilibrada do papel desempenhado pela legislação, tendo a consciência de que ela, por si só, não resolve problemas, mas, ao mesmo tempo, tem papel fundamental enquanto garantidora de direitos.

Se a Constituição e as leis garantem a possibilidade e a necessidade de participação popular, resta saber se, e como, o Promotor de Justiça pode garantir a efetivação desses comandos na elaboração/revisão do Plano Diretor.

---

51 DANIEL, C. op. cit., p. 414.

## 5 AS POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA INEXISTÊNCIA OU NÃO IMPLEMENTAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES

O artigo 129<sup>52</sup> da Carta Magna elenca as funções institucionais do Ministério Público, entre elas “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente<sup>53</sup> e de outros interesses difusos e coletivos”. Assim, se no passado havia discussão acerca da legitimidade do *Parquet* para matérias ambientais e urbanísticas, o tema está, atualmente, superado<sup>54</sup>.

Assim, se o Ministério Público tem a função constitucional de defender os direitos difusos e coletivos e se o meio ambiente equilibrado é direito de todos, incluindo aí a ordem urbanística, a conclusão a que se pode chegar é que deve haver atuação ministerial nesses casos.

Portanto, é legítimo ao Promotor de Justiça instaurar Inquérito Civil e até mesmo promover Ação Civil Pública para garantir que o Município elabore o Plano Diretor e observe o processo democrático da participação popular.

Celso Daniel afirma que:

O governo local deve criar espaços de diálogo e democracia que facultem a todos os setores participarem (por exemplo, os excluídos, os setores não organizados etc.) caso contrário, seria possível que os setores organizados

52 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; 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; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - 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. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2017.

53 No ano de 2015, o Ministério Público de Santa Catarina ajuizou 327 ações civis públicas para a proteção ao meio ambiente. Fonte: Relatório de Gestão Institucional: <https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=1965>. Acesso em: 18 de jan. 2017.

54 Para Hugo Nigro Mazzilli: “Em suma, vencidas essas polêmicas que brotaram quando da sanção da LACP, o legislador ordinários e depois até mesmo o constituinte consagraram a legitimação ativa do Ministério Público para a defesa de interesses transindividuais, a qual é concorrente e disjuntiva em relação aos demais colegitimados. [...] Assim, não há o juiz de negar o interesse de agir do Ministério Público, cuja existência já foi reconhecida pelo legislador quando lhe cometeu a atribuição. In: MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 382-383.

impusessem a sua visão de mundo aos demais, criando uma falsa sensação de democracia<sup>55</sup>.

Diante da importância e abrangência do Plano Diretor, defendemos que, ainda que o Município não seja obrigado por lei a elaborá-lo e implementá-lo, pode o Promotor de Justiça exigir tal instrumento, isso porque, como destacado nos tópicos acima, trata-se do instrumento básico para a política de expansão urbana, fenômeno que ocorre em todas as cidades, acarretando problemas de ocupação irregular do solo, muitas vezes em áreas de risco, os quais, mais cedo ou mais tarde, baterão às portas da Promotoria de Justiça, ademais das vezes, quando o problema já se mostra de difícil solução, como nos casos dos loteamentos irregulares, após diversas famílias estarem ocupando a área ou logo após um desastre ambiental.

Outro argumento que reforça o entendimento defendido é o amplo conceito de meio ambiente, englobando não só o meio natural mas todos os cenários em que ocorre a interação do homem como o seu *habitat*, o que inclui as cidades e as transformações e expansões do meio urbano. Com efeito, para garantir que a população, especialmente a mais carente, possa ter acesso à água tratada, coleta de lixo e saneamento, além de condições mínimas de acessibilidade, deve haver planejamento e debate sobre o tema, e um dos principais instrumentos é justamente o Plano Diretor.

Por fim, a exigibilidade de tal instrumento está amparada, antes de tudo, na força normativa da Constituição<sup>56</sup> que pode se sobrepor, nesse caso, ao paradigma da legalidade ambiental, ou seja, a proteção que decorre das normas e princípios constitucionais autoriza a atuação do Ministério Público mesmo nos casos que não estejam estritamente enquadrados nos requisitos legais, afinal, a proteção ambiental é um direito fundamental<sup>57</sup>.

55 DANIEL, C., obra citada.

56 [...] A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos." In: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 401.

57 [...] "os mais recentes modelos constitucionais elevam a tutela ambiental ao nível não de um direito qualquer, mas de um direito fundamental, em pé de igualdade (ou mesmo, para alguns doutrinadores, em patamar superior) com outros também previstos no quadro da Constituição, entre os quais se destaca, por razões óbvias, o direito de propriedade." BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99.



Para Antônio Herman Benjamin:

[...] por força da constitucionalização, substitui-se o paradigma da legalidade ambiental pelo paradigma da constitucionalidade ambiental. Embora se inclua tal benefício entre os de natureza formal, a verdade é que ele determina uma ambiciosa reestruturação da equação jurídico-ambiental, com implicações muito mais amplas do que uma singela alteração cosmética da norma e da sua percepção social.

Constitucionalizar, nesse enfoque, denota que a constitucionalidade toma o lugar da legalidade na função de veículo e resguardo de valores essenciais, firmando-se, a partir daí, uma ordem pública ambiental constitucionalizada [...]<sup>58</sup>

Dessa forma, a atuação preventiva, seja adotando medidas tendentes a conduzir à elaboração ou até mesmo à revisão de Planos Diretores que não atendem às necessidades da população ou que não estão sendo implementados, mostra-se um caminho promissor na atuação do Promotor de Justiça, seja com a finalidade de garantir e implementar direitos, seja para evitar conflitos e degradação ambiental no âmbito do Município.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta breve reflexão, não podemos sustentar que obrigar todas as cidades brasileiras a elaborarem o seu Plano Diretor é a saída para os problemas urbano-ambientais. Contudo, defendemos que essa obrigatoriedade deve existir para facilitar a gestão ambiental democrática e auxiliar na busca de soluções para os problemas da cidade (meio urbano e rural).

Primeiramente, é preciso entender que o meio ambiente sadio e equilibrado é direito fundamental e deve, portanto, ser resguardado pela atuação do Ministério Público. Importante lembrar que o conceito de meio ambiente é amplo, não se resumindo às florestas e vegetações nativas ou naturais, mas englobando todos os espaços de interação do homem com o meio onde vive, o que inclui, também, as cidades.

58 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecológica da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105-106.



Em segundo lugar, a expansão urbana representa uma interferência direta no meio ambiente e na qualidade de vida da população, por isso deve ser conduzida de forma ordenada e planejada. Para tanto, vários instrumentos estão elencados na Constituição e na legislação, um deles, o Plano Diretor, como o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Ademais, é pelo disposto no Plano Diretor que se verifica a função social da propriedade e, só depois de sua aprovação, é que os muitos instrumentos de política urbana podem ser utilizados, como o IPTU progressivo, o direito de preempção, entre outros.

Em terceiro lugar, cumpre destacar a necessidade de participação popular na elaboração e revisão dos Planos Diretores. Seja na forma de iniciativa de lei ou na propositura de projetos, seja no debate dos temas de relevância por meio de audiências públicas, por exemplo.

Quarto, os problemas urbano-ambientais não se manifestam somente em grandes cidades e em grandes florestas e ecossistemas, o equilíbrio das pequenas cidades pode ser preservado por meio do Plano Diretor, evitando problemas futuros, tanto ambientais quanto de infraestrutura.

Quinto, o paradigma da legalidade ambiental deve ser substituído pela constitucionalização da proteção ambiental, porquanto os valores preconizados pela Constituição Federal devem ser objeto de implementação ainda que a legislação infraconstitucional não tenha disciplinado ou esgotado a matéria.

Portanto, diante de tais argumentos, tem-se que a atuação do Promotor de Justiça, seja em cidades de grande porte, seja em Municípios de pequena envergadura, pode ser pautada pela exigência, inclusive mediante propositura de Ação Civil Pública, a fim de que os Planos Diretores sejam elaborados ou revisados segundo os postulados do conceito amplo de meio ambiente e da participação popular.

## REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. **Justiça Ambiental e Cidadania**: conflitos ambientais no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

BAGGIO, Roberta Camineiro. **Federalismo no contexto da nova ordem global**. Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMARGO, Ana Luiza de Brasil. **Desenvolvimento Sustentável: dimensões e desafios**. Belo Horizonte: Papyrus, 1999.

CARRAMENHA, Roberto. Município e Meio ambiente: é possível a implementação de uma gestão ambiental adequada. In: **Temas de direito urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial; Ministério Público, 2005.

CARVALHO, Ana Luísa Soares de. Gestão Democrática no Estatuto da Cidade: aspectos jurídicos da experiência em Porto Alegre. In: **Revista Interesse Público**, n. 20, 2003.

CASTRO, Ronaldo Souza de (org.) **Educação Ambiental: repensando o espaço da cidadania**. São Paulo: Cortez, 2002.

DANIEL, Celso. Gestão local no limiar do novo: desafios dos novos governos democráticos e populares no Brasil. In: MORATO, Leite (org.). **Estado de Direito Ambiental**, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade Comentado**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MATTOS, Liana Portilho (org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FERNANDES, Edésio. Estatuto da Cidade: promovendo o encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”. In: LEITE, José Rubens. **Estado de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FERNANDES, Edésio (org.). **Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOLDBLATT, David. **Teoria Social e Ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINS JR., Wallace Paiva. Participação popular no Estatuto das Cidades. In: **Temas de direito urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial; Ministério Público, 2005.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MELEIRO, Maricelma Rita. Princípio da democracia participativa e o Plano Diretor. In: **Temas de Direito Urbanístico 1**. São Paulo: Imprensa Oficial; Ministério Público, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDONÇA, Jupira Gomes. Plano Diretor, Gestão Urbana e Descentralização: novos caminhos, novos debates. In: FERNANDES, Edésio (org.). **Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA Heline Sivini. **Estado de Direito Ambiental: tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- PRESTES, Vanêsa Buzelato (org.). **Temas de Direito Urbano-Ambiental**. Belo Horizonte: Forum, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental**. Introdução, Fundamentos e Teoria Geral. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOUZA, Luiz Alberto. Estatuto da Cidade: perigos e oportunidades. In: **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico**, Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2002.

# CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO: ANÁLISE SOB O VIÉS DA EMERGÊNCIA FABRICADA

**Geruza Isoton**

*Promotora de Justiça*

*Especialista*

## RESUMO

A regra geral prevista na Constituição Federal é de que os bens e serviços serão contratados pela Administração Pública em geral se precedidos de licitação. A Lei de Licitações e Contratos, por sua vez, excepciona hipóteses de licitação dispensada, de dispensa e de inexigibilidade da licitação. Diante de tal permissivo, notadamente do comando previsto no inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93, que prevê a possibilidade de dispensa da licitação em casos emergenciais, administradores públicos, por má gestão, desídia, incúria, omissão dolosa ou culposa fazem com que a situação emergencial de excepcional interesse público se concretize, de modo autorizar, por via oblíqua, a exceção legal, situação de verdadeira burla ao comando constitucional. Assim, constatada a hipótese de emergência fabricada, o agente público desidioso deverá ser responsabilizado, notadamente no âmbito da moralidade administrativa (Lei n. 8.429/92).

**Palavras-Chave:** Licitação. Dispensa. Emergência fabricada. Improbidade Administrativa. Responsabilização.

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 27	p. 127 - 146	jul./dez. 2015
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar, à luz da legislação, doutrina e jurisprudência, quais são as hipóteses que de fato autorizam a contratação direta, notadamente a emergencial, prevista no inciso IV do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos.

Objetiva-se, ainda, demonstrar que nem todas as contratações intituladas emergenciais pela administração pública preenchem os requisitos do instituto, bem como comprovar que o próprio gestor pode ser o agente provocador do dito requisito, pois ele próprio fabrica a situação justificante da dispensa de licitação.

A emergência fabricada, em linhas gerais, pode ser definida como uma burla à lei, por meio da qual o administrador, por omissão, provoca, intencional ou culposamente, uma situação emergencial de dispensa de licitação para, então, perfectibilizar, de forma mascarada, uma contratação direta, em tese, justificada.

Assim, considerando a conduta de fraude à lei, pretende-se intensificar a atuação do Ministério Público – diante da sua própria missão institucional de garantir o interesse público e o cumprimento das leis<sup>1</sup> –, a fim de responsabilizar o administrador público pela contratação direta em razão da necessidade fabricada, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

## 2 DA LICITAÇÃO COMO REGRA GERAL A SER SEGUIDA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Com o objetivo de unificar e moralizar o procedimento de contratação e aquisição de produtos e serviços o constituinte originário estabeleceu, na Constituição Federal de 1988 (art. 37, XXI<sup>2</sup>), a exigência

1 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; 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.

2 Art. 37 [...] 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”.

de a Administração Pública fazê-lo mediante o devido procedimento de licitação.

A exigência constitucional está regulamentada pela Lei n. 8.666/93, que expressamente (art. 3º)<sup>3</sup> preceitua destinar-se a licitação a garantir a observância dos princípios da isonomia/igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e probidade administrativa, tudo para a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A licitação, pois, “é o instrumento para produzir uma contratação administrativa vantajosa, com observância do princípio da isonomia” (Marçal, p. 72), bem como para eliminar “a seleção fundada em preferências arbitrárias ou em critérios subjetivos” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 80).

A importância da licitação, como visto, não é meramente o cumprimento de formalidades com um fim em si mesmo, mas, de dar oportunidade à administração pública para servir-se da proposta mais vantajosa, busca assegurar o direito de igualdade entre os concorrentes – princípio da isonomia –, selecionando-os por caracteres técnicos, e não meramente subjetivos – princípio da impessoalidade.

Pois bem.

A necessidade de licitar pode surgir nos mais diversos cenários enfrentados pela administração pública, nos quais, ao mesmo tempo que o gestor deverá observância às regras e princípio intrínsecos ao procedimento e sempre atender ao interesse público, também deverá obediência ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF e art. 2º<sup>4</sup> da Lei n. 9.784/99).

Segundo Marinela, “a eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”, e consiste na “busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios de dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada” (2010, p. 42).

3 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.

4 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Em suma, o administrador eficiente é aquele que planeja sua gestão e toda a atividade administrativa; que zela pela continuidade do serviço público, sem olvidar das regras a serem observadas, como é o caso da licitação; que assume a verdadeira função de gestor e não se exime organizar seus subordinados de modo a planejar todas as contratações que serão pactuadas na sua gestão.

Somente a partir do momento que forem conjugadas todas essas regras e princípios, com o devido planejamento, é que as hipóteses excepcionais de dispensa de licitação poderão ser invocadas.

Eis a importância da licitação e da excepcionalidade da dispensa.

## 2.1 DAS EXCEÇÕES À LICITAÇÃO - MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DIRETA

Conhecedor das inúmeras situações nas quais o administrador público será submetido à aquisição de produtos e já imaginando o empecilho que o procedimento de licitação acarretaria à boa gestão administrativa, o constituinte estatuiu ser possível a regulamentação de hipóteses nas quais não será necessário o procedimento licitatório.

Em linhas gerais, a contratação administrativa, que se destina, “em princípio, a obter os bens e os serviços necessários à satisfação das necessidades administrativas” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 73) pode ocorrer sem licitação.

Tais hipóteses estão regulamentadas na Lei n. 8.666/93 e são as situações de licitação dispensada (art. 17), licitação dispensável (art. 24) e licitação inexigível (art. 25), mostrando-se, para o presente estudo, oportuno apenas o caso de licitação dispensável em razão da emergência (art. 24, IV, da Lei n. 8666/93).

Nas situações de dispensa de licitação, o legislador estipulou um procedimento de justificação, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos.

Segundo o referido comando, o administrador público, ao optar pela não realização da licitação, não se exime de justificar o móvel de seu agir, mas deve observar os seguintes elementos, no que couber, que comporão o procedimento de dispensa de licitação formalizado:

a) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; b) razão da escolha do fornecedor ou executante; c) justificativa do preço; e d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Registra-se que, vencido o prazo da licitação e demonstrada a necessidade da dispensa, não é possível meramente prorrogar o contrato até então vigente, sob pena de ferir o princípio da economicidade. Como visto, pois, a Administração Pública deve valer-se de valores tecnicamente defensáveis – preço médio de mercado –, e não apenas submeter-se ao preço cotado pelo antigo fornecedor.

Perfectibilizada a dispensa com base no comando legal em estudo, o prazo de 180 dias – limite para tal modalidade de contratação – iniciará do marco da emergência, não da assinatura do contrato<sup>5/6</sup> e não poderá ser prorrogado. Na hipótese de perdurar a situação emergencial, deve-se proceder a novo procedimento formal de dispensa de licitação e, conseqüentemente, a novo contrato<sup>7</sup>.

## 2.2 DA CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO – DOS CASOS EMERGENCIAIS

A Lei de Licitações e Contratos, como visto, regulamenta os casos nos quais, não obstante a regra geral seja a licitação, incidindo uma das situações previstas no art. 24, ela será dispensável.

Dentre as trinta e quatro hipóteses taxativas previstas no mencionado dispositivo, especificamente colhe-se o inciso IV para análise no presente estudo. Veja-se:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

5 TCU - Forçoso consignar que as contratações fulcradas nesse dispositivo não podem ter vigência superior a 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos. Não sendo permitida qualquer prorrogação, mesmo que a vigência inicial tenha sido inferior a esse prazo. (3095/2008, Benjamin Zymler).

6 TCU - Sobre a prorrogação de prazo do Contrato n. 12/2003, baseado em dispensa de licitação por emergência, creio que a tese de permitir prorrogações sucessivas dentro do prazo de 180 dias faz com que o disposto no inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93 perca o sentido, pois o prazo poderia ser interrompido, recaindo em interpretação contra a lei, que deve ser afastada (1059/2005, Valmir Campelo).

7 TCU - As parcelas de obras e serviços contratados por meio da dispensa de licitação prevista no item anterior devem ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, sendo vedada a prorrogação dos respectivos contratos (1424/2007, Augusto Nardes).



IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; [...]

Ao conceituar emergência, Justen Filho pontua:

Trata-se de manifestação do instituto do “estado de necessidade”. Nele estão abrangidas todas essas situações de excepcionalidade, caracterizadas pelo risco de danos em virtude de demora na adoção de uma providência acauteladora destinada a impedir o sacrifício de bens, interesses e valores protegidos pelo Direito. [...] Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores (2014, p. 404/405).

Por sua vez, Niebuhr acrescenta que “a caracterização da situação emergencial depende da avaliação dos impactos de determinados fatos sobre o interesse público e as atividades administrativas, o que normalmente guarda espaço para competência discricionária” (2015, p. 135).

Diante desse cenário – dispensa de licitação emergencial *versus* discricionariiedade do gestor público –, Marçal destaca que a Administração Pública, na hipótese de optar pela dispensa, deve observar a presença de dois requisitos, quais sejam, “a) demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano” [...] e b) “demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco” (2014, p. 405-407).

Isso significa que, ao confeccionar o procedimento formal de dispensa, na demonstração fática dos pressupostos exigidos pelo art. 26 da Lei n. 8.666/93, o administrador público, em obediência ao inciso I do citado dispositivo e para comprovar a caracterização da situação emergencial, deverá: a) demonstrar por estudos preliminares que a demora temporal necessária ao processo de licitação poderá acarretar prejuízos irreparáveis, “que não possam ser recompostos posteriormente” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 405)<sup>8</sup>; e b) da análise dos meios e fins, deverá ficar

8 “O comprometimento à segurança significa o risco de destruição ou de sequelas à integridade física ou mental de pessoas ou, quanto a bens, o risco de seu perecimento ou deterioração” (p. 405).

comprovado que a dispensa de licitação é o único meio adequado a eliminar eventual risco de dano, *a contrario sensu*, “se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexistente cabimento da dispensa de licitação” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 407).

Surge, conseqüentemente, a necessidade de ponderar valores, de fazer valer o método racional de aplicação de interesses chamado proporcionalidade – adequação<sup>9</sup>, necessidade<sup>10</sup> e proporcionalidade em sentido estrito/razoabilidade<sup>11</sup>.

Na hipótese, de um lado, tem-se o interesse coletivo envolvido e, de outro, a possibilidade de dispensar licitação para garantir aquele interesse. Não se mostrando a dispensa de licitação o meio hábil e eficaz de garantir tais direitos, ela não será legalmente autorizada, já que será inútil<sup>12</sup>.

Por outro lado, se a dispensa da licitação, ainda que visualizada a emergência fabricada, for capaz de atender ao interesse público, será autorizada e, como se verá, a responsabilização do agente causador da emergência fictícia deverá ser perseguida em procedimento próprio.

### 2.3 DA EMERGÊNCIA FABRICADA PELO GESTOR PÚBLICO

Diante do comando previsto no inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93, que prevê a possibilidade de dispensa da licitação em casos emergenciais, administradores públicos, por má gestão, desídia, desleixo, omissão dolosa ou até mesmo culposa fazem com que a situação emergencial de excepcional interesse público concretize-se, de modo autorizar, por via oblíqua, a exceção legal, situação de verdadeira burla ao comando constitucional.

9 “idoneidade da medida para produzir o resultado visado” (BARROSO, 2010, p. 260).

10 “que impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados” (BARROSO, 2010, p. 260).

11 “Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido – o patrimônio público – e o bem jurídico sacrificado – a vida – torna inválida a providência” (BARROSO, 2010, p. 260).

12 A contratação deve prestar-se a evitar a concretização do dano. Isso exige que a Administração demonstre não apenas a necessidade da contratação, mas também a sua utilidade. Ou seja, deverá indicar as medidas concretas através das quais a contratação evitará a concretização do dano. A contratação deve ser precedida de todas as justificativas não apenas sobre a emergência, mas sobre a viabilidade concreta de atender à necessidade pública. (MARÇAL, 2014, p. 407).

A emergência fabricada – ilusória ou ficta –, via de regra<sup>13</sup>, ocorre em contratos de prestação continuada, a exemplo de limpeza urbana e tratamento de resíduos sólidos, recolhimento de lixo, fornecimento de combustível, medicamentos, merenda escolar, manutenção dos prédios públicos, transporte coletivo ou qualquer serviço de rotina administrativa. Necessidades absolutamente previsíveis e que, se não prestadas em tempo hábil, podem acarretar prejuízos irreparáveis ou comprometer a incolumidade ou a segurança pública.

Por outro lado, justamente por se mostrarem previsíveis é que o gestor deveria atentar-se ao término do contrato vigente e planejar, com antecipação e com prazo suficiente, a elaboração de nova licitação para abranger o objeto daquele contrato.

Marisa Midori Ishii define emergência fabricada nos seguintes termos:

Trata a “emergência fabricada” da situação na qual a Administração, por desídia ou intenção deliberada do agente público, não adota providências cabíveis para a realização de procedimento licitatório com a devida antecedência, gerando a extrema necessidade para a contratação, o que autorizaria, com fulcro no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, a dispensa de licitação. Ou seja, a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível, mas é autorizada a contratar diretamente.

Na mesma linha, Justen Filho pontua que o fenômeno ocorre quando “a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível”, ou seja, “atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tenha sido realizada” (2014, p. 408).

Denota-se que, nesse contexto, o administrador omissivo é tão prejudicial quanto aquele ativamente desonesto, já que, com sua inércia, inclusive culposa, pode gerar prejuízo ao erário e violar seu dever de efetividade com a coisa pública.

---

13 Há exemplos de obras específicas, que não são de prestação continuada, como é o caso de reformas pontuais. Vide: TCU - 1162/2014: RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DA CONVERSÃO DE REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM REFORMAS PARCIALMENTE CUSTEADAS PELO GOVERNO FEDERAL NO ESTÁDIO MACHADÃO, NA CIDADE DE NATAL/RN. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO PARA EXECUÇÃO DAS OBRAS. NÃO COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO EMERGENCIAL QUE JUSTIFICOU A CONTRATAÇÃO DIRETA. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. APLICAÇÃO DE MULTA. ARGUMENTOS RECURSAIS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DELIBERAÇÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. COMUNICAÇÃO.

### 3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O constituinte de 1988, com o objetivo de moralizar a Administração Pública e garantir melhor desempenho do serviço público, estabeleceu o “sancionamento” de natureza civil no art. 37, § 4º, dispondo que os atos de improbidade administrativa importarão “a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Para regulamentar o texto maior, o legislador infraconstitucional editou a Lei n. 8.429/92, que especifica o procedimento, as sanções e as condutas, dentre elas as que causam enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação a princípios<sup>14</sup>.

Considerando a infinidade de atos, a rigor omissivos, que possam configurar a emergência fabricada, não é possível, *a priori*, definir qual tipificação legal incidirá em cada caso concreto.

À luz da Lei de Improbidade Administrativa, a emergência fabricada pode ser constatada nas mais variadas hipóteses, como por exemplo: a) enriquecimento ilícito: administrador que recebe vantagem econômica para manter-se inerte em lançar procedimento de licitação tempestivamente, não o realiza e, fazendo surgir a situação de emergência, contrata diretamente um apadrinhado de sua campanha; b) dano ao erário: gestor que, por omissão dolosa ou culposa, omite-se nos deveres de licitar em tempo hábil, faz nascer a hipótese emergencial e, ao contratar bem ou serviço, o faz por valor que causa dano ao patrimônio público, já que, se precedido da licitação fosse, acarretaria menor dispêndio ao erário<sup>15</sup>; e

14 Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [ ] II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [ ] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [ ]

15 APELAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Agravo retido conhecido, mas rejeitado. Aplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos atos cometidos por agente político local (Prefeito). Jurisprudência pacificada. Dispensa indevida de licitação. Ocorrência. **Aquisição de combustíveis e lubrificantes. Hipótese de “emergência fabricada”. Previsibilidade da compra. Desídia do recorrente em deflagrar o procedimento licitatório. Dano ao erário.** Condenação à devolução dos valores gastos com abastecimento de veículo à

c) violação a princípios: administrador público que, por omissão dolosa - lembre-se que o tipo exige apenas o dolo genérico -, deixa de licitar gera a emergência e contrata mediante dispensa<sup>16</sup>.

Assim, forçoso reconhecer que condutas, via de regra omissas, podem gerar a necessidade de a administração pública contratar diretamente e, por consequência, caracterizar atos de improbidade administrativa a serem punidos na forma da lei.

### 3.2 PRESSUPOSTOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO E RESPECTIVAS SANÇÕES

A Lei de Improbidade Administrativa, além de tipificar atos que configuram o ilícito, fê-lo de modo a sancionar cada ato de acordo com a gravidade abstrata aferida pelo legislador e a discriminar o elemento volitivo configurador de cada conduta.

Assim, prevê que os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º) e violação a princípios (art. 11) somente são punidos a título de dolo, enquanto aqueles que causam dano ao erário (art. 10) são punidos por dolo ou culpa.

Quanto ao dolo, exige-se tão somente o dolo genérico, consistente na livre e consciente vontade de praticar uma conduta violadora de um imperativo legal ou de princípios.

---

disposição do Gabinete, nos anos 2009 e 2010. Manutenção. Irrazoável e injustificado dispêndio. Ademais, ausência de impugnação específica. Sentença de parcial procedência mantida. Recurso desprovido. (TJSP - 0001400.70.2014.8.26.0483, j. em 29/2/2016 - grifou-se)

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AÇÃO CIVIL - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADO - DISPENSA DE LICITAÇÃO - EMERGÊNCIA 'FABRICADA' PARA A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLETA E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS (RSSS) - DEVER DE INDENIZAR QUE NO ENTANTO, COM BASE NO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE É REPARTIDO PELA METADE - CONDENAÇÃO DOS RÉUS EM DEVOLVER AOS COFRES PÚBLICOS A IMPORTÂNCIA RECEBIDA PARA A CELEBRAÇÃO DAQUELES CONTRATOS FRAUDULENTOS - RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO INICIAL E IMPROCEDENTE SOMENTE EM RELAÇÃO A TRÊS CORRES. (TJSP - APL 0024275-35.2002.8.26.0554, j em 6/8/2012 - grifou-se).

16 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADO - DISPENSA DE LICITAÇÃO - EMERGÊNCIA 'FABRICADA' - TRANSPORTE COLETIVO DE PESSOAS CARENTES - EMPRESA QUE PRESTAVA REFERIDO SERVIÇO ERA DE PROPRIEDADE DO PRÓPRIO CORRÉU (PREFEITO) - CONDUTA QUE AFRONTA OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LIA) - RECONHECIMENTO DA CONDUTA DOLOSA DOS RÉUS - NÃO OBRIGATORIEDADE DE CUMULAÇÃO DAS PENAS - EXEGESE DO ART. 12 DA LIA - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJSP - APL 0003267-41.2008.8.26.0279, j. em 12/5/2015 - grifou-se).

No ponto, impende registrar que dolo não pressupõe má-fé. Conquanto julgados tenham indistintamente utilizado os conceitos como sinônimos, não o são. Pode haver dolo concomitante à boa-fé<sup>17</sup>.

Isso porque, enquanto o dolo pressupõe a vontade de descumprir o que a lei determina ao administrador, a má-fé, quando existente, antecede-o e servirá tão somente para fins de aplicação da sanção. No entanto, há condutas que, apesar de terem sido voluntariamente cometidas imbuídas de boa-fé, podem ser alcançadas pela lei de improbidade administrativa, sejam dolosas ou culposas<sup>18</sup>.

Os atos que importam dano ao erário também são puníveis a título de culpa, pois a negligência e a incúria são incompatíveis com o princípio da eficiência.

17 No processo de individualização dos atos de improbidade administrativa, é comum que os Tribunais e a doutrina especializada façam constante referência à má-fé, isso sem correlata preocupação de delinear os seus contornos conceituais e funcionalidade da má-fé varie ao sabor do intérprete de ocasião, o que em muito dificulta a ação do operador do direito ao aferir se uma determinada situação fática consubstancia, ou não, um ato de improbidade administrativa. É constante, por exemplo, a associação da má-fé (a) ao elemento subjetivo do agente público (*rectius*: ao seu dolo) ou (b) ao conhecimento da ilicitude de sua conduta, o que termina por perplexidades no intérprete sempre que procure justificar, dogmaticamente, o emprego desse conceito [...]. Especificamente em relação à má-fé no âmbito da improbidade administrativa, a Lei n. 8.429/1992 a ela não faz referência. No entanto, face à importância assumida pelo conceito no âmbito da teoria do direito, de grande utilidade para o delineamento da ilicitude ou do juízo de reprovabilidade de determinada conduta, foi natural que pouco a pouco, se desse a sua penetração no âmbito da jurisprudência, em especial nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, os quais, embora tenham se referido indistintamente à má-fé, lhe atribuíram funcionalidades bem diversificadas [...]. A má-fé, como veremos por ocasião da análise do elemento subjetivo do ato de improbidade, não pode ser confundida com o dolo. Face às características ostentadas pelo elemento subjetivo, pode-se afirmar que o seu delineamento sempre antecede qualquer investigação em torno da má-fé do agente público. Tal ocorre juntamente porque é o elemento subjetivo que vai estabelecer o vínculo entre o agente público e a conduta considerada ilícita. A má-fé, por sua vez, a incidência do sistema sancionador veiculado pela sua conduta, justificando, ou não, a incidência do sistema sancionador veiculado pela Lei n. 8.429/1992, o qual, como todo e qualquer sistema, não prescinde de coerência (*Kohärenz*) interna e externa. Outra constatação é que a má-fé, por consubstanciar um juízo valorativo negativo e, portanto, reprovável, vinculando o agente ao resultado de sua conduta, somente se compatibiliza com o atuar doloso. Em outras palavras, tratando-se de ato de improbidade culposos, tal qual previsto no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, a aferição da reprovabilidade da conduta deverá considerar elementos outros que não a má-fé, isso porque a culpa reflete o mero descumprimento do dever de cuidado, não uma conduta direcionada à inobservância dos *standards* de correção jurídico-moral sedimentados no ambiente social [...].

18 A má-fé não pode ser vista como o epicentro estrutural do ato de improbidade administrativa. É, tão somente, um dos fatores a serem levados em consideração para a aplicação da Lei n. 8.429/1992. Além dos atos de improbidade culposos, que prescindirem da má-fé para sua configuração, é perfeitamente possível que um ato praticado com absoluta boa-fé justifique a incidência da Lei n. 8.429/1992. Basta pensar na hipótese de um Prefeito Municipal que, descumprindo voluntariamente a legislação de regência, destine recursos afetos à educação para a construção, na única praça pública existente na localidade, de um monumento em prol da família, o que leva à extinção da referida área de lazer e à interrupção da atividade escolar. Nesse exemplo, apesar de o Chefe do Executivo ter atuado dolosamente, era evidente a sua boa-fé, sendo direcionado pelo nobre objetivo de exortar a importância da família. No entanto, mesmo assim, está caracterizado o ato de improbidade. E isso pelas seguintes razões; (1) foi maculada a juridicidade; (2) foi comprometido o atendimento do direito à educação, não sendo demais lembrar que crianças e adolescentes, consoantes o art. 222, *caput*, da Constituição de 1988, têm prioridade absoluta na implementação de políticas públicas; Que a receita disponível foi integralmente direcionada a um fim que, embora de interesse público, não ostentava igual importância para a coletividade; (4) é evidente o dano causado à coletividade, que foi privada do serviço de educação e ainda perdeu a área de lazer; e (5) a área de lazer precisará ser recomposta, o que, à mingua de outra área específica, causará prejuízo financeiro à Administração Pública em decorrência da demolição do monumento. (GARCIA, 2014).

Mazzilli ressalta que “se ele é negligente com a coisa pública, ele é desonesto: um administrador negligente está violando o dever de eficiência e lealdade da Administração”<sup>19</sup> (2012, p. 205).

Na mesma linha de raciocínio, a negligência com o seu próprio saber não pode servir de escudo e de blindagem ao alcance da lei. A partir do momento que o gestor foi empossado no cargo, presume-se que ele tem conhecimento das regras a serem seguidas. Não há que se falar em desconhecimento da lei para fins de responsabilização, notadamente nos tempos atuais, quando o acesso às informações está ao alcance de todos<sup>20</sup>.

De resto, a Lei de Improbidade Administrativa também elencou as sanções (art. 12) a serem aplicadas quando comprovada a prática de condutas nela tipificadas, prevendo penalidades, tais como: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Quanto à aplicação da pena, havia controvérsia acerca da necessidade ou não de aplicação cumulativa das sanções, discussão que foi superada a partir da alteração legislativa ocorrida no ano de 2009, quando se passou a prever a possibilidade de não cumular as sanções legais (art. 12, *caput*), atentando-se para o que cada caso concreto recomendar diante da sua gravidade, a possibilitar a individualização da sanção, além da necessidade de prevenção e da diminuição dos custos com os mecanismos de controle<sup>21</sup>.

19 [...] está descurando de um zelo que é ao mesmo tempo o pressuposto e a finalidade de seu mister; está deixando de lado o dever de honestidade que deveria iluminar o seu trabalho; ele é ímprobo. [...] Assim, o administrador não tem o direito de ser negligente com os recursos públicos; pode até sê-lo em sua vida privada, nunca com recursos da coletividade. Ele concorreu a um cargo público ou foi eleito ou foi nomeado para ele; ao tomar posse, imediatamente assumiu um dever jurídico, mais do que meramente moral, um dever que tem sanção: assumiu o dever mínimo de não ser negligente, de não ser desdidoso, de não ser imprudente com os recursos da coletividade, que ele escolheu gerir. Se ele é imprudente, desdidoso ou negligente, ele é desonesto [...]. Ser honesto é pressuposto de quem o exerça; não é qualidade (p. 205/206).

20 [...] É factível que todo ser humano pode ter boas intenções, mas em se tratando de agentes públicos, as boas intenções não de ser desenvolver com observância dos balizamentos oferecidos pela legislação de regência, não de acordo com o seu alvedrio. Note-se, ainda, que as escusas da ignorância e da incompetência devem ser recepcionadas com cuidado. Afinal, por dever de ofício, o agente público, diversamente do particular, somente pode fazer o que a norma de conduta o autorize, o que lhe impõe o dever de conhecê-la. E, dentre essas normas, está o princípio constitucional da eficiência [...] (GARCIA, 2014, p. 179).

21 Além do aspecto preventivo, a sensação de efetividade das sanções terá como sucedâneo a lenta e paulatina diminuição dos próprios custos com os mecanismos de controle, pois, na medida em que se difunde a repulsa



#### 4 DA RESPONSABILIZAÇÃO NOS TERMOS DA LEI N. 8.429/92

Há quem defenda a impossibilidade de dispensa de licitação em casos de emergência fabricada. Aliás, o próprio Tribunal de Contas da União já perfilhou do entendimento de que “a emergência provocada pela omissão ou desídia dos agentes administrativos não seria o bastante para justificar a contratação direta fundada no inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93” (NIEBUHR, 2015, p. 135)<sup>22</sup>.

Ocorre que o interesse público não pode ser sacrificado em razão da inércia e da despreocupação de gestores desidiosos. Ao abordar o tema, JUSTEN FILHO, de plano, também destaca que “isso não significa afirmar a possibilidade de sacrifício de interesses perseguidos pelo Estado em consequência da desídia do administrador” (2014, p. 407).

Foi assim que o Tribunal de Contas da União, em voto do Min. Aroldo Cedraz, passou a decidir:

A situação prevista no art. 24, VI, da Lei n. 8.666/93 não distingue emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares (NIEBUHR, 2015, p. 135).

Diante desse impasse, passou-se a distinguir a validade do contrato propriamente dito da conduta omissa do agente provocador da contratação direta.

---

à ilicitude, em menor número serão aqueles que se aventurarão à sua prática (GARCIA, 2014, p. 69).

22 a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei: a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas; a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado; (TCU – <https://contas.tcu.gov.br/pesquisajurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A347%2520ANOACORDAO%253A1994/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4>).



O primeiro, pois, mostra-se válido, diante da premente necessidade de acautelar o interesse público; o segundo, por sua vez, viciado, em virtude da inércia deliberada do gestor público<sup>23-24</sup>.

Em suma, na hipótese de estar caracterizada a urgência, o risco de dano irreversível e a adequação do procedimento para evitar o risco, a contratação deverá ser efetivada e o contrato será válido; o administrador, porém, deverá ser responsabilizado por não ter tomado as medidas cabíveis em tempo hábil para que o procedimento fosse devidamente realizado<sup>25</sup> a bem do interesse público.

Para que surja a possibilidade de responsabilização, em quaisquer das esferas<sup>26</sup>, não de ser constatados os seguintes pressupostos: a) inércia do administrador responsável pela contratação direta – a emergência deverá ser provocada pela omissão do próprio contratante, e não por quem o antecedeu, sob pena de responsabilização objetiva e não individualização de culpas<sup>27</sup>; b) dolo genérico ou culpa<sup>28</sup>, elemento volitivo

23 TCU - “Estará incorrendo em duplo erro o administrador que, ante a situação de iminente perigo, deixar de adotar as situações emergenciais recomendáveis, ainda que a emergência tenha sido causada por incúria administrativa. Há que se fazer a clara definição da responsabilidade: na eventual situação aludida, o responsável responderá pela incúria, não pela contratação emergencial (1876/2007).

24 TJSC - É assim porque, mesmo que ocorresse desídia do administrador em iniciar processo de licitação, a emergência estaria caracterizada. Ou seja, mesmo que se alegasse a chamada ‘emergência fabricada’, a dispensa de licitação seria lícita. A desídia do administrador e o prejuízo ao erário deveria ser analisada em ação própria. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.004297-3, rel. Des. Nicanor da Silveira, j. em 17/6/2004.

25 Comprovando-se que, mediante licitação formal e comum, a Administração teria obtido melhor resultado, o prejuízo sofrido deverá ser indenizado pelo agente que omitiu as providências necessárias. Ademais disso, deverá punir-se exemplarmente o agente público que omitiu o desencadeamento da licitação (JUSTEN FILHO, 2014, p. 408).

26 APELAÇÃO - LICITAÇÃO - CRIME - Artigo 89, “caput”, Lei 8.666, DE 1993 - CONDENAÇÃO - FATO TÍPICO - Réu que, na qualidade de Prefeito Municipal, autorizou compras diretas junto a diversos estabelecimentos comerciais, visando à obtenção de produtos alimentícios destinados à merenda escolar, no valor total de RS 138.824,67 - Conjunto probatório que comprova a dispensa do certame licitatório - Hipótese dos autos que não permite dispensa de licitação - Não incidência do artigo 24, IV, da Lei de Licitações - Alcaide que deixou de tomar, tempestivamente, as providências necessárias à realização da licitação previsível - Natureza dos itens adquiridos que denota previsibilidade e necessidade de aquisição quando do início do período letivo - Configuração da chamada “emergência fabricada” - Conduta do Alcaide que se subsume ao “caput” do artigo 89 da Lei n° 8.666, de 1993 - Tipo penal que não contempla exigência de dano aos cofres públicos nem de dolo específico de fraudar a Administração Pública ou de obter vantagem indevida para o agente ou para o terceiro contratado - [...] - RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO. (TJSP - APL 0001621-70.2009.8.24.0434, j. em 17/3/2011 - grifou-se).

27 TJSC - “Isto, evidentemente, pode até ter ocorrido, mas não sob o comando e a responsabilidade do agravante, que ‘pegou o trem andando’, para usar de uma expressão popular”. (Agravo de Instrumento n. 2014.014919-2, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j em 1º/7/2014)

28 STJ - -No caso concreto, as premissas fáticas extraídas das decisões proferidas apontam para uma dispensa indevida recorrente, derivada da postura descuidada do administrador. As decisões proferidas reconheceram que “a Administração Pública tinha cabal conhecimento da necessidade da licitação”; “não ocorreu nenhuma situação de emergência ou de calamidade pública”; “a situação foi criada pelos próprios réus que, **dolosa ou culposamente, pouco importa**, deixaram transcorrer o prazo para se ultimar, de acordo com a lei, a contratação do fornecimento de cestas básicas”. A prova documental referida atesta ainda existirem preços inferiores ao contratado praticados no varejo e tal informação foi apresentada pelos próprios recorrentes à fl. 164/STJ, ao descreverem os procedimentos de licitação (dado, portanto, incontroverso)-. (STJ - RESp 1192563, rel. Min. Herman Benjamin, j em 12/5/2015 - grifou-se).

que, em razão da inércia dolosa ou culposa, gera a necessidade da contratação direta; e c) distinção entre dolo e má-fé: basta o dolo genérico – vontade e consciência de se omitir quando tinha o dever legal de agir, ainda que por falta de planejamento – para que seja responsabilizado, sendo certo que a má-fé será apenas um *plus* na aplicação da sanção; lembrando que os atos meramente culposos, desde que causadores de danos ao patrimônio público, também são alcançados.

Caracterizada a emergência fabricada e demonstrada a responsabilidade de seu causador, mostra-se necessária a sanção adequada, sob pena de tornar dois comandos constitucionais<sup>29</sup> absolutamente vazios.

Nesse contexto, portanto, a atuação do Ministério Público deve ser pautada na avaliação da real caracterização da emergência ficta e quem de fato foi o seu causador, sob pena de ajuizar ações fadadas ao insucesso e, conseqüentemente, perder a credibilidade perante as outras instituições.

## 5 CONCLUSÃO

A regra geral, no ordenamento jurídico, é no sentido de que compras e serviços para a Administração Pública devam ser contratados por meio de licitação. Porém, há hipóteses nas quais o procedimento pode ser dispensado, como é o caso das situações emergenciais.

A lei, por sua vez, não difere emergência real daquela provocada/fabricada, que decorre da desídia, incúria ou má-gestão do administrador.

Desse modo, constatada a necessidade de contratar e de não deixar os administrados sob os efeitos maléficos de uma administração ineficaz ou corrupta, permite-se que seja dispensada a licitação.

<sup>29</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

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

Conquanto seja permitida a contratação direta – para fins de salvaguardar o interesse público –, existindo a chamada emergência fabricada, deve-se apurar a responsabilização do agente público omissivo, na esfera administrativa, penal ou civil, nesta, à luz da Lei de Improbidade Administrativa.

Apesar de a Constituição Federal (1988) e a Lei de Improbidade Administrativa (1992) penalizarem não apenas condutas que causam lesão ao erário, mas também aquelas ofensivas aos princípios que regem a atividade administrativa, a jurisprudência ainda caminha a passos lentos quanto à última hipótese. A rigor, condutas que se limitam a violar princípios, embora consideradas muitas vezes dolosamente ilegais, não são submetidas às penalidades da lei, ao argumento de não terem sido cometidas com má-fé.

Nesse contexto, deve-se distinguir dolo e má-fé, uma vez que o primeiro servirá como parâmetro de enquadramento e tipificação da conduta, enquanto a última como baliza para a análise de estabelecimento da sanção.

É necessário buscar a origem da vontade do legislador – constituinte originário e derivado – a fim de fazer que a letra da lei não permaneça adormecida e que todas as condutas nela previstas – quando concretizadas – sejam devidamente sancionadas.

É fato que, não raras as vezes, os órgãos de controle internos da administração, que poderiam enfrentar a problemática com bastante eficácia e baixo custo, são submetidos ao crivo do próprio administrador, razão pela qual apenas funcionam como um formalismo necessário, praticamente sem atividade material. Conseqüentemente, os órgãos de controle externos – via de regra mais custosos para o Estado – são submetidos a analisar, julgar ou submeter ao Judiciário centenas de casos que, muitas vezes pelo simples decurso do tempo, não podem mais ser alcançados pelo rigor da lei e apenas geram mais custos. Assim, havendo punição exemplar, suficiente e adequada poder-se-á chegar a um patamar no qual os próprios mecanismos internos de controle possam exortar o administrador a pautar-se nos termos da lei, sob pena de sua conduta ser censurada.

Para tanto, é mister que o membro do Ministério Público, ao deparar-se com possível hipótese de emergência fabricada, apure os

fatos e individualize a responsabilização, para levar a Juízo os casos que comprovadamente se enquadrem na hipótese aqui estudada, a fim de fortalecer a missão constitucional da Instituição, notadamente a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. PAVIONE, Lucas dos Santos. Lei de improbidade administrativa Lei n. 8.429/1992. 3. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm). Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm). Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm). Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1192563. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18188968/peticao-de-recurso-especial-resp-1192563>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Prestação de contas anual n. 013.939/2005-2, Relator Min. Benjamin Zymler. Data de julgamento: 26/08/2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudenc>

cia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3095%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Prestação de contas anual n. 003.515/4004-7. Relator Vamir Campelo, 3 de agosto de 2005. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1059%2520ANOACORDAO%253A2005/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Representação n. 002.902/2006-2. Relator Augusti Nardes, 22 de maio de 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1424%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial n. 004.063/2008-4. Relator José Jorge, 7 de maio de 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1162%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas n. 008.403/1999-6. Relator Aroldo Cedraz, 12 de setembro de 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1876%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial n. 274/94. Relator Marcos Vinícios Vilaça, 30 de agosto de 1994. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A374%2520ANOACORDAO%253A1994/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.004297-3. Relator Des. Nicanor da Silveira. Blumenau, SC, 17 de junho de 2004. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pc-poSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20040042973>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2014.014919-2. Relator Des. Pedro Manoel Abreu. Florianópolis, SC, 1 de

julho de 2014. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecao-Processo2Grau.jsp>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0001400.70.2014.8.26.0483, Relator Marcelo Semer. Presidente Vanceslau, SP, 29 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9222212&cdForo=0&v1Captcha=vtkir>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0024275-35.2002.8.26.0554. Relator: Pires de Araújo. Santo André, SP, 6 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6099111&cdForo=0>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0003267-41.2008.8.26.0279. Relator: Pires de Araújo. Itararé, SP, 12 de maio de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8465343&cdForo=0>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0001621-79.2009.8.26.0434. Relator Des. Amado de Farias. Pedregulho, SP, 17 de março de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5028838&cdForo=0&v1Captcha=qzxdj>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ISHII, Marisa Midori. **Dispensa por emergência/calamidade pública: novos rumos**. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-19-AUTORA-MARISA-MIDORI-ISHII.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei 8.666-1993**. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed., rev., ampl., refor. e atual. até 1º/1/2010. Niterói: Impetus, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Clarissa Ferraz. **Dispensa de licitação por emergência fabricada**. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dispensa-de-licitacao-por-emergencia-fabricada,56322.html>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Fabrício Ferreira. **Dispensa de licitação emergencial: um instrumento de eficiência e solução administrativa ou em meandro para solução da incúria do gestor público?** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39704/dispensa-de-licitacao-emergencial-um-instrumento-de-eficiencia-e-solucao-administrativa-ou-um-meandro-para-solucao-da-incuria-do-gestor-publico>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

SILVA, Manoel Wilami. **Da (im)possibilidade de dispensa de licitação em sede de emergência fabricada**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26991/da-im-possibilidade-de-dispensa-de-licitacao-em-sede-de-emergencia-fabricada>>. Acesso em: 5 nov. 2016.





