

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 649

(Ano VIII)

(05/7/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



05/07/2016 William Douglas

» [As maldades de sempre: a falácia da suspensão dos concursos](#)

ARTIGOS

05/07/2016 Erick Oliveira Rocha Gomes

» [Finalidade da pena, tutela, bem jurídico e confronto com o viés jurídico-filosófico da moral](#)

05/07/2016 Rafaela dos Reis Baldissera

» [Neoconstitucionalismo: sua interpretação teórica, moral e jurisprudencial](#)

05/07/2016 Jacqueline Dias de Freitas Schaefer

» [Abuso de poder e abuso de autoridade no Direito Administrativo: Atos cometidos nos Estados com UPP"s](#)

05/07/2016 Edson Evangelista dos Santos

» [Processo licitatório e os crimes contra a Administração Pública](#)

05/07/2016 Hipólito Lima Torres Portugal

» [A constitucionalidade do instituto da ordem verbal no âmbito das forças armadas](#)

05/07/2016 Jônitas Matos dos Santos Duarte

» [Principais características da terceirização e sua evolução histórica](#)

05/07/2016 Ricardo Jorge Pinheiro Belfort

» [Lei de acesso à informação: exceções à regra da publicidade](#)

AS MALDADES DE SEMPRE: A FALÁCIA DA SUSPENSÃO DOS CONCURSOS

WILLIAM DOUGLAS: Juiz Federal, Titular da 4ª Vara Federal de Niterói - Rio de Janeiro; Professor Universitário; Mestre em Direito, pela Universidade Gama Filho - UGF; Pós-graduado em Políticas Públicas e Governo - EPPG/UFRJ; Bacharel em Direito, pela Universidade Federal Fluminense - UFF; Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ; Professor Honoris Causa da ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB/RJ; Professor da Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas - EPGE/FGV; Membro das Bancas Examinadoras de Direito Penal dos V, VI, VII e VIII Concursos Públicos para Delegado de Polícia/RJ, sendo Presidente em algumas delas; Conferencista em simpósios e seminários; Autor de vários livros.

Os concurreiros de primeira viagem estão desanimados com as notícias de que não ocorrerão concursos. Se você é um deles, leia este texto.

Não sofra com as maldades de quem deveria ajudar, mas atrapalha. Não se deixe desanimar pelas falas pouco sábias de nossos governantes. E, menos ainda, pela miopia administrativa que os assola. Pior, este tipo de mentalidade mantém-se viva tanto em governos do PT quanto do PMDB. Pior que eles, anoto, só o PSDB, que historicamente é aquele que menos realiza concursos. E, mesmo assim, pasmem: os realiza. Sim, é certo que alguns administradores canhestros, de todos os partidos, gostariam de acabar com os concursos. Preferiam colocar nos cargos amigos, parentes, amantes, cabos eleitorais e desocupados incompetentes, coisa que fazem com boa parte dos cargos comissionados. Porém, felizmente, em todos os partidos há aqueles que leem a Constituição e sabem que não há como fugir disso: os concursos precisam ser realizados. Adiou aqui, acumulou mais um para fazer ali, daqui a pouco.

A pequenez mental ultrapassa a mera tentativa de não cumprir a Constituição. Ela ignora que os servidores ou aumentam a arrecadação e combatem o crime e o custo Brasil, como auditores-fiscais e do trabalho, policiais e advogados públicos, ou cumprem as missões constitucionais, como professores, médicos, enfermeiros e defensores públicos. Em suma, falta a muitos exercentes do poder compreender que o problema do país não são os servidores concursados, mas aqueles que, sem concurso, cuidam mais dos próprios interesses, ou do seu partido, ou de seu patrimônio ilicitamente obtido, e não dos interesses da população.

Porém, falemos da mais uma vez anunciada “**suspensão dos concursos**”.

Historicamente, sempre que o orçamento do Governo Federal aperta um pouco, surge logo a notícia de que os concursos serão suspensos. A notícia é veiculada assim, genericamente, pela imprensa não especializada. Isso induz centenas de milhares de cidadãos a desistirem de se preparar para os concursos. Essa desinformação, contudo, não assusta a quem conhece a área. Se você, como eu, estivesse há anos nesse meio, saberia que essas obscenidades não vão impedir os concursos.

Os concursos, por maior que seja a crise, continuam e precisarão continuar a ser realizados. São mais de cinco mil Municípios, 27 Estados e DF, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, Poder Judiciário e Legislativo, todos dotados ou de orçamento próprio, ou de autonomia ou, o caso mais grave, de demanda inadiável de servidores. Portanto, mesmo quando o Governo Federal suspende eventualmente seus concursos, isto atinge apenas o Poder Executivo da União, mas não os outros Poderes, e menos ainda os Estados, DF, Municípios e entidades diversas. E não impede os óbitos e aposentadorias de servidores federais, que regularmente criam mais vagas a serem preenchidas.

A análise dos concursos no âmbito do Poder Executivo da União também merece atenção. Sempre que suspensões foram anunciadas, dois fenômenos aconteceram, e vão se repetir: **primeiro**, foram abertas exceções para as instituições e

cargos onde a demanda era mais urgente; **segundo**, passado algum tempo, os concursos voltaram a ser realizados, e com número de vagas maior.

Em suma, mesmo que a limitação intelectual de alguns governantes e administradores públicos coloque os concursos como “problema”, e não como “solução”, os certames públicos não são convocados quando há sobra de caixa, mas sim quando “não tem mais jeito”, quando a máquina pública está estrangulada por falta de pessoal. Diversos setores têm enorme carência, que é agravada pela enorme quantidade de aposentadorias anuais, devido à elevada faixa etária média dos servidores.

Alguns governos realizam mais concursos, outros menos, mas todos precisam realizá-los. Não há como parar os concursos: não haverá fiscal para cobrar impostos, policial para cuidar da segurança, professor para ensinar, pessoal de saúde para atender à população e por aí vai. Recentemente foi realizado um concurso para técnico do INSS, cuja carência é enorme. Os quase mil candidatos que serão selecionados não suprirão nem 10% da carência do órgão. Basta ir a qualquer posto de atendimento, onde para cada dez baias de atendimento disponíveis, apenas uma ou no máximo duas estarão ocupadas. Essa situação de carência de servidores cria dor e sofrimento para a população e, mais cedo ou mais tarde, tem que ser resolvida.

Some-se a este quadro a feliz atuação dos Tribunais de Contas, os quais vêm cumprindo seu dever de impedir as inconstitucionais terceirizações, que desrespeitam a CF, abrem espaço para malandragens e, pior, são mais custosas ao Erário do que a contratação de servidores efetivos. Todo ano mais concursos são determinados, mais cargos criados e o aumento orgânico da população traz mais demandas a serem atendidas.

Entrando, agora, na objetividade vamos aos fatos e aos números:

- dezembro de 2007, a CPMF cai e o governo declara que os concursos serão suspensos. Resultado: no ano seguinte, 2008, houve dezenas de milhares de vagas para mais de oito mil provas diferentes, com provas realizadas em 2008;

- março de 2011, o Governo Federal anuncia a suspensão dos concursos. Resultado: em 2011 e 2012 houve centenas de milhares de vagas, em mais de 27 mil provas diferentes (12 mil em 2011 e 15 mil em 2012), com provas realizadas em 2011 e 2012;

- final de 2015, o Governo anuncia a suspensão dos concursos para 2016. Resultado: em 2016, e ainda estamos em junho, já tivemos concursos para preenchimento de dezenas de milhares de vagas, em mais de 10 mil provas já realizados. Em 2016, tivemos mais de 80 concursos na área fiscal, para o INSS tivemos 900 vagas, e por aí vai.

Logo, amigos, a verdade é que, em geral, infelizmente não se pode confiar no Governo, que não cumpre o que promete. No caso dos concursos, felizmente também não podemos confiar quando promete a sua suspensão. Dizemos “felizmente” menos pelos concurreiros e **mais** pelas pessoas que precisam dos serviços públicos. O governo adia, atrasa, enrola, mas acaba tendo que fazer os concursos. As vagas estão em aberto e há um momento em que não existe outra solução. Então, os concursos são realizados.

O dano causado é grande: primeiro à população; segundo, aos cidadãos que poderiam optar pelos concursos e desanimam. Há, porém, uma classe de pessoas que não é prejudicada, mas, na verdade, beneficiada: os concurreiros “cascudos”, ou mais antigos ou mais bem orientados. Eles são os que utilizam esses tempos de “vacas magras” nos editais para prosseguir nos estudos. Eles não desistem nem reduzem o ritmo de estudos, treinos, simulados e tudo o mais. Assim, enquanto a maior parte das pessoas permanece inerte e desesperançada, varam dias e noites, dias comuns, finais de semana e feriados... estudando e treinando. Durante esse período, andam quilômetros e quilômetros na estrada do conhecimento, que é aquela que conduz à aprovação.

O país precisa de muita coisa, listarei algumas: mais servidores, mais valorizados e treinados; sistema de eliminação mais eficiente de servidores preguiçosos e/ou corruptos; sistemas de premiação por alto desempenho; desenvolvimento de liderança, gestão e inovação no serviço público; sistemas que impeçam

políticos (e parentes) sem experiência alguma de assumirem funções técnicas; sistemas que impeçam o aparelhamento dos órgãos e funções públicas a fim de que sirvam ao Estado e à Nação, e não ao Governo ou a partidos; sistemas de proteção e respeito às condições de trabalho dos servidores, de forma a impedir que interesses partidários ou criminosos obstruam a atuação dos servidores. Nesse passo, friso que servidores do Judiciário Federal, do MPF e da Polícia Federal passam anos a fio sem reajustes e com seguidos cortes orçamentários, que só podemos explicar como forma de punição por estarem trabalhando bem. Ainda na questão remuneratória, precisamos eliminar os supersalários e o exagero de cargos comissionados, boa parte ocupada por apaniguados que sequer comparecem ao local de trabalho. Em suma, precisamos de muita coisa dentro do serviço público, e muito pode haver de melhoria para ele e, conseqüentemente, para a população. Mas nada das evoluções passa por suspender os concursos.

A você, concurseiro, fica minha solidariedade por mais uma vez ter que ouvir essas obscenidades resultantes de pouca intimidade com o que o serviço público realmente precisa. A você, meu orgulho por saber que sua constituição genético-moral é distinta daqueles que ascendem ou querem ascender aos cargos públicos sem passar pelo crivo dos concursos. A você, meus votos de que faça como os mais bem orientados: não esmoreça, com a certeza histórica e fática de que os concursos permanecerão acontecendo e que em breve virão em ainda maior monta.

Aos governantes, meus votos de que tenham sucesso em colocar o país nos trilhos, e que entendam que parte disso não é suspender os concursos, mas realizá-los com seriedade, regularidade e qualidade, dando aos servidores treinamento e condições de atender bem ao sofrido povo brasileiro. Um povo regularmente enganado durante os períodos eleitorais, e regularmente desprezado em relação àquilo que lhe assegura, em termos de serviços públicos, a Constituição Federal.



www.conteudojuridico.com.br

FINALIDADE DA PENA, TUTELA, BEM JURÍDICO E CONFRONTO COM O VIÉS JURÍDICO-FILOSÓFICO DA MORAL

ERICK OLIVEIRA ROCHA GOMES: Advogado inscrito na OAB-BA sob o nº 35.987. Formado em Direito pela Universidade Salvador. Mestrando em Direito Público pela UFBA (2014.2). Juiz Leigo do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

RESUMO: Este trabalho abordará as nuances que integram o instituto jurídico filosófico da moral com afim de dissecar seus elementos integrantes e suas concepções teóricas sobre as teorias da pena, surgimento dos bens jurídicos e confronto. Perpassando sob a exigência do aludido instituto, será analisada todas as etapas que passam a integrar o direito penal e, qual o seu peculiar papel na promoção do convívio interpessoal harmônico em sociedade. Em seguida pretende-se abordar as teorias que legitimam a ingerência do direito penal sobre os membros sociais, preconizadas nas concepções teleológicas das teorias da pena. Posteriormente será abordado como são originados os bens jurídico penais que legitimam o cunho interventivo do direito penal, traçando um paralelo com a acepção dos anseios morais da tutela dos aludidos bens. Por fim, pretende-se adentrar nas situações ensejadoras dos conflitos entre o direito e a moral, com o salutar interesse em demonstrar a necessidade do emprego da racionalidade como mecanismo apto a equilibrar a intervenção do direito penal, afim de salientar o necessário emprego do senso de justiça para a prospectiva manutenção do convívio humano.

Palavras-Chave: Bem Jurídico Penal. Teorias da Pena. Moral. .

ABSTRACT: This paper will address the philosophical nuances that comprise the legal institution of morality hard to dissect its integral elements and their theoretical conceptions about the theories of punishment, emergence of legal goods and confrontation. Running

along under the demands of the aforementioned institute, will analyze all the steps that becomes part of the criminal law and what their particular role in promoting harmonious interpersonal life in society. Then we intend to address the theories that legitimize the interference of the criminal law on the social, members recommended the teleological conceptions of theories of punishment. Later we will describe how the criminal law are sourced goods that legitimize the interventionist nature of criminal law, braiding a parallel with the meaning of moral aspirations of the referred property protection. Finally, we intend to enter in situations of conflict between law and morality, with healthy interest in the need to demonstrate the use of rationality as able to balance the intervention of the criminal law in order to emphasize the need to use the sense of mechanism justice for the prospective maintenance of human society.

Keywords : Criminal law Well . Theories of Pena. Moral.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 TEORIAS LEGITIMADORAS DO PODER DE PUNIR DO ESTADO E AS SUAS MODIFICAÇÕES HISTÓRICAS. 2.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUCIONISTAS. 2.2 TEORIAS PREVENIONISTAS OU RELATIVAS. 2.3 TEORIAS MISTAS OU ECLÉTICAS. 3 SURGIMENTO, CONCEPÇÃO E TUTELA DOS BENS JURÍDICOS. 4 APLICAÇÃO EQUILIBRADA DA MORAL (APARENTE CONFRONTO). 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho almeja analisar criticamente o viés jurídico-filosófico da moral e o seu papel norteador da teleologia do direito penal, bem como sua acepção na formulação dos bens jurídicos, com a finalidade de depreender sobre as situações que geram o conflito do direito em contrapondo ao aludido elemento.

Com o fito de elucidar os suportes jurídicos legitimadores, sob o primado da finalidade do direito penal, serão analisadas as teorias da pena, seu papel perante a sociedade, bem como as suas respectivas concepções.

É sabido que o direito penal nos seve para tutelar situações que outros ramos do direito não conseguem satisfatoriamente fazê-lo. Tal asseveração está intimamente relacionada a observância do princípio da intervenção mínima e da *ultima ratio*, presente nos estados democráticos de direito.

Contudo, embora necessário, o direito penal, no exercício dos poderes que lhe são assegurados, é capaz de gerar danos sociais, tendo em vista o desvirtuamento que sua finalidade possa sofrer, o que será demonstrado nas concepções que dão origem as teorias da pena.

Após a referida análise teleológica, serão tecidas considerações acerca do surgimento dos bens jurídicos, bem como o salutar papel desempenhado pela moral como elemento embrionário norteador.

Os aludidos bens jurídicos são os pontos primordiais que encabeçam toda a atuação do direito penal, tem em vista que após se aferir sua finalidade, surge a necessidade de imergir sobre a sua tutela, presente na tipificação de condutas, que ocorrem com o fito da proteção de determinados bens jurídicos.

Delimitar, portanto, as métricas de surgimento dos bens jurídicos significa tentar elucidar em quais situações o direito penal estará legitimado a atuar, salientando a necedade de se aferir como a moral desempenha seu papel nesse momento.

Ao final, almeja-se enfatizar a necessidade da aplicação ponderada do instituto moral, intrínseco a natureza humana, agregando o elemento da racionalidade, bem como suas ramificações teóricas, tal qual vem sendo empregada pelo Tribunal

Federal Alemão, com a precípua finalidade de equilibrar a intervenção jurídico penal com os anseios sociais.

Uma sociedade que almeja a preservação ampliada dos direitos fundamentais é aquela que deslegitima a atuação exacerbada do direito penal, pois, a evolução implica no esvaziamento das tipificações de condutas.

1 TEORIAS LEGITIMADORAS DO PODER DE PUNIR DO ESTADO E AS SUAS MODIFICAÇÕES HISTÓRICAS

O poder de punir do Estado decorre, em seu aspecto pretérito, da legitimidade outorgada pelo povo a um Estado Democrático de Direito para fazer prevalecer o direito da coletividade em detrimento do direito individual.

Sobre a concepção do conceito de Estado é salutar o entendimento prelecionado pelo filósofo inglês John Locke citado por Ferrajoli:

O Estado é, a meu ver, uma sociedade de homens constituída unicamente para o fim da preservação e da promoção dos interesses civis. Chamo de bens civis a vida, a liberdade, a integridade física e a ausência de dor, e a propriedade de coisas externas, tais como terras, dinheiro, móveis etc.” (FERRAJOLI, 2006, p.227).

Visa-se, portanto, a preservação dos interesses coletivos em sua acepção ampla, englobando todos os aspectos humanos de modo a proporcionar o convívio harmonioso entre os indivíduos, valorando a sociedade em detrimento da vontade individual.

Ao longo dos anos, foram surgindo teorias que, sob seus prismas ideológicos, acreditavam ser a mais adequada e legítima justificativa para a intervenção Estatal no exercício do poder

de punir, cada uma com a sua vertente doutrinária embasada pelos anseios sociais épicos.

Dessa forma, ao longo da história, surgiram doutrinas questionadoras do poder de punir do Estado, denominadas de legitimadoras ou justificadoras e, em sentido contrário, as abolicionistas ou minimalistas radicais, também denominadas de deslegitimadoras.

Destaca-se, contudo, que o objetivo do presente trabalho não é se filiar fielmente ao conteúdo exposto nas ideologias deslegitimadoras elencadas acima, mas sim, ao teor axiológico preconizado por elas, sendo imperioso explicar suas linhas de raciocínio.

Segundo retrata o autor José Antônio Paganella Boschi (2006), as teses lideradas por Louk Hulsman, Nils Chistie, Sebastian Scheer e outros, apresentavam a crença na ineficiência e incapacidade do direito penal como mecanismo de controle dos conflitos inerentes a qualquer sociedade, ao passo que esses, deveriam ser solucionados por outras formas de controle menos gravosas e mais eficientes, com a lúdima capacidade de ressocializar os infratores.

Sob a mesma linha de raciocínio, mas com características próprias, doutrinadores como Eugenio Raúl Zaffaroni e Alessandro Baratta prelecionavam a abolição gradativa do sistema penal que, ao longo de sua existência, se mostrou empiricamente ineficaz, destinado ao fracasso. Assim, difundiram a Teoria Abolicionista como mecanismo menos danoso para a sociedade no controle dos membros que violavam seus ditames comportamentais.

No que concernem às Teorias Justificacionistas ou Legitimadoras, o foco inicial do presente trabalho, destaca-se os ensinamentos de Ferrajoli que assim entende: “As respostas positivas são aquelas fornecidas pelas doutrinas que chamei de justificacionistas, eis que justificam os custos do direito penal com

objetivos, razões, ou funções moralmente ou socialmente irrenunciáveis” (FERRAJOLI, 2006, p.230).

Ao passo que para o autor a teoria abolicionista é entendida como:

As respostas negativas, ao invés, são aquelas fornecidas pelas doutrinas chamadas de abolicionistas que não reconhecem justificção alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram suas vantagens inferiores aos custos da tríplice constrictão que o mesmo produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação para os que observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais (FERRAJOLI, 2006, P.231)

O *jus puniendi* - ou seja, o direito ou poder de punir do Estado - na concepção de Ferrajoli, ao relatar as teorias de Guther Jakobs influenciado por Niklas Luhmann justifica que “a pena enquanto fator de coesão do sistema político –social em razão da sua capacidade de restabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições” (FERRAJOLI, 2006, p.256).

Pode ser extraída dessa asseveração que a finalidade do poder ou direito de punir está intimamente interligada com a estabilidade da confiança coletiva dos cidadãos com as instituições do Estado detentoras do exercício do poder punitivo.

Como derivação das Teorias Legitimadoras ou Justificadoras da pena abordadas acima, doutrinadores renomados como Kant, Hegel, Feuerbach e Roder, cada um com seus posicionamentos que serão abordados nos próximos itens,

elaboraram três “sub-teorias da pena”: as *Teorias Absolutas ou Retribucionistas*, as *Teorias Relativas ou Prevencionistas* e, por fim, as *Teorias Mistas ou Ecléticas*.

2.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUCIONISTAS

Todos os comportamentos humanos estão intimamente relacionados com o seu meio. Nada melhor do que os relatos históricos para que possam ser aferidos em quais condições nossos ancestrais viveram. Era no contexto do Estado Absolutista, em que a vontade de Deus era exercida pelo Soberano escolhido por ele, que a Teoria Retribucionista se originou.

Como fundador ou precursor das Teorias Absolutas ou Retribucionistas encontra-se o filósofo alemão Kant. Estribado nos ideais éticos e morais, preconizava ser a pena um instrumento que se justificaria pela existência do delito, como pode ser observado no trecho a seguir:

A pena não pode ser imoral, ou seja, não pode tomar o homem como um meio... a pena é um fim em si mesmo, derivando da simples violação do dever jurídico... a devolução da mesma quantidade de dor injustamente causada... Os direitos subjetivos eram averiguados através dos direitos morais. Se o imperativo categórico (dever moral) nos obriga a respeitar o outro como fim em si mesmo, a partir deste dever descobrimos o direito subjetivo a ser considerado, como fim em nós mesmos. Quando o dever moral do outro deixa de ser garantido pelo Estado, desaparecerá o direito subjetivo a exigir o respeito de fim em si mesmo que nos assiste” (ZAFFARONI, 2007, p.231).

Nesse diapasão, é notória a concepção do exercício do poder punitivo por intermédio da pena como instrumento capaz de retribuir o mal (pecado) cometido pelo infrator a uma vítima

integrante do seio social. Ao cometer o delito, o infrator se desgarrava dos ideais sociais e, como forma de controle, essa sociedade, representada pelo Estado Soberano, deveria garantir que a pena fosse capaz de retribuir todo e qualquer mal gerado.

Como adepto da Teoria Retribucionistas, o também alemão e filósofo Hegel, acreditava que a razão deveria nortear tanto as ações como a vida humana, pois “o único que é infinito é a razão. A razão desenvolve-se na História, fazendo avançar o espírito da humanidade”, segunda relata o professor Eugenio Raúl Zaffaroni, (ZAFFARONI, 2007, p.247).

Apesar de legitimarem a mesma Teoria Retribucionista, Kant e Hegel apresentavam pontos de divergência. Para o primeiro, a razão era um instrumento de conhecimento, portanto algo passivo, enquanto Hegel julgava a razão como um princípio ativo, criador e único.

Embora houvesse pontos de divergência sobre a mesma teoria, é notório o caráter retributivo talional dos dois filósofos, ao passo que Hegel asseverava que “se o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito e conforme a regra de que a negação da negação é uma afirmação, a pena seria a afirmação do direito, que se imporia simplesmente pela necessária afirmação do mesmo” (ZAFFARONI, 2007, p.248)

O hegelianismo retribucionista estava pautado na organização dos homens pelos seus níveis de discernimento, sendo imputado aos que não compartilhavam o racionalismo medidas neutralizantes sem quaisquer ponderações de limites.

Essa ideologia permitia castigos ainda mais graves aos sujeitos que praticavam alguma infração que traía os ditames comportamentais pré-determinados pela própria sociedade. Em contrapartida, no caso da prática de delitos leves, a pena não seguia a mesma proporção, pois, além do caráter retributivo, ainda estava presente o interesse na reprovação do incentivo a pratica da

infração. Dessa forma, a pena teria de ser dura para dar o exemplo aos demais cidadãos.

Percebe-se que a Teoria Retributiva firmava seus conceitos no âmbito metafísico pelo entendimento de que a sanção penal e sua capacidade de intimidar o infrator, somada às graves penas, bastavam para controlar o convívio interpessoal mantendo-o equilibrado. A precípua finalidade era a supremacia da Justiça controlada pelo poder do soberano concedido diretamente por Deus.

Os seus idealistas inadmitiam o cunho preventivo da pena, asseverando que, caso houvesse essa imposição, a dignidade do infrator seria molestada. O transgressor serviria como mecanismo para atingir os intentos sociais, ao passo que o homem não pode ser utilizado como um meio pelo risco de tornar-se um objeto do próprio direito.

Como crítico ao posicionamento de Kant e Hegel, o filósofo alemão Claus Roxin assevera que o déficit ideológico da Teoria Retributiva estava explícito na pressuposição da necessidade da pena, devendo o Estado compensar a culpa do infrator imputando-lhe uma pena com capacidade de restituir todo o mal.

A pena seria o mal justo aplicado a qualquer tipo de infração, independentemente de sua natureza. O castigo era o mecanismo correto para se repudiar a culpa humana, sem a necessidade de pré-requisitos. “Era um cheque em branco ao legislador” (ROXIN, 2004, p.17).

Ao conceder um poder punitivo sem restrições ao Estado, por intermédio de uma pena, macula-se seu verdadeiro sentido e de forma irracional acredita-se que o mal poderá ser corrigido pelo próprio mal. Dessa forma, Claus Roxin entende que:

Resumindo em uma só frase as três razões:
a teoria da retribuição não nos serve, porque

deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante... recorda em demasia o arcaico princípio de talião.. considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena” (ROXIN, 2004, p.19).

Na contemporaneidade, instrumentalistas do saber jurídico como Santiago Mir Puig, tecem críticas consistentes acerca dos fundamentos das teorias de Kant e Hegel. Para esse autor, a Teoria Retributiva preconizada por Kant estabelecia um rígido paralelismo entre os anseios religiosos de Justiça divina e a função da pena.

A lei penal era utilizada como um “imperativo categórico”, com a finalidade indiscriminada de se alcançar o conceito de Justiça existente na época, sem a afetação condicional da utilidade da pena para promoção da proteção da sociedade. Não havia, portanto, a necessidade de um resultado útil para a sociedade. A Justiça estava acima disso.

Tal entendimento pode ser extraído do seguinte raciocínio traçado por Mir Puig, que afirma: “Vê-se aqui claramente uma consequência fundamental da concepção retributiva: segundo a mesma, a pena de ser imposta ao delito cometido, ainda que resulte desnecessária para o bem da sociedade” (PUIG, 2007, p.59).

Apesar de uma fundamentação mais jurídica, a teoria de Hegel, para Mir Puig, baseava-se somente na reação da pena a um delito praticado por determinado sujeito (vontade individual), contrária à vontade coletiva, operando seus efeitos no passado sem instrumentalizar nenhuma utilidade posterior.

Ao contrário sensu, apesar do extremismo de algumas características da teoria de Kant e Hegel, é possível extrair um significado que possibilite alguma função à pena, conforme discorre Mir Puig:

Isso não significa que tais teorias não confirmam função alguma à pena: elas têm em comum, precisamente, outorgar à mesma, por uma ou outra via, a “função de realização da Justiça”. Esta função se funda em uma exigência incondicionada – seja religiosa, moral ou jurídica – de Justiça, posto que esta não pode depender de conveniências utilitárias relativas a cada momento, devendo se impor com caráter absoluto. Daí que as teorias retribucionistas puras recebem o nome de “teorias absolutas” - em contraposição às teorias relativas (PUIG, 2007, p.60).

Embora os criadores da teoria absoluta não quisessem atribuir nenhuma função a pena com efeitos posteriores, é inegável a função de “realização da Justiça”, tal qual assevera Mir Puig. Não havendo como afastar a exigência incondicionada de tal objetivo com o efeito alcançado com sua aplicação.

Associada à função garantidora ou valorativa da realização da Justiça, pensadores e seguidores da Teoria Retributiva no século XIX, mesmo que de forma implícita, preconizavam o emprego da proporcionalidade entre a pena e o delito como forma de garantir o limite da reprimenda sobre o cidadão, lastreado nos ideais da dignidade humana.

Nesse contexto, a proporcionalidade ganha conotação de instrumento capaz de nortear o exercício da função ou poder de punir outorgado ao Estado. Analiticamente a sanção imposta passava a estar intimamente relacionada ao delito praticado, o que restringia o império uniforme das penas severas.

Por possuir em sua concepção ideológica o caráter retributivo do mal empregado pelo infrator à sociedade, há a figura inócua da manutenção por parte do Estado dos efeitos decorrentes da reação maléfica, o que desvirtua as finalidades primordiais necessárias a subsistência de uma sociedade harmoniosa.

É nesta linha racional que, segundo preleciona Mir Puig, a teoria absoluta não teve o acolhimento do Direito:

O fato das teorias absolutas quase não terem sido acolhidas pelo Direito e pela doutrina penal deve-se a que, geralmente, não se vislumbra como função do Estado moderno a realização da Justiça absoluta sobre a Terra. Esta tarefa é considerada hoje objeto moral ou religioso, e não uma finalidade de um Estado como o atual, que quer manter desvinculados os campos da Moral e do Direito porque não admite que a Ética ou a Religião possam ser impostas por força da lei. Já não são admitidas – em nosso âmbito cultural – as premissas do Estado teocrático, no qual era coerente atribuir à pena o papel de instrumento de castigo contra o mal. Em um estado democrático as sentenças não se pronúnciam em nome de Deus, mas em nome do povo, e o Direito só pode ser justificado como meio de assegurar a existência da sociedade e de seus interesses (PUIG, 2007, p.62).

Embora sua inaptidão na vinculação de adeptos possa parecer evidente, é notório que as Teorias Retributivas demonstraram faticamente a eclosão das vontades das sociedades e os seus respectivos sentidos desvirtuados de Justiça - o que implica a não aplicação da pena pura e simplesmente com caráter retributivo.

É através das análises comportamentais e ideológicas que o homem consegue assimilar pragmaticamente os infortúnios da sua história, o que possibilita o não cometimento posterior dos mesmos desacertos.

Com advento do iluminismo no século XIX, a teoria Kantiana também se moldou a duas versões laicas: a primeira estabelecia que a pena seria uma retribuição ética justificada com base no valor moral da norma penal transgredida pelo delinquent e, do castigo, sem conotação religiosa, que lhe era imposto.

A segunda, com maiores traços da teoria hegeliana voltada à retribuição jurídica com emprego da violência empregada pelo infrator com a finalidade de restabelecer o ditame legal violado.

Embora tal Teoria Retribucionista tenha se modificado, a sua essência ainda permanecia inalterada, o que acabará gerando a incompatibilidade pratica de sua aplicação em decorrência da evolução racional imposta pelo iluminismo.

A consequência pratica da inadequação é a prevalência e supremacia das fragilidades constitutivas basilares da teoria, o que dá margem a evolução das concepções humanas. As teorias Relativas ganham espaço na história.

2.2 TEORIAS PREVENICIONISTAS OU RELATIVAS

Em uma visão diametralmente oposta, as Teorias da Prevenção se fundavam na missão de prevenir delitos, ou seja, sua base axiológica estava moldada na proteção pretérita dos interesses (bens) sociais, demonstrando uma verdadeira finalidade utilitarista da reprimenda imposta pelo Estado.

Nessa conjectura é salutar o que explana Mir Puig:

A pena não se justificaria como mero castigo pelo mal, como pura resposta retributiva perante o delito (já) cometido, senão como instrumento

dirigido à prevenção de futuros crimes. Enquanto a retribuição visa o passado, a prevenção visa o futuro. Ante as teorias absolutas, as teorias da prevenção recebem o nome de “teorias relativas”. Isso se deve ao fato de que, ao contrário da Justiça, que é absoluta, as necessidades de prevenção são relativas e circunstâncias (PUIG, 2007, p.63).

Afere-se, portanto, ao aplicar a Teoria Prevencionista, que as circunstâncias fáticas que configuraram a ação delituosa são salutares, o que gera a relativização da quantificação da reprimenda imposta.

Historicamente a mais antiga formulação das teorias relativas é atribuída a Sêneca, consubstanciado em Protágoras de Platão, ao asseverar que “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mais sim para que não volte a pecar” (BITENCOURT, 2007, p.89)

Sob a mesma análise histórica, a função preventiva da pena se divide, segundo a construção doutrinária do mentor Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach (1775-1883), em prevenção geral e prevenção especial, ao passo que ambas se subdividem em positiva e negativa.

Antes de adentrar no mérito de tais conceituações, faz-se necessário corroborar a importância histórica do filósofo Feuerbach nos trechos transcritos por Eugenio Raúl Zaffaroni:

Foi o grande jurista da Baviera, autor do Código Penal de 1813. Pensador e jurista destacado entre os melhores de seu tempo, foi homem de enorme capacidade e vocação filosófica. Um acidente da vida levou-o ao campo do direito, mas nunca deixou de fazê-lo com grande fundamentação no filosófico. Foi catedrático na universidade de Viena,

Conselheiro do Reino e Juiz. Sua vida é marcada por três períodos: o de pensador, o de legislador e o de Juiz. Nos três foi notável (ZAFFARONI, 2007, p.232).

Feuerbach em sua obra “Revisão dos princípios e conceitos fundamentais do direito penal vigente” (1799 e 1801), preconizava que a pena deveria ser aplicada em razão de um fato consumado, pretérito, que tem como precípua finalidade conter os cidadãos mediante uma coação psicológica para que não cometam delitos, (ZAFFARONI, 2007, p.234).

Essa coação psicológica fundamentada por Feuerbach dá origem à primeira divisão da Teoria Prevencionista denominada de Prevenção Geral Negativa.

A Prevenção Geral Negativa conceituava-se pela sustentação de que cabia ao Direito Penal o poder de solucionar os problemas da criminalidade.

Tal poder seria exercido primeiramente pela ameaça decorrente da pena, que teria o condão de informar em caráter preventivo, quais as condutas volitivas tipificadas como injustas, que ensejariam a reprimenda Estatal e, a sua aptidão para ser aplicada (executada).

Dessa forma, a pena por intermédio da lei detinha o poder do exercício coativo no âmbito psicológico dos cidadãos, para que estes se abstivessem do cometimento de delitos.

Havia a presunção de que o homem por possuir racionalidade ponderaria, através da afetação em seu âmbito psicológico, se valeria “a pena”, cometer aquele ilícito para sofrer por consequência os danos decorrentes da sanção penal determinada pelo Estado.

Imperioso mencionar, como já elencado anteriormente, que as condutas humanas estão intimamente relacionadas com a

sua conjectura e anseios épicos, afere-se que as ideias que embasaram a Teoria Prevencionista se desenvolveram no período de transição entre o Estado Absolutista e o Estado Liberalista, denominado de Iluminismo.

No curso do Iluminismo, seus pensadores impuseram acertadamente os fundamentos do Estado Natural, desvinculado do laicismo, substituindo o poder sobre o corpo, que se dava através de castigos, pelo poder sobre a alma, que se perfazia sobre o psicológico do infrator.

A pena com o seu caráter prevencionista exercia sua função de, através da racionalidade, coibir psicologicamente os impulsos ou motivos ensejadores da conduta criminosa. Havia fundamentalmente a intimidação exercida através do medo da imposição da pena associado à racionalidade humana que possibilitaria a afetação dos malefícios da reprimenda.

Por sua vez, a *Prevenção Geral Positiva* estava moldada na consciência da sociedade que interiorizava a proteção pela lei dos bens socialmente relevantes e, através dessa valoração, acatava respeitosamente os ditames legais.

Axiologicamente a sociedade assimilaria a norma, um respeito ao Direito Penal e sua finalidade, acreditando na necessidade de aplicação de suas prescrições como forma de garantir a manutenção da própria sociedade (seus bens).

Ao tecer considerações a tal teoria, Mir Puig preleciona as características elucidadas por Armin Kaufmann:

Armin Kaufmann atribui as três seguintes funções à prevenção geral positiva, como via que contribui para moldar a vida em sociedade: em primeiro lugar, uma função informativa do que está proibido e do que se deve fazer, em segundo lugar, a missão de reforçar e manter a confiança na capacidade da ordem jurídica de se

manter e de se impor; por fim a tarefa de criar e fortalecer, na maioria dos cidadãos, uma atitude de respeito pelo Direito – não uma atitude moral (PUIG, 2007, p.64).

Contudo, apesar do seu cunho vantajoso em comparação à Teoria Retribucionista, é inegável a existência de pontos falhos na aplicação da teoria Relativa. A prima face, percebe-se que está se funda no emprego do terror como forma de coação à prática delitiva.

O emprego indiscriminado do terror que gera o temor da pena, afeta cabalmente os princípios constitucionais de um estado democrático de direito e, possibilita a aplicação de castigos severos para respaldar efetivamente o suposto temor, seria tendenciosa à sua efetivação para evitar que a pena recaísse no descrédito social.

Associado a esse déficit, é notório empiricamente (no curso da história da pena), que os delinquentes que cometem crimes cuja reprimenda imposta é quantitativamente elevada, não os deixam de fazer pelo conhecimento desta, pelo contrário, servem de exemplo para desconstituir a tese da eficácia do terror, cometem os delitos por motivos socioeconômicos.

Acerca de tais críticas, são imprescindíveis as considerações formuladas por Claus Roxin ao explanar que:

A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípios semelhantes às outras duas (teoria da retribuição, e a teoria da prevenção especial): não podem fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas consequências; é político – criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico (ROXIN, 2004, p.25).

Já a *prevenção especial*, por sua vez, destina-se a coibir novas práticas delitivas dos delinquentes que já cometeram um ilícito penal, operando seus efeitos na imposição e execução da pena.

Dessa forma, se distingue da prevenção geral na medida em que não é direcionada à coletividade, mas, sim, a determinados indivíduos (delinquentes). Por tal motivo, também é denominada de prevenção individual.

Conceitualmente existe uma subdivisão da prevenção especial em positiva e negativa, ao passo em que a primeira se refere à reinserção do delinquente na sociedade, e a segunda à neutralização do mesmo pela imposição de uma pena tendo em vista a sua inaptidão para pertencer à sociedade.

É na axiologia preconizada por Von Liszt que a teoria da prevenção especial ganhou propagação, o autor sustentava que “o delito era um produto social e a antijuridicidade um dano social” (PUIG, 2007, p.68). Dessa forma, o delinquente deveria internalizar os valores normativos que ensejavam a proteção dos bens jurídicos tutelados.

Mir Puig, ao referendar o autor, menciona em sua obra as características ímpares fundamentadoras da teoria da prevenção especial ao expender:

A pena correta, é dizer, a pena justa, é a pena necessária, determinada de acordo com a prevenção especial.

A finalidade da prevenção especial é cumprida de diferentes formas, segundo as três categorias de delinquentes apontadas pela Criminologia: (a) frente ao “delinquente ocasional” que necessita de correção, a pena constitui uma “lembrança” que o inibe de cometer ulteriores delitos; (b) frente ao “delinquente não ocasional, mas corrigível – também chamado “de estado”, porque nele a disposição ao crime já constitui um estado de certa permanência – deve-se perseguir a correção e ressocialização por

meio de uma adequada execução da pena; (c) frente ao “delinquente habitual incorrigível”, a pena visa obter sua inocuidade por meio de um isolamento que pode chegar a ser perpétuo (PUIG, 2007.p.67).

Portanto, a finalidade a ser alcançada é a da proteção aos bens jurídicos através da aferição circunstancial do caso concreto associado aos elementos que compõem a personalidade e a vida pregressa do agente.

Críticas inerentes a todas as teorias são mais bem fundamentadas nos argumentos explanados por Mir Puig ao elucidar situações de cidadãos que cometem infrações, como as de trânsito, por exemplo, e não necessitam sequer do caráter intimidador da pena, nem do ressocializador, tampouco do inocuidador.

Contudo, muito embora existam situações que não gerem a aplicação da Teoria da Prevenção Especial, não há de se afirmar que o delinquente deva ficar impune, pois não se pode referendar a não incidência do Direito Penal para coibir as infrações. Deve ser observada a proporcionalidade da pena imposta ou outros mecanismos de controle.

Inobstante à existência de pontos falhos em todas as teorias da pena, por não existir no âmago teleológico uma verdade universal, a Teoria da Prevenção Especial merece ser destacada em virtude de preconizar o combate à reincidência no âmbito da política criminal associada à ressocialização do delinquente no âmbito da execução penal.

Zaffaroni entendia que “se não se descobrem os problemas e sua importância, se não se formulam adequadamente as indagações, não poderão ser encontradas as respostas. Muito frequentemente carecemos de respostas em virtude da má formulação de perguntas” (ZAFARRONI, 2007, p.233).

É salutar que, no curso do desenvolvimento humano, o corpo social empiricamente analise as vantagens da aplicação de uma ou outra teoria da pena. Essas indagações permitem conhecer os pontos positivos e negativos inerentes a qualquer fundamentação teórica.

Em suas considerações, Ferrajoli tece escolasticamente as distinções entre as teorias Retributivas ou Absolutas e as teorias Relativas ou Prevencionistas:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Cada uma dessas duas grandes classes de doutrinas viu-se, por sua vez, dividida em subgrupos. As doutrinas absolutas ou retributivistas foram divididas tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da prevenção especial, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinquente, e doutrinas da prevenção geral, que, ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral. Por derradeiro, a tipologia das doutrinas utilitaristas foi recentemente enriquecida com uma nova distinção, qual seja aquela entre doutrina de prevenção positiva e doutrinas de prevenção negativa, dependendo da fato da prevenção –

especial ou geral – realizar-se positivamente, por meio da correção do delinquente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos, ou negativamente, por meio da neutralização daquele ou da intimidação destes. (FERRAJOLI, 2006, p.236).

Nessa conjectura, a límpida distinção entre a Teoria Retributiva e a Teoria Preventiva está situada em seus efeitos e destinações, ao passo em que a primeira está focada ou predisposta a referendar-se ao passado, enquanto a segunda destina-se à produção prospectiva de resultados futuros.

Retribui-se o mal sem finalidades extrapunitivas, apenas com caráter sancionador, como uma verdadeira retribuição da ação volitiva do infrator. Por sua vez, a Teoria Preventiva caracteriza-se por suas finalidades extrapunitivas que exige um balanceamento concreto da finalidade temporal da intervenção punitiva para a produção eficaz do resultado jurídico penal da sanção imposta.

Nesse contexto, o curso da história nos impõe a análise sociológica dos efeitos decorrentes da pena, nos remetendo a constantes indagações acerca da sua eficácia. Percebe-se que não deve prosperar uma visão holística no que tange às teorias da pena, sendo razoável a fundição de suas bases axiologias visando a projeção de resultados mais satisfatórios para a sociedade. Surge então a Teoria Mista ou Eclética.

2.3 TEORIA MISTA OU ECLÉTICA

Em virtude da complexidade dos fenômenos sociais que compõem a atuação necessária do Direito Penal, torna-se impraticável a utilização em termos fáticos de apenas uma base fundamentadora de uma das teorias da pena.

Surge então a necessidade da junção das finalidades pretendidas pelas Teorias Retribucionistas e Prevencionistas (geral

e especial) para que se possa abranger de forma satisfatória os resultados mais vantajosos para a sociedade.

É nessa linha de raciocínio que a Teoria Eclética pretende tutelar a pena e os seus efeitos. Seu pretérito objetivo esta moldado na preservação dos interesses sociais, bem como em sua sadia progressividade sustentável.

No âmbito teórico, os conflitos que circundam as bases fundamentadoras das teorias anteriormente elucidadas, não podem permitir os descréditos funcionais do Direito Penal como instrumento de manutenção racional do equilíbrio comportamental humano.

As relações humanas são repletas de conflitos. Tal característica é intrínseca à antropologia que nos materializa. Por possuir como instrumento de sobrevivência o dom da racionalidade, os seres humanos necessitam construir mecanismos harmoniosos de convívio, que estão pragmaticamente escalonados no respeito aos direitos alheios.

Nessa linha racional, positivamente se imputou ao Direito Penal, em *última ratio* (natureza subsidiária), o poder/dever de tutelar os conflitos inerentes ao convívio humano. É sobre essa conjectura que filósofos do saber procuram fundamentar a junção axiológica ou fundamentadora das teorias da pena.

O ordenamento brasileiro de acordo com a extração valorativa da norma, mais precisamente no teor do artigo 59 do Código Penal, elegeu como instrumento sancionador os fundamentos da Teoria Eclética da Pena.

Tal escolha se per fez sob a égide da preservação ampliativa dos direitos fundamentais, com a salutar observância do melhor resultado prático para a sociedade.

É sabido que historicamente a pena possui um caráter talional satisfativo (Teoria Retribucionista), no que concerne aos

valores comportamentais de uma determinada coletividade. Ou seja, reprime-se toda a prática de ilícitos, pelo fato destes afrontarem os ditames que estruturam determinada sociedade e corriqueiramente estarem atrelados aos imagináveis atalhos que possibilitariam a afetação de alguma vantagem.

No escopo teórico da prevenção geral, se extrai com cautelaridade as consequências de sua base axiológica, reprovando a sua total aplicação com a finalidade de evitar a majoração das penas nos crimes considerados graves ou nos crimes praticados com mais habitualidade, a exemplo dos crimes contra o patrimônio. Leva-se em conta apenas o reconhecimento da racionalidade humana em ponderar as consequências dos seus atos, reprimindo-se com mais gravidade os que afetam mais danosamente os bens jurídicos essenciais (a exemplo da vida).

Ponderando os divergentes fundamentos das teorias da pena, os Ecléticos buscam equilibrar as essências teóricas que ensejam no âmbito fático um resultado positivo para a sociedade.

É nessa ótica que se extrai da referida Teoria Retribucionista sua inaptidão impeditiva da aplicação exacerbada da pena para além da culpabilidade do infrator. Busca-se, ao contrário do determinado pelos retribucionistas, a estipulação de um limite quantitativo da pena, tido como justo e adequado para cada delito praticado que será analisado circunstancialmente.

Na visão Eclética, doutrinadores como Mir Puig asseveram a existência de uma divisão conceitual, primeiramente sob a posição conservadora, que se caracterizaria pela imposição de uma retribuição justa do mal causado pelo delincente ao praticar um delito, possuindo os fins da Teoria Preventivista um mero papel de complementação, bem como, de forma ambivalente, estaria a corrente progressista, que fundamenta a defesa da sociedade na proteção dos seus bens jurídicos, se impondo o caráter retributivo apenas para estabelecer os limites máximos de

exigências da prevenção, com a finalidade de coibir que a pena ultrapasse o merecido.

Como mecanismo modulador de tal limite, estaria a culpabilidade do agente, que se perfaz sob a análise circunstancial de sua vida pregressa agregado aos fatores que ensejaram a prática do delito.

Os referidos aspectos estão estruturados nas explicações de Mir Puig agora transcritas:

Deixando de lado os inumeráveis matizes, pode-se distinguir “duas grandes correntes”. Por um lado, aquelas que acreditam que a proteção da sociedade deve basear-se “na retribuição justa” e na determinação da pena, concedem aos fins de prevenção um mero papel complementar dentro do marco da retribuição. Esta constitui uma posição “conservadora” representada pelo Projeto Ministerial alemão de 1962. Por outro lado, um setor “progressista” da ciência alemã inverte os termos da relação: fundamento da pena é a defesa da sociedade (proteção de bens jurídicos), e à retribuição (com este ou outro nome) corresponde unicamente a função de limite máximo das exigências de prevenção, impedindo que as mesmas conduzam a uma pena superior à merecida pelo fato cometido (MIR PUIG, 2007, p.71).

Em suas considerações, o mencionado autor salienta de forma sintética que para a primeira concepção (conservadora) o Direito Penal cumpriria uma função dúplice: a de proteção da sociedade, associada à realização da Justiça.

Na concepção progressista por sua vez, o Direito Penal estava adstrito apenas a função de proteção social.

Em que pese   existência da referida distin o conceitual, imperiosa se faz a pondera o das críticas do referido autor a todas as teorias da pena concebidas. Como pensador teórico e crítico Mir Puig explana de forma menos agonizante a peculiar corrente doutrinária preconizada por Vom Sinn Schmidh user, denominada de “teoria da diferencia o” (SCHMIDH USER, 1975, p.52).

Essa teoria parte da premissa da existência distintiva entre a pena em geral e o sentido da pena para os distintos sujeitos que interv m na existência da mesma. De um modo geral a pena possui dois aspectos primordiais, a finalidade ou fun o e o seu sentido.

No que concerne   finalidade punitiva, enquadrada como um “fen meno global” encontra sustentáculo nos fundamentos da teoria da preven o geral, com uma salutar observância, a inexistência despreziosa da coa o psicológica como vetor capaz de coibir a prática de todos os delitos, mas sim com aptidão de reduzir a prática delitativa ao limite tolerável que possibilite o convívio social.

Nesse contexto, a puni o tornar-se-  lícita pela intrínseca necessidade humana da pena (fun o). Essa se configura como o instrumento necessário para o convívio harmonioso dos indivíduos que compõem as sociedades.

Salienta-se que ao tecer tais considera es torna-se notória a instrumentaliza o da pena em benefício da sociedade e não do infrator. Rompe-se um dos ditames Kantianos de que “o delinqüente não pode ser utilizado como meio em benefício da sociedade” (ZAFFARONI, 2007, p.231).

O que se percebe pelas concep es de Schmidh user transcritas por Mir Puig   que, empiricamente, não existe outra possibilidade fundamentadora da pena senão a de promo o da vida em comunidade.

A parte mais brilhante da observação do autor está situada na intervenção única de cada sujeito na existência da pena:

Para o legislador', a pena serve, sobretudo, à defesa da coletividade, ainda que ele deva levar em consideração a Justiça no momento de sua fixação; os 'órgão encarregados da persecução' (Polícia e Ministério Público) devem cumprir a função de esclarecimento do delito e colocação do criminoso à disposição dos Tribunais, guiados pelo princípios da igualdade (Justiça); 'o Juiz' deve perseguir, em primeiro lugar, a pena justa, levando em consideração o fato cometido e a comparação com as outras penas, mas dentro do marco da pena justa deve considerar também a prevenção especial; os 'agentes penitenciários' deverão outorgar à execução a finalidade de ajudar o condenado a aproveitar o tempo de cumprimento da pena ou, ao menos, se isso não for possível, a finalidade de prevenção especial por meio da ressocialização; por fim, a pena já cumprida pode significar para 'a sociedade' a reconciliação, permitindo a aceitação do apenado em seu seio (MIR PUIG, 2007, p.74).

Os respectivos sujeitos possuem papéis distintos e as suas intervenções se dão também em momentos distintos, o que não implica a não observação de preceitos como Justiça, ressocialização e reconciliação em defesa da sociedade que, embora estejam pragmaticamente estruturados, na teoria se associam em diversos momentos.

Não podemos falar em Justiça sem a possibilidade de ressocialização, tampouco dissociar a aceitação do apenado reconciliando-o com a sociedade se este não estiver apto a se ressocializar. São fases que se homogeneízam.

Por fim, doutrinariamente se evidencia por sua fundamentação a teoria concebida por Roxin, denominada de “Teoria Dialética Unificadora”, que se fundamenta na acentuação problemática das “três fases” de existência da pena, denominadas de cominação legal, aplicação judicial e execução da condenação (ROXIN, 2004, p.44).

Para Roxin, em cada uma dessas fases haverá a correspondência de uma resposta distinta da função da pena, ao passo que, embora sejam distintas, estarão estreitamente relacionadas (ROXIN, 2004, p.44).

Epistemologicamente expendendo, a dita teoria fundamenta-se na unificação sintética dos diversos fundamentos outorgados à pena.

Em um primeiro momento, dito como o “da cominação legal”, nenhuma previsão tradicional se adéqua com maestria - nem a fundamentação retributiva, nem a preventiva (geral e especial) - pois demonstram a impossibilidade de esclarecimento da indagação do que deve ser considerado delito, para que por conseqüência saibamos o que retribuir ou o que prevenir.

Roxin perquiri na fundamentação de tais respostas esclarecendo-as da seguinte maneira: no momento legislativo a função da pena seria direcionada para proteção de bens jurídicos e serviços públicos imprescindíveis - proteção essa exercida por intermédio da prevenção geral contra os fatos que atentem os referidos bens e serviços.

O autor afasta a aplicação nessa fase da prevenção especial e da retribuição asseverando que a lei se dirige à sociedade como um todo. No segundo momento de aplicação judicial, a imposição da pena pelo Juiz confirma a seriedade da coação psicológica exercida no primeiro momento pela prevenção geral.

Contudo, salutar é a observância da culpabilidade do infrator como vetor limitador da dosimetria da pena, ao passo que esta não pode ser arbitrada acima daquela.

É nesta observância que se insere o discutível dogma Kantiano da utilização do homem como meio para os demais, esclarecendo Roxin que a culpabilidade evita a inserção de tal dogma, uma vez que, o delinquente respondera na exata medida de sua pessoa.

Na última fase de existência da pena, a dita execução, Roxin dispõe que se configurarão os fundamentos das fases anteriores e as suas finalidades, de modo que tenham na ressocialização do delinquente os ditames da prevenção especial.

Destaca-se, ainda, que poderão sobrevir condenados que não necessitem de tratamento terapêutico-social. A estes deveria existir a possibilidade do uso de suas próprias aptidões com a finalidade de evitar a sua atrofia.

A teoria dialética unificadora, portanto, corresponde a evidente tentativa da promoção menos danosa de correção dos cidadãos que porventura venham ferir os direitos dos seu iguais, foca-se no resultado utilitarista em benefício do corpo social.

É sobre tais aspectos que Roxin explana:

Uma teoria unificadora dialética, como aqui se defende, pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas. Também nesse ponto podemos apontar como exemplo a ordem política do Estado: as melhores constituições são aquelas que, através da divisão de poderes e de um sistema ramificado de outros controles ao poder, integram no seu direito todos os

pontos de vista e proporcionam ao particular o máximo de liberdade individual; a melhor constituição econômica é a reunião dos princípios do estado social e do liberal. E o mesmo vigora para o direito penal, que serve igualmente a ordem comunitária no seu respectivo âmbito: a idéia de prevenção geral vê-se reduzida a sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como a exigência da prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade. A culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial. E, como vimos, de igual forma a totalidade dos restantes princípios preservam a idéia de correção dos perigos de uma adaptação forçada que violasse a personalidade do sujeito (ROXIN, 2004, p.44).

Inúmeros são os fundamentos que legitimam o *jus puniendi*. Como estruturadores de tal legitimação encontram-se os doutrinadores com a árdua obrigação de fundamentá-las.

As teorias da pena possuem em suas bases axiológicas pontos divergentes e pontos convergentes, facilmente aferíveis ao se tecer uma análise criteriosa dos motivos históricos e sociais que os legitimaram.

A essência unificadora de todos os fundamentos anteriormente elencados está situada na promoção do convívio social harmonioso - todos os outros preceitos, como a Justiça e a ressocialização, estão intimamente relacionados com o referido convívio.

O ser humano, por possuir naturalmente a característica do convívio, se estrutura de forma a modular os mecanismos que possibilitem a afetação de sua finalidade pretendida.

É baseado nessa finalidade que o Direito Penal em *última ratio*, busca garantir a progressiva harmonia social. É um mecanismo de controle que deve estar pautado primordialmente na garantia de todos os direitos fundamentais aos seus membros.

A Teoria Retribucionista nos serve para satisfação do natural desejo ou senso interno de Justiça. Sua ponderação por sua vez é a única forma de controle da sua exacerbada ânsia. No âmbito jurídico, sua utilização está fundada no necessário controle das acepções sociais do sensu de Justiça.

Tal controle deve ser exercido para que a sociedade credite no Direito Penal a detenção (relembra-se, de maneira subsidiária) da resolução dos conflitos que não são resolvidos pelos outros ramos do direito.

Embasados pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da inocência, proporcionalidade, razoabilidade e todos os outros que fundamentam a Constituição Federal Brasileira é que se torna possível aplicar com razoabilidade os fundamentos da teoria da retribuição.

No que concerne à prevenção geral, a límpida fundamentação é extraída do intento de se impor coativamente no âmago racional o esclarecimento de que todos os atos danosos à sociedade possuem conseqüências legalmente previstas.

É nessa conjectura que o Direito Penal possui em seu arcabouço normativo as penas mais graves para os comportamentos que afrontam os bens jurídicos que merecem uma distinta tutela do Estado.

Impõe-se a toda sociedade o raciocínio lógico de que a violação aos direitos alheios pré-estabelecidos, e por consequência

protegidos, darão ensejo a intervenção do Estado, único legitimado para tal atuação.

Coage-se psicologicamente, não para impor o terror à sociedade, mas, sim, para dar ciência aos seus membros da existência de um mecanismo necessário para sua subsistência.

A pena não é o melhor dos mecanismos para solução dos males, mas é a única capaz de dirimir alguns ilícitos. A ponderação de sua coação, pautada nos ditames constitucionais, legitimam a sua aplicação.

No tocante à prevenção especial, voltada para os delinquentes, não há como dissociar os frutos podres dos déficits sociais, tais como educação, saúde, lazer, dentre outros.

O Direito Penal não pode servir de remédio para todos os males. Surge o questionamento vastamente elencado da impossibilidade de ressocializar um ser humano que sequer teve a oportunidade de ser socializado.

É nítida a ineficaz aptidão da pena de prisão como instrumento ressocializador. É nesse contexto que surge, como alternativa, a aplicação de todos os métodos que excepcionam a prisão.

A ressocialização (ou socialização de alguns) deve estar intimamente associada ao delito praticado pelo agente. A culpabilidade serve de vetor para concessão de penas menos danosas para determinados delinquentes, o que implica na aplicação de alternativas à prisão.

Fundindo todas as fundamentações das teorias da pena, pode-se enxergar nitidamente que os Ecléticos estão aptos a garantir com mais exatidão o convívio harmonioso da sociedade.

Inobstante à existência de conflitos fundamentadores, o que deve prosperar é ideia da intervenção mínima do direito penal

e que, quando se fizer necessário, que este esteja pautado nos basilares princípios constitucionais.

A retrospectiva formulada até o presente momento nos permite nitidamente aferir que o direito possui de forma indissociável um aspecto pautada na moral que conseqüentemente é moldada de acordo com a evolução ideológica da sociedade.

Em que pese o brilhantismo das concepções positivistas de vertente Kelseniana, a moral sempre se fez presente como elemento formulador as acepções jurídico penais, pelo nobre fato de se inerente a natureza humana.

Nesse percalço, após a tentativa de elucidar a finalidade do direito penal, torna-se imperiosa a análise de como surgem os bens jurídicos, com o fito de depreender os embates jurídicos consequenciais decorrentes do emprego do aspecto moral.

CAPÍTULO 3 SURGIMENTO, CONCEPÇÃO E TUTELA DOS BENS JURÍDICOS.

Inquestionável a necessidade humana do estabelecimento de mecanismos de controle da sociedade com afinco da manutenção da harmonia social. Esse mecanismo de controle nos serve para estruturar o caráter selvagem que integra a natureza do ser humano.

É na visão do filósofo italiano Cesare Bonesana Marquês de Beccaria, nascido em 1738, que podemos extrair os ideais que respaldam a necessidade da previsibilidade do controle social por intermédio do direito penal.

Mais precisamente na sua secular obra “Dos delitos e das penas” é que compreendemos a racionalidade de suas fundamentações:

Os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas

algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados, sobre a superfície da terra.

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade em que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado, pelas leis, do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que se afasta dessa base é abuso e não Justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos (BECCARIA, 2003, p.22)

Em sua obra, publicada em 1764, é possível extrair os argumentos da necessidade da intervenção do direito penal como

mecanismo de controle. No entanto, tal mecanismo social, deve ser utilizada da forma mais questionável possível, devendo sempre ser aferido o seu resultado fático.

As relações humanas são repletas de conflitos. Tal característica é intrínseca à antropologia que nos materializa. Por possuir como instrumento de sobrevivência o dom da racionalidade, os seres humanos necessitam construir mecanismos harmoniosos de convívio, que estão pragmaticamente escalonados no respeito aos direitos alheios.

Nessa linha racional, positivamente se imputou ao Direito Penal, em última *ratio* (natureza subsidiária), o poder/dever de tutelar os conflitos inerentes ao convívio humano. É sobre essa conjectura que filósofos do saber procuram fundamentar a junção fundamentadora das teorias interventivas do direito penal.

Tal escolha se fez sob a égide da preservação ampliativa dos direitos fundamentais, com a salutar observância do melhor resultado prático para a sociedade.

A gravidade interventiva do direito penal nos remonta a análise da formulação concepcional dos bens jurídicos capazes de respaldar tal atuação, na tentativa de tornar nítida qual a verdadeira função do referido ramo jurídico.

O conceito de bem jurídico sofre a ingerência axiológica de diversos autores que fundamentalmente se debruçam sobre o etiquetamento deste elemento motivador da atuação legítima do ramo jurídico penal.

Dentre as acepções que inicialmente merecem destaque, podemos aduzir a explanada por Günther Jakobs ao asseverar que:

O direito penal não serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens

contra certos ataques, e são no que se refere a essa prote o de bens, aparecerão na  tica do direito, e, portanto, serão considerados, bens jurídicos.

O direito não   um muro construído para proteger os bens,   sim, a estrutura que garante a rela o entre pessoas. Portanto, o direito penal como prote o dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens,   protegida das ameaças de outra pessoa. (JAKOBS, 2005, p.33)

A delimita o conceitual formulada por Jakobs, nos remete a constata o de que ao direito penal não se atribui a árdua tarefa de classificar, tampouco originar os bens jurídicos de determinada sociedade, competindo-lhe a tarefa não menos valorada de prote o aos aduzidos bens.

O preceito formulado por Jakobs transmuta a atua o do direito penal a um momento posterior ao surgimento dos bens jurídicos, na realidade o direito penal não terá o condão de preservar todos os bens jurídicos, na medida em que ainda haverá um afinilamento dos bens que merecem a aten o do direito penal, sendo os demais protegidos por normas do direito civil ou administrativo.

Por sua vez, a de se conceber a primazia conceitual estabelecida pela concep o de Claus Roxin que expende:

A fun o do direito penal consiste em garantir a seus cidadão uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

Bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. (ROXIN, 2006, p.18).

A ótica traçada pela concepção roxiniana traduz a real função dos bens jurídicos catalogados pelo direito penal e sua ínsita tratativa protetional cuja finalidade esta lastreada pela busca do equilíbrio das relações interpessoais vistas coletivamente.

A tentativa de construção de um conceito harmônico do que poderia corresponder no âmbito teórico os bens jurídicos em que o direito penal se predispõe a tutelar merece a confrontação com as ideologias estabelecidas por filósofos como Rudolphi, Marx e Hassemer.

Os aludidos autores baseavam a concepção do bem jurídico sob o prisma ideológico de caráter pessoal, individualizando o que deveria integrar a proteção jurídico penal, o que, segundo Roxin, correspondia a uma ideologia limitativa, inepta a abarcar os bens jurídicos da generalidade (ROXIN, 2006, p.19).

É imperiosa a aferição de que a tutela jurídico-penal dos bens postos em análise, indistintamente perpassa pela necessária expropriação valorativa dos elementos que compõe a visão axiológica de determinada coletividade de sujeitos, que anseiam pelo natural convívio harmonioso.

Uma vez concebido os moldes de aferição pelos quais se permitem estimar os bens jurídicos que necessariamente merecem a intervenção danosa do direito penal, alcançasse o ponto motriz ensejador do surgimento dos tipos penais.

Os tipos penais consistem, de acordo com a necessária observância determinativa do princípio da legalidade, do resultado do processo legislativo que busca tutelar as acepções coletivas

proteccionais com o fito de possibilitar que determinados cidadãos se relacionem harmonicamente.

Se protege penalmente os bens relevantes à manutenção da ordem sob pena de latente afronta ao princípio da intervenção mínima da seara penal. A tutela incriminadora em caso de afronta a tais bens estaria substancialmente legitimada a proteção do essencial.

A essencialidade e subsidiariedade intrínseca a natureza jurídica do direito penal correspondem a elementos pretéritos primordiais para concepção da função de tal ramo jurídico, o que delimita o próprio poder do legislador.

Inconcebível será a possibilidade do estabelecimento por parte do legislador, da tipificação de condutas que afrontem os direitos fundamentais ou correspondam a ideologias classistas.

A evolução paradigmática dá ensejo a proibição do retrocesso na medida em que transpõe o referencial ideológico para um plano substancialmente mais elevado.

Ao se aferir a teoria roxiniana sobre os aludidos bens jurídicos penalmente relevantes, o autor insere, como elemento delimitador da atuação do poder legislativo no exercício da sua função constitucional de tipificar condutas, o elemento do consentimento, ao aduzir:

A consciente autolesão, como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo.

Um paternalismo estatal, enquanto este deva ser praticado através do Direito Penal, é por isto justificável somente tratando-se de déficits de autonomia do afetado (menores de

idade, perturbados mentais, que não compreendem corretamente o risco para si).

A participação no suicídio não deve ser punível, como ocorre na Alemanha, ao contrário de muitos outros países, quando aquele que consentiu com a morte tomou sua decisão em um estado de total responsabilidade; isto é uma questão de grande importância na moderna discussão sobre eutanásia. (ROXIN, 2006, p.23)

Roxin acrescenta à memorável discussão do surgimento dos bens jurídicos penais a possibilidade de consentir com a sua infração, expurgando a atuação do estado, desalvorando a tipicidade em virtude da disponibilidade subjetiva do referido bem.

Contudo, necessário se faz o percalço sobre os demais elementos que mitigam a institucionalização exacerbada de numerosos tipos penais, tais como a inserção no direito comparado do princípio constitucional da proporcionalidade.

Transmutando a análise para o direito Alemão, Roxin nos ensina que o seu Tribunal Constitucional, em um juízo ponderado de cunho valorativo, legitimou com método de elegibilidade dos bens jurídicos penais o princípio constitucional da proporcionalidade ao descrever que:

O Tribunal decide sobre a admissibilidade de uma intervenção jurídico-penal lançando mão do princípio da proporcionalidade ao qual pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações.

Poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde de logo, haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento

de responder se uma norma penal   um instrumento útil para a prote o de bens jurídicos.

Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamenta o s ria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de um norma penal desproporcional (ROXIN, 2006, p. 27).

O racionalismo sist mico que deve pautar o arcabouço normativo de um estado democrático de direito, legitima a simbiose analógica de institutos que permitam a expansão do direito como mecanismo efetivo da tutela jurídica.

Nessa linha, Roxin destaca a atua o do Tribunal Alemão na intrínseca inser o do princípio da proporcionalidade como balizador da institucionaliza o de bens jurídicos que dão ensejo as normas t picas.

O direito se legitima em si mesmo quando, seus mecanismos racionais são proporcionais a teleologia pela qual seu embrionismo se funda.   a razão da existência sob a  tica da manuten o da sua necessária tutela que, em casos de desvios, se torna desproporcional.

Há ainda, a existência de outras métricas capazes de indicar técnicas de aferi o ponderada dos fins aos quais o direito penal estaria legitimado a agir, o que demanda a elabora o de um outro trabalho.

No que tange aos bens jurídicos penalmente relevantes, ponto primordial para identifica o da tutela penal,   salutar o adendo acerca das aprecia es roxinianas às teses prelecionadas por Hirsch, Stratenwerth, Jakobs.

Segundo Roxin, Hirsch não tinha o intento negat rio da concep o de bem jurídico pessoal derivado do contrato social,

apenas compreendia a impossibilidade da proteção penal total a tais bens.

O mencionado autor ainda acrescenta a observância da tutela subsidiária do ramo penal, apenas quando ineficientes os mecanismos de controle advindos das regulamentações civis ou jurídico-administrativas.

A primazia racional da concepção de Hirsch, na visão de Roxin, foi a correlação necessária do aludido princípio da subsidiariedade com o princípio da proporcionalidade, estruturantes imprescindíveis ao organograma intervencional do direito penal. (ROXIN, 2006, p.31).

Merece destaque intelectual a asseveração construída por Stratenwerth ao incorporar como bens jurídicos penais a proteção de animais e das futuras gerações. Nesse epicentro ideológico Roxin anui enfaticamente que a ampliação de tais bens com o fito de incorporação não só do círculo dos homens, mas também, das demais criaturas vivas e das futuras gerações é salutar para o contrato social harmônico. (ROXIN, 2006, p.33).

Tais concepções sempre nos remonta a ideia primordial de que os bens jurídicos eleitos pela sociedade são o resultado de suas acepções morais, ideológicas, consuetudinária, políticas e demais elementos antropológicos que os materializam.

O direito existe como mecanismo de tutela das ações humanas com a finalidade de permitir que as mesmas continuem se desenvolvendo de forma sustentável e harmônica.

Nesse jaez, até aqui, fora observado que a finalidade do direito decorre, além de outros aspectos, do anseio moral coletivo na preservação de ações e, o surgimento dos bens jurídicos estão atrelados a necessidade de proteção do que a própria sociedade valora.

Dessa forma, é necessário imergir sobre as situações em que o direito se choca com o aspecto moral, na tentativa de aferir em qual grau tal relação esta pautada.

CAPÍTULO 4. APLICAÇÃO EQUILIBRADA DA MORAL.

Um dos elementos que embasam o suporte concepcional do direito nas suas várias vertentes e ramos, é o aspecto moral. Tal elemento é intrínseco a antropologia que nos torna humanos.

Ao longo da história, a muito se buscou a mitigação exacerbada do aspecto moral na tutela do direito, com especial atenção ao direito penal, tendo em vista as consequências danosas que tal ramo é capaz de gerar.

Os positivistas a exemplo de Hans Kelsen, desenvolveram vertentes doutrinarias que buscavam a teoria pura do direito, na tentativa de mitigar a irracionalidade que na maioria das vezes pauta os aspectos morais.

A moral, elemento antropológico, inerente a nossa condição, sempre esteve presente em todas as ações que consequentemente tomamos e, por via de consequência, nas estruturas jurídicas que são necessariamente construídas por seres humanos.

É impossível a dissociação de elementos pretéritos basilares, tendo em vista as suas salutares características de preconcepção, ou seja, não se exclui um elemento que compõe a sua existência.

Assim, a moral se encaixa nas condutas humanas como um elemento necessariamente presente, incapaz de ser aniquilado, o que não significa que não possa ser alvo de balizamento.

Embora seja inerente as ações, a moral é um elemento que inexoravelmente precisa ser ponderado, sob pena de gerar a tutela desproporcional e irracional de ações.

As retrospectivas históricas elucidam que onde a moral desempenhou um papel de maior relevância do que o próprio direito barbáries foram praticadas a exemplo da inquisição, nazismo dentre outras.

Tais constatações nos remetem a necessidade de racionalizar na maior medida possível o aspecto moral, tendo em vista que os choques gerados por ambos é capaz de promover o desenvolvimento do próprio direito.

Nessa linha racional podemos elucidar a concepção de Jakobs ao aduzir que “a contraposição da lesão de um bem e a moral dá lugar ao crescimento do direito penal” (JAKOBS, 2005, p.42).

A imersão no elemento intitulado de moral nos remete a um paradoxo, tendo em vista que ao formularmos um balizamento do referido instituto estaremos racionalmente impondo métricas morais mais rigorosas.

Assim a própria moral serve para balizar a moral. Contudo há a necessidade do emprego da racionalidade com a finalidade de melhor empregar o antropológico elemento.

4 CONCLUSÃO

Em síntese o singelo trabalho almejou debater os institutos que legitimam o direito penal (finalidade e bem jurídico) como mecanismo necessário a manutenção social, com epicentro teórico pautado nos ideias da moral, com o afincado de elucidar racionalmente na maior completude possível do senso de justiça.

Perpassando sobre os capítulos elucidados, é mister constatar que a moral como elemento intrínseco a natureza

humana, pauta as teses que legitimam as teorias da pena, bem como serve de embasamento para a elucidação dos bens jurídicos que a sociedade necessita de proteção, passando a ter como guardião o danoso direito penal.

Por conseguinte fora demonstrada o salutar papel que a moral desempenha sob o direito penal, tendo em vista que o serve como mecanismo de evolução das tutelas que merecem ou não a sua proteção.

Em que pese o papel de motivador ao evolucionismo, a moral aplicada de forma isolada gera danos severos a sociedade sendo necessário empregar a racionalidade, com fito de impor regramentos, fases, etapas, procedimentos que desaguem na finalidade pretendida, evitando violações aos direitos fundamentais.

Assim, no plano teórico, faz se necessário a conjugação de bases ideológicas presentes em outros ramos do direito, com especial atenção ao ramo constitucional, com afincamento do estabelecimento da racionalidade a exemplo das teorias da máxima da proporcionalidade, associada com a lei de colisões, a lei do sopesamento, os postulados da ponderação, da necessidade, razoabilidade e outros fatores que propiciam a manutenção do convívio tal qual preleciona o Tribunal Federal Alemão.

Nas sabias palavras do filósofo Raul Zaffaroni é possível constatar que “as vezes carecemos de boas respostas pelo simples fato da má formulação das perguntas”.

A indagação que merece destaque é a que nos remete a origem dos institutos e quais são as suas respectivas finalidades pretendidas.

Como uma das possíveis resposta a esse questionamento, encontra-se a asseveração de que os institutos racionais balizadores do emprego da moral na solução dos conflitos postos em análise é justamente, o intento de manter a ordem social.

Ordem social compreendida em sua acepção ampla, tendo em vista que dentre os pilares estruturantes de um estado democrático de direito encontra-se a efetiva justiça.

A justiça, resultado da aplicação da racionalidade sistêmica, mantêm a primazia legitimadora da atuação do Estado de direito, proporcionando o equilíbrio dos institutos penais com a acepção inexorável da moral.

Assim, o povo outorga seus poderes ao Estado, que por sua vez pautado nos interesses de seus legitimadores, se organiza, estabelecendo os critérios para os exercícios das funções essenciais à manutenção da referida ordem social.

A sociedade é cíclica, e os frutos de sua atuação refletem no preenchimento de seus ideais, ideias esses que são norteados por aspectos morais, que racionalmente empregada é capaz de nutrir um direito penal mais próximo do límpido senso de justiça.

REFERÊNCIA

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**, Contribuindo Para a Fundamentação de Um Paradigma Dualista. Coimbra Editora, Limitada, 1991.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marquês de. **Dos Delitos e Das Penas**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOSCHI, José Antônio P. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. 6. ed. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, **Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HART, Hart L.A. **O conceito de Direito**. 4. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HEGEL, Jorge Guilherme Federico. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorio. Lisboa: Guimarães Editores, 1959.

JAKOBS, Guther, MELIÁ, Manoel Cancio, **Direito Penal Inimigo: noções e crítica**. 2. ed. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Editora Manole, 2003.

KANT, Emanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito Penal, Sistemas, Códigos e Microsistemas**. Curitiba: Juruá, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal, Fundamentos e Teoria do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido, Na Teoria do Delito**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Veja, 2004.

_____. **A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

_____. **Funcionalismo e Imputação Objetiva No Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2002.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**, Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEOCONSTITUCIONALISMO: SUA INTERPRETAÇÃO TEÓRICA, MORAL E JURISPRUDENCIAL

RAFAELA DOS REIS BALDISSERA: Advogada, Voluntária do Sistema CEJUSC (Centro Judicial de Solução de Conflitos e Cidadania) como Conciliadora e Mediadora Judicial, Pesquisadora vinculada ao Sistema CAPES pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Bacharela em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Pós Graduanda em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC).

RESUMO: Em meados da década de 50, o constitucionalismo clássico ficou evidenciado pelo culto literal da norma, sem possibilidade de maiores interpretações, deixando à deriva ao surgimento de mais regimes totalitários, como já vinha acontecendo na Europa. Esses regimes totalitários são os maiores responsáveis pelas violações ao que hoje chamamos de direitos fundamentais, necessitando, por fim, de um novo conceito de constitucionalismo que amparasse a todos e desse fim aos regimes da época, com a criação de Constituições de caráter mais social e democrático. Essa necessidade de adquirir uma nova interpretação constitucional, somada à superação de um momento bastante conturbado da história faz com que surja o Neoconstitucionalismo. Com o seu advento, a força normativa da Constituição se fortaleceu, tornando o texto constitucional não somente como um texto político, mas também como um texto normativo de recomendação moral, com efeito vinculante às regras. Encarado pelo teórico Ronald Dworkin, o objetivo deste trabalho é justamente traçar os objetivos que favoreçam o cumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais, sob o prisma neoconstitucionalista, tendo como base a Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como decisões fundadas naqueles que trouxeram à base constitucional a teoria de Ronald Dworkin.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo; Constituição Federal; Ronald Dworkin;

ABSTRACT: In the mid-50s, the classic constitutionalism was evidenced by the literal worship of the standard, with no possibility of greater interpretation, leaving the drift to the emergence of more totalitarian regimes, as was already happening in Europe. These totalitarian regimes are the most responsible for violations of what we call fundamental rights, requiring a new concept of constitutionalism that supporting basis to all and that an end to the regimes of the time, with a creation of a more social and democratic Constitution. This need to acquire a new constitutional interpretation, in addition to overcoming a very troubled time in history makes emerge the Neoconstitutionalism. With its advent, the normative force of the Constitution was strengthened, making the constitution not only as a political text, but also as a normative text moral recommendation, with binding effect to the rules. Faced by the theoretical Ronald Dworkin, the purpose of this job is to outline the objectives that support compliance with fundamental constitutional principles, under the neoconstitutionalism prism, based on the Brazilian Federal Constitution of 1988, and decisions based on those who brought the constitutional base theory of Ronald Dworkin.

Key-Words: Neoconstitutionalism; Federal Constitution; Ronald Dworkin.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Neoconstitucionalismo: seu surgimento, bem como seus desafios e perspectivas no âmbito constitucional brasileiro; 3. A teoria de Ronald Dworkin frente ao neoconstitucionalismo brasileiro: uma leitura moral e histórica da Constituição Federal de 1988; 4. A tomada de decisões pelo Supremo Tribunal Federal levada em consideração a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade: uma interpretação teórica do direito e das decisões dos Ministros Luis Roberto Barroso e Gilmar Mendes; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em meados da década de 50, o constitucionalismo clássico ficou evidenciado pelo culto literal da norma, ou seja, sem maiores possibilidades de interpretações, deixando à deriva ao surgimento de mais regimes totalitários, como já vinha acontecendo na Europa. Sem base teórica que tornasse possível, na época, a utilização de interpretações díspares daquelas adotadas pelo legislador, a Constituição era frequentemente e de forma impetuosa tomada como um instrumento de violações a direitos, pelos regimes totalitários, justamente por se tratar de uma Constituição meramente política e recomendativa.

Esses regimes totalitários são os maiores responsáveis pelas violações ao que hoje chamamos de direitos fundamentais, necessitando, por fim, de um novo conceito de constitucionalismo, que amparasse a todos e desse fim aos regimes da época, com a criação de Constituições de caráter mais social e democrático.

Essa necessidade de adquirir uma nova interpretação constitucional, somada à superação de um momento bastante conturbado da história é que surge o Neoconstitucionalismo. Com o seu advento, a força normativa da Constituição se fortaleceu, tornando o texto constitucional não somente como um texto político, mas também como um texto normativo de recomendação moral, tendo como efeito vinculante às regras. Em outras palavras, a interpretação de preceitos fundamentais de forma moral e com força normativa garante à população que seus direitos fundamentais não serão violados, muito menos que o texto normativo seja utilizado para manobras totalitárias.

Em síntese, o neoconstitucionalismo trouxe ao texto normativo princípios com força vinculante que tornassem a interpretação da Constituição de forma muito mais ética e moral do que meramente política, dando a ela, assim, um papel mais relevante no ordenamento jurídico, de forma que as leis ditas como

ordinárias não possam prevalecer, muito menos serem contraditórias às normas e preceitos constitucionais.

Encarado pelo teórico Ronald Dworkin, o objetivo deste trabalho é justamente traçar os objetivos que favoreçam o cumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais, sob o prisma neoconstitucionalista, tendo como base a Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como decisões fundadas naqueles que trouxeram à base constitucional a teoria de Ronald Dworkin.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO: SEU SURGIMENTO, BEM COMO SEUS DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O neoconstitucionalismo surgiu com o escopo de dar à Constituição uma nova interpretação. Antes ela era vista como um documento meramente político para a atuação de seus poderes públicos. Hoje, a Constituição agregou-se o status de norma jurídica, uma interpretação que vai muito além do texto literal.

Anteriormente, não se tinha por parte do poder judiciário um papel relevante na elaboração da constituição. Ela era essencialmente elaborada de maneira discricionária e conforme pretensão do legislador, de forma a deixar o texto constitucional com caráter exclusivamente político.

Como forma de conceituar o neoconstitucionalismo, Paolo Comanducci explica que no direito constitucionalizado os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre direito e moral - uma tese de conexão necessária, identificada e justificada, entre esse direito e moral, formalizando, assim, o neoconstitucionalismo (Comanducci, 2003 p. 87).

Assim, o neoconstitucionalismo adota um modelo de interpretação específica da Constituição, diferindo-se das demais leis, estabelecendo valores superiores aos ditados nas leis ordinárias. Em outras palavras, o neoconstitucionalismo trouxe à Constituição texto normativo com força de regra, além de rebuscar a ética em seus textos, o que havia ficado para trás.

Nesse sentido, a Constituição deixou de ser apenas uma carta política discricionária das vontades do legislador e passa a definir regras e direitos. Ainda, estabelece princípios que remontam à ética e à moral a serem seguidos. A Constituição estabelecida pelo positivismo não pode mais ser comportado, nas palavras de Luís Roberto Barroso (Barroso, 2006 pp. 22-26):

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (I) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontram no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (II) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Resumidamente, o que o autor tentou explicar acima é que esse movimento neoconstitucionalista seria uma expressão do pós-positivismo jurídico, em que buscou encontrar uma posição que fosse intermediadora entre as duas correntes existentes no ordenamento jurídico: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico (Barroso, 2005 pp. 6-12).

Essa nova interpretação constitucional enumera algumas novas regras básicas, dentre elas, a que pode e deve o magistrado, nas suas decisões, fundamentar-se não somente em regras pré-estabelecidas, mas também em princípios que agora estão sintetizados na Constituição. Essa nova regra remonta ao autor da

teoria da integridade, Ronald Dworkin, fazendo uma crítica ao positivismo e traz exatamente o espírito do neoconstitucionalismo.

Segundo Susanna Pozzolo (Pozzolo, 1998 pp. 339-353), existem modelos específicos de aplicação dos princípios constitucionais: "princípios *versus* normas", significa dizer que os princípios carregam força valorativa maior que a das regras, devendo cada vez mais os juízes se utilizarem deles; "ponderação *versus* subsunção", em que vivem harmonicamente no texto constitucional, razão pela qual não podem ser um invalidado em relação ao outro; "constituição *versus* independência do legislador", em que o texto normativo constitucional detém carga axiológica, vinculando o legislador que, na hora de proferir normas, deverá sempre versar sobre o anseio da constituição; "juízes *versus* liberdade do legislador", em que os juízes não precisam se prender às vontades do legislador, adotando valores justos, conferindo racionalidade ao sistema jurídico.

Portanto, o neoconstitucionalismo apoia seus argumentos e teorias basicamente naquelas defendidas por Ronald Dworkin (Dworkin, 2006 p. 2), em que acode sua leitura moral, com base também em princípios, ao invés de unicamente restringir a argumentação em regras pré-estabelecidas.

Por ser uma teoria inacabada, ainda tem muito que se agregar, além de sofrer muitos questionamentos a respeito. Basicamente, o neoconstitucionalismo se estende em garantir os direitos fundamentais, em específico os individuais, ampliando numa imperiosa interpretação normativa. No entanto, a doutrina ainda segue resistente ao positivismo, fazendo críticas ao neoconstitucionalismo[1].

O neoconstitucionalismo procurou responder questionamentos que o positivismo jurídico não esclarecia, em se tratando da aplicabilidade e interpretação do direito. Por se tratar de uma teoria que defende a moral dentro do direito, superou o pensamento positivista de que não se pode aplicar direito e moral ao mesmo tempo. Também com essa nova teoria, a ética voltou a ser mencionada na aplicação do direito como termômetro das decisões.

Sendo assim, a teoria do neoconstitucionalismo, mesmo em constante crescimento e ainda em formação, busca defender o estado democrático de direito, dando maiores poderes de interpretação e também de criação da Constituição, de forma que a discricionariedade e os manejos políticos acabem ficando em segundo plano. A moral esta vinculada com o direito que trás novamente a ética em sua aplicação, fomentando um estado democrático com princípios e direitos fundamentais e individuais a serem interpretados, por conseguinte aplicação de uma democracia mais justa e menos politizada.

3. A TEORIA DE RONALD DWORKIN FRENTE AO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: UMA LEITURA MORAL E HISTÓRICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Impreterivelmente cabe ressaltar que Ronald Dworkin foi quem deu grande base de apoio para a teoria neoconstitucionalista. Sucessor de Herbert Hart, considerado como positivista que defende a separação entre direito e moral, e que, para ele, normas moralmente tirânicas podem perfeitamente ser Direito^[2], Ronald Dworkin trabalhou em sua teoria para justamente para derrubar a tese de Hart, defendendo, como já mencionado anteriormente, que não há separação entre direito e moral.

Esse ataque ao positivismo de Ronald Dworkin se manteve por muito tempo, com longos debates acerca de seu embasamento. Sua teoria demonstra que a distinção entre o direito e a moral não é tão clara como sustentam os positivistas, pois a moral intervém no direito de forma que “junto às normas, existem princípios e diretrizes políticas que não podem ser identificadas por sua origem, mas por seu conteúdo e força argumentativa” (Calsamiglia p. 3).

Em se tratando de uma leitura moral da Constituição Federal de 1988 com base na teoria da integridade de Dworkin, radicaliza-se numa interpretação inteiramente debruçada nas garantias individuais fomentadas por meio de princípios intrínsecos a elas. Esses princípios dão mecanismos para que o magistrado

fundamente a sua decisão, diferentemente das normas, em que são aplicáveis ou não.

Segundo Dworkin, os princípios – ademais – informam as normas jurídicas concretas, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando viola um princípio que neste caso específico se considera importante (Calsamiglia p. 3).

Em suma, Ronald Dworkin procurou distinguir princípios de regras, trazendo à tona a figura da moralidade. Para ele, princípios não se equiparam a regras, pois estas estariam debruçadas no *all or nothing*- tudo ou nada (Dworkin, 2002 p. 39), em que ou a norma é válida ou é inválida, produzindo ou não todos os seus efeitos prescritos. Havendo controvérsia entre duas ou mais regras, uma delas deve ser declarada inválida para que a outra produza seus efeitos.

É o que diferentemente ocorre com os princípios, em que esses devem ser sopesados e acrescidos a outros fundamentos, não necessitando declarar ser um inválido para que valide o outro. Eles estão elencados como forma de camadas, ou seja, se um princípio pode ser considerado maior que o outro, concretizando de forma mais abrangente os direitos de outrem, esse deve prevalecer sobre os demais. Assim, nenhum princípio será precisamente declarado como inválido.

Esse modo de pensamento adicionou maior discricionariedade na tomada de decisões, principalmente de magistrados, introduzindo a argumentação jurídica acerca dos princípios, sendo basicamente a sua teoria sobre o que seriam princípios e regras.

Uma constituição dita como social, com princípios e direitos fundamentais individuais, é também conhecida como constituição democrática. Segundo o autor, o neoconstitucionalismo abrange esse tipo de constituição e, portanto, precede de uma leitura moral, fazendo referência aos princípios morais presentes no texto normativo.

No entanto, o autor faz uma crítica àqueles que confundem constitucionalismo com democracia, pois a vontade da maioria para que seja um objetivo na geração de leis não é o que prevalece no texto normativo constitucional. A democracia, para Dworkin, não está nos textos constitucionais, em que se se levar para uma leitura moral dela, apenas se verifica os valores principiológicos que o constitucionalismo incorporou ao documento normativo (Dworkin, 2006 p. 10).

Quem, de fato, contribui para a que a democracia se estabeleça são os juízes atribuindo aos casos concretos os anseios da sociedade, combinado com o poder normativo e axiológico que a Constituição traz. Não se pode deixar, numa interpretação moral da Constituição, que a vontade da maioria deixe de lado os direitos individuais preconizados na carta constitucional, tal afirmativa estaria caminhando contra o que preceitua o constitucionalismo, defendido pelo autor (Dworkin, 2006 p. 26).

Sendo assim, não é a democracia que está inserida no texto constitucional, como muitos afirmam, mas sim os princípios morais de direito. Existem críticas à essa leitura moral, defendida por Dworkin, acerca do poder discricionário dado aos magistrados para proferirem decisões, em que os juízes, para tanto, deveriam ser eleitos para adquirir tamanho poder discricionário.^[3]

A leitura moral da Constituição é objeto imprescindível do movimento neoconstitucionalista, pois orienta a uma interpretação específica das normas e princípios constitucionais, voltada inteiramente para os valores morais, éticos e políticos. Em outras palavras, o autor evidencia que aos casos complexos, uma leitura moral seria muito mais adequada para chegar a uma resolução, posto que o enredamento de um caso possa ir além do que está descrito numa lei, tendo o magistrado que buscar em outras fontes a sua solução.

Sendo assim, muito importante destacar que a teoria de Ronald Dworkin, que traz de forma crítica as concepções de Hart,

deixa claro que no plano normativo do ordenamento jurídico não há diferença entre direito e moral. O autor afirma que o magistrado sempre deve calçar suas decisões em regras e princípios, sendo o primeiro completamente diferente do segundo.

Os princípios estariam acima das regras e é exatamente o que o neoconstitucionalismo vem trazendo, em decisões dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, por exemplo, que são os elucidativos do referido movimento. Para eles, a técnica neoconstitucionalista debruça-se logicamente na interpretação dos princípios, diferindo das demais regras e auxiliando na busca de uma solução mais justa.

O mais importante para Dworkin é, então, essa diferença entre princípios e regras e que o valor moral estaria debruçado nestes princípios constitucionais. Regras podem ser invalidadas, princípios não. Num caso complexo em que haja contraposição de dois ou mais princípios, prevalece o mais sopesado entre eles, trazendo ao caso uma solução justa sem que haja invalidação de texto normativo.

4. A TOMADA DE DECISÕES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL LEVADA EM CONSIDERAÇÃO A PONDERAÇÃO, A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE: UMA INTERPRETAÇÃO TEÓRICA DO DIREITO E DAS DECISÕES DOS MINISTROS LUIS ROBERTO BARROSO E GILMAR MENDES

Ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, nas palavras de Humberto Ávila (Ávila, 2003 p. 82), estabelecem como são aplicadas dentro do texto normativo, vistos como postulados normativos. São "normas estruturantes da aplicação de princípios e regras". Certa definição também é utilizada pelos neoconstitucionalista, principalmente para afastar as críticas a que recebem, adicionando racionalidade às decisões judiciais.

Luís Roberto Barroso também defende esta técnica, afirmando que é preciso encarar os princípios constitucionais com moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-

proporcionalidade, para que permitam o controle da discricionariedade (Barroso, 2005 p. 40).

Dessa forma, o movimento neoconstitucionalista se contrapõe ao que já dizia Robert Alexy, nas palavras de Ana Paula de Barcelos acerca da ponderação, em que a mesma é utilizada unicamente na solução de princípios conflitantes que tenham a mesma carga valorativa (Barcelos, 2005 p. 36). É, então, segundo a autora, uma "técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais" (Barcelos, 2005 p. 35).

Destarte, a ponderação serve para, quando o caso concreto exigir, valorar princípios que tenham como carga uma escolha política, moral, ética, entre outros. Nas decisões proferidas com a técnica da ponderação, Barroso explica que o magistrado deve ter cautela para que a decisão não acabe sendo injusta, muito menos arbitrária (Barroso, 2005 p. 35). *In verbis*:

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade versus outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais).

Dessa forma, o autor define como deve ser feita a técnica da ponderação, bem como o que de fato deve ser ponderado, para que, no ordenamento jurídico, se tenha um parâmetro a ser conquistado.

Acerca da proporcionalidade, muito se discute no texto de Virgílio Afonso da Silva, pois o autor define a técnica da proporcionalidade fazendo com que “nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*” (Silva, 2002 p. 2). Em importante síntese, a proporcionalidade tem relação com os princípios propriamente ditos, ou seja, se faz uma ponderação entre eles e aquele que estiver mais direcionado ao caso concreto será utilizado, ao passo que o mais distante não será invalidado, como aconteceria com as regras, mas sim desconsiderado.

Robert Alexy (Alexy, 2008 p. 9) já adianta seu raciocínio dizendo que:

O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação. A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade.

Por outro lado, a técnica da razoabilidade nada tem a ver com a da proporcionalidade, como acontece em muitos casos em que os dois métodos se confundem. Virgílio Afonso da Silva de imediato identificou a confusão feita pelos operadores do direito e exemplifica o caso dizendo que “a tendência a confundir proporcionalidade e razoabilidade pode ser notada não só na jurisprudência do STF, mas também em relatórios de comissões do Poder Legislativo” (Silva, 2002 p. 6).

A técnica da razoabilidade está prescrita na inteligência do Art. 5º, LIV da CF brasileira, a que se segue: "ninguém será privado

da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Sendo assim, razoabilidade pode ser entendida como um postulado normativo que condiciona principalmente a aplicação de regras dentro de um devido processo.

Ainda, a razoabilidade deve ser interpretada de maneira que exija uma harmonização entre texto normativo e o caso concreto, bem como as condições jurídicas da ação, através, é claro, do devido processo. É o que esclarece o autor Humberto Ávila, afirmando existir os precedentes da razoabilidade. Com efeito, o caso concreto é analisado de forma a dar razoabilidade aos fatos, pois se não são relevantes quando contrapostos ao texto normativo, os mesmos não exigem condições para serem julgados (Ávila, 2003 p. 103).

De tal modo, o estudo da técnica da razoabilidade, por meio do movimento neoconstitucionalista, possibilita a relação de sobrepesar os princípios, bem como sua carga valorativa maior que a dos postulados normativos, dentro do texto constitucional e de um devido processo. Com isso, permite-se analisar os direitos fundamentais preconizados na Constituição, para que sejam reconhecidos dentro do caso concreto e dando maior ênfase aos mesmos, com base nas técnicas da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que estes direitos fundamentais sejam a máxima buscada pelo julgador, dado um determinado caso concreto.

Em contrapartida, pelas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, em que citam as técnicas da proporcionalidade e razoabilidade, tem-se o HC nº 76.060-4, citado na obra de Virgílio (Silva, 2002 p. 9), afirmam a existência dos dois institutos, porém nada acrescentam como forma de solucionar o caso em questão, *in verbis*:

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constranger

fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.[4]

Em semelhantes decisões do Ministro Gilmar Mendes, do STF, o mesmo proclama o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, examinando-os de forma que se faça uma análise estrita de adequação, necessidade e proporcionalidade frente ao caso concreto. No entanto, nada é esclarecido quanto à sua aplicação.[5]

Porém, as técnicas encaradas como princípios da proporcionalidade e razoabilidade são, de fato, instrumentos que limitam o poder do Estado, de forma a trazer uma consciência necessária no momento de decisão dos casos concretos. Assim, dá-se ao ordenamento jurídico uma nova compreensão do que é justiça.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal de nada esclarece, em suas decisões, o uso das técnicas da proporcionalidade e razoabilidade, apenas as cita em seus julgados. No entanto, muito importante salientar que os Tribunais superiores estejam se familiarizando com as técnicas que aduzem ao neoconstitucionalismo, elevando os princípios e dando a carga valorativa a que merecem e dando, por fim, supremacia à Constituição.

Acerca de todo o exposto, com base nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, Virgílio (Silva, 2002 p. 25) aponta suas conclusões, *in verbis*:

Que fique claro, pois, que se cobra apenas coerência nos julgados no STF, e não a aplicação da regra da proporcionalidade. Se o Supremo Tribunal Federal, por ter outra concepção acerca da estrutura dos direitos fundamentais ou da forma de controlar a colisão entre eles, sustentasse que a regra da proporcionalidade não é aplicável ao caso brasileiro, poder-se-ia criticar essa concepção, [46] mas não a sua coerência. Mas, a partir do

momento em que o STF sustenta que a regra da proporcionalidade tem "fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais",⁸² e assim o faz não com o intuito de se manter meramente no plano retórico, isto é, de recorrer a um topos - como acontece quando menciona o princípio da razoabilidade -, mas com o exposto intuito de ir além, e passar para o plano da aplicação sistemática e estruturada de um modelo pré-existente, é de se esperar, então, que dele seja cobrada coerência.

Para que se tenha uma decisão justa, com força normativa à Constituição e com base nos ensinamentos do movimento neoconstitucionalista, deve-se ter em mente todas as formas e regras de aplicação desses postulados aqui estudados. Assim, confere-se legitimidade, racionalidade e maior interpretação, no que diz respeito à moralidade específica das normas e princípios constitucionais.

5. CONCLUSÃO

No tempo em que surgiu o Neoconstitucionalismo, a Europa vivenciava uma época conturbada de pós-guerra, cujos pilares de cada regime totalitário erguiam-se no texto literal da Constituição, sem mais interpretações, modelado o documento normativo conforme seus ditames políticos.

Com o seu surgimento, as constituições passaram a ser mais sociais e democráticas, baseadas sob princípios morais e éticos que superam o valor normativo das leis comuns. Esses princípios morais e éticos são calçados nos direitos fundamentais de cada cidadão, como forma de dirimir as inúmeras manobras realizadas por regimes totalitários que tinham como objetivo tornar o texto constitucional, na sua íntegra, a seu total favor.

O neoconstitucionalismo tornou as Constituições, principalmente a brasileira, cujo artigo se debruçou, mais preocupadas com uma sociedade justa, igualitária e,

principalmente, moral. Isso fez com que tivesse passado por uma extrema transformação, pois agora carrega fortes traços axiológicos em seu texto normativo.

A principal mudança foi em seu conteúdo, de mero texto político para um texto social, democrático, programático e com força de regra. Assim, a Constituição adquire força normativa sobre as demais leis, não podendo ser contrariada, por se tratar de lei suprema.

Ronald Dworkin teve importante papel nesse contexto, pois contribuiu com sua teoria da alteridade, bem como trouxe ao ordenamento jurídico científicas razões para crer numa interpretação principiológica da Constituição, ao passo do que anteriormente era feito. Assim, deu aos magistrados, principalmente, maior poder discricionário na tomada de decisões, podendo se utilizar de princípios constitucionais, além dos princípios gerais de direito, para garantir uma decisão justa.

No entanto, ainda há barreiras para esta teoria se solidificar no Brasil. Os Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso trouxeram em alguns julgados, de antemão, a teoria de Ronald Dworkin, bem como uma interpretação moral da Constituição, remetendo ao movimento neoconstitucionalista, fundamentando que é necessário, principalmente nos casos complexos, que se tenha uma leitura além do texto normativo, com base na ética e na moral, para se chegar a uma conclusão justa.

O Brasil, através do poder legislativo, ainda estabiliza a doutrina positivista, em que a lei é superior e ainda serve como instrumento de garantia de direitos, deixando os magistrados com menor poder de discricionariedade. Dentro dessa doutrina, não há espaço para a moral, somente para regras que são equivalentemente iguais aos princípios.

Pelo positivismo, texto e norma é a mesma coisa, fazendo o juiz utilizar o método subsuntivo, identificando regras e aplicando-as ao caso concreto, como forma de aplicação e não interpretação das normas. Assim, o positivismo jurídico encara o ordenamento jurídico como um sistema completo de normas, separando o direito da moral, negando a elevação valorativa dos princípios, pois não

reconhece que num ordenamento jurídico se possa valer de juízos morais.

Diferentemente do que ocorre com a teoria de Ronald Dworkin, que afirma que as normas não são um produto da interpretação e, sim, que a partir delas é que se deva construir uma interpretação para que a aplicação dessas normas sejam justas, diferindo-se os princípios, sempre mais elevados, como forma de sopesar quando num caso concreto.

Não é errado afirmar que regras são iguais aos princípios, o que Dworkin critica é que aos casos de maior complexidade, a decisão fundada estritamente texto normativo pode chegar a uma conclusão injusta, pois regras podem se colidir, o que não acontece com os princípios. Elevá-los então, como se tivessem carga valorativa maior que as regras, seria o mais adequado para uma resposta justa ao caso concreto.

O constitucionalismo precisava de mudanças que dessem uma interpretação satisfatória de suas normas, o que não acontecia com o positivismo jurídico, deixando à deriva os julgadores com uma Constituição meramente descritiva, recomendativa e com a imposição de neutralidade. Nesse sentido, o surgimento do neoconstitucionalismo auxiliou e muito o constitucionalismo, pois trouxe inovações.

O modelo de constituição axiológica que o neoconstitucionalismo trouxe para os tempos modernos fez o magistrado incluir os valores principiológicos morais, concretizando-os e alterando a aplicação da norma constitucional. Foi identificado como uma nova teoria do direito, elevando o status da Constituição para que se tornasse a Lei Maior de um país, como ocorre hoje no Brasil.

Assim, essa nova teoria fez com que tenha ampliado a discricionariedade na hora de proferir decisões, permitindo escolhas e valorando a carga moral dos princípios no julgamento, por meio da ponderação. Surge, a partir daí, críticas a respeito da interpretação moral da Constituição, alegando ser uma teoria antidemocrática, pois deixa a critério do magistrado o poder de decidir sem o compromisso de seguir a letra da lei de forma literal.

No entanto, Dworkin defende e, posteriormente, como estudado supra, os Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso afirmam a posição do teórico que utilizar-se da ponderação para proferir decisões não fere a democracia, tampouco deixa de dar racionalidade às decisões, pois essas são sempre motivadas, na forma da lei.

A ponderação, a proporcionalidade e a razoabilidade dizem respeito à maneira como serão dadas as respostas para o caso concreto, entre princípios e regras, valorando os que mais interessem ao caso, sem que seja feita escolhas políticas pelas próprias convicções, mas sim através do texto constitucional. O que acontece é apenas uma confirmação da vontade do legislador em utilizar-se do texto constitucional através da ponderação e da razoabilidade.

O que pode se concluir do estudo analisado é que a teoria do neoconstitucionalismo é uma teoria em construção, tendo muito ainda que abordar sobre o assunto. Há, ainda, muitas críticas em torno do movimento neoconstitucionalista, uma vez que carece ainda de maiores argumentos. No entanto, há que se afirmar que ela é bastante importante para questionar, *a priori*, as decisões judiciais e seu modo de argumentação.

Uma nova maneira de pensar, de raciocinar e de aplicar o texto normativo constitucional se faz presente nesta teoria, que se compromete com o desenrolar de um ordenamento jurídico mais ético e probo, preocupado com a sociedade. Assim sendo, forma-se uma transformação de pensamentos e realidade social em que, aos juristas e magistrados, compete almejar um ideal de justiça, interpretando o direito com mais prudência.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert. 2008. Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Afonso Heck. Porto Alegre : 2ª edição. Livraria do Advogado, 2008.

Ávila, Humberto. 2003. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo : 2 ed. Malheiros, 2003.

Barcelos, Ana Paula de. 2005. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

Barroso, Luís Roberto. 2006. A Nova Interpretação Constitucional. São Paulo : Renovar, 2006.

—. 2005. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://migre.me/u1LKB> : Acesso em: 30/04/2016., 2005.

Calsamiglia, Albert. Ensaio Sobre Dworkin. s.l. : SAMPAIO, Patricia (trad.). Disponível na internet no site <https://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em 11/04/2016.

Comanducci, Paolo. 2003. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. Madrid : Trotta , 2003.

Dworkin, Ronald. 2002. Levando os Direitos a sério. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

—. 2006. O direito da liberdade. A leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

Pozzolo, Susanna. 1998. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional, in Doxa: Cuadernos del filosofia del derecho. Espanha : Doxa 21-II, 1998.

Silva, Virgílio Afonso da. 2002. O Proporcional e o Razoável. Disponível em: <http://migre.me/u1LJ9>. Acesso em: 07/05/2016 : Revista dos Tribunais 798, 2002.

[1] Há críticas sobre a teoria do neoconstitucionalismo, em que não se teria um controle de constitucionalidade que limite os atos discricionários do magistrado ao proferir decisões com base em interpretações de caráter moral, por entender não estarem contidos no texto constitucional. Eles afirmam que isso pode causar insegurança jurídica, em que a teoria estaria interferindo no funcionamento dos três poderes, proporcionando um risco à democracia. No entanto, mesmo que as decisões dos magistrados criem novos direitos, não afasta a racionalidade das mesmas, sem se falar que toda e qualquer decisão deverá ser motivada, não

podendo, assim, fugir do texto normativo. Sendo assim, não há que se falar em insegurança jurídica.

[2] Hart entende que há uma separação entre direito e moral. Hart defende que pode haver normas injustas ou autoritárias e que estas podem fazer parte também do ordenamento jurídico. No entanto, mesmo sendo positivista segundo alguns autores, ele combate à tese de que do direito só podem ser extraídas normas como sua única fonte, o que não é reconhecida por sua teoria. Porém, cada sociedade estabelece seu ordenamento jurídico com regras e normas a serem cumpridas e nesse ordenamento jurídico não há maneiras de torna-lo completo, pois os magistrados não têm condições de se limitarem à teoria positivista, cuja tese seria debruçada em julgados essencialmente discricionários.

[3] Nos Estados Unidos e Inglaterra, por exemplo, segue o modelo consuetudinário (*Common Law*), em que as leis são baseadas em costumes, não necessitando passar por um procedimento de criação dessas, como na Federação Brasileira. Nesse modelo, os juízes possuem amplo poder discricionário e são eleitos para assumir tal cargo na jurisdição. Para Ronald Dworkin, que baseou sua teoria nesse modelo sistemático, amplia os poderes discricionários do juiz que, ao proferir uma decisão, pode continuar a proferir em casos análogos sem que deva necessariamente haver uma lei específica dando sua devida permissão. O autor chama esse mecanismo de interpretação moral das leis maiores de cada Estado, porém, não significa dizer que sua teoria não entra no modelo brasileiro, muito antes pelo contrário, Dworkin afirma que o que está equivocado seria o conceito que juristas dão a Constituição ao dizer que ela é democrática. Se ela fosse democrática, não haveria direitos individuais, calçados nos princípios que regem o texto normativo, com maior peso sobre as demais regras. O autor defende a teoria da democracia constitucional (leitura moral), o que nada tem de verossímil ao conceito de democracia que os demais juristas exaustivamente tendem a colacionar à Constituição.

[4] HC nº 76.060-4, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Lex-STF – 237.

[5] O autor Virgílio Afonso da Silva critica os julgados unicamente enunciativos quanto às técnicas da proporcionalidade e razoabilidade, pois ignoram regras importantes na hora de aplicá-las, induzindo a própria decisão em erro. As três regras principais e

básicas na aplicação dessas técnicas seriam a ordem pré-definida de relacionamento das regras (a análise da adequação vem antes da necessidade que vem antes da proporcionalidade). O autor afirma que não se faz necessário analisar as outras duas sub-regras, conquanto que com a primeira já se tenha o resultado pretendido. O contrário se faz se a regra da ordem pré-definida não seja analisada a priori. Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, *vide* Virgílio Afonso da Silva, O proporcional e o Razoável. In: <http://migre.me/u1LJ9>, p. 12-21.

ABUSO DE PODER E ABUSO DE AUTORIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO: Atos cometidos nos Estados com UPP's

JACQUELINE DIAS DE FREITAS SCHAEFER

Artigo Científico Apresentado à FISIG-
Faculdade Internacional Signorelli,
como requisito parcial para a obtenção
do título de Especialista em Direito
Administrativo.

Orientadora: **Fabrcia M. Rangel
Bacellar**

RESUMO: Buscou este trabalho chamar a atenção para os direitos e deveres da Administração Pública, colocando em destaque a segurança Pública exercida pelas Unidades de Polícia Pacificadora (UPP'S) no Estado do Rio de Janeiro. Mostrou-se aqui relatos e pesquisas de mídias que demonstram claras atitudes de abuso de poder, abuso de autoridade, desvio de finalidade, ferindo assim os princípios da legalidade, moralidade, publicidade Federal. Traçou-se uma linha entre as atitudes da segurança das UPP'S, com os fundamentos do Direito Administrativo. Foram observados diante de relatos populares, que essas unidades que deveriam trazer proteção, socialização, aumento de emprego, turismo e principalmente a paz, acabam por ceder ao poder de traficantes e tornam-se não mais unidades pacificadoras, mas unidades repressoras, levando ainda mais medo aos cidadãos residentes nessas comunidades. O Ministério Público lança cartilha com direitos e deveres dos cidadãos e policiais e faz lançamento em quadra de escola de samba, para que toda a população possa ter transparência nas suas ações, entender seus direitos e

saber a quem recorre quando se sentirem acuados. O direito Administrativo mostra claramente os Direitos da Administração Pública, mas também mostram os limites dos mesmos. E é dentro desse limite, que o cidadão se apossa de seus direitos.

Palavras-Chave: Direitos e Deveres. UPP'S. Poderes do Estado.

ABSTRACT: This work sought to draw attention to the rights and duties of public administration, highlighting the Public Safety exerted by the Police Pacification Units (UPP'S) in the State of Rio de Janeiro. Showed up here and research of media reports that demonstrate clear attitudes of abuse of power, abuse of authority, misuse of purpose, thus hurting the principles of legality, morality, Federal advertising. A line was drawn between the attitudes of the safety of UPP'S on the grounds of Administrative Law. Were observed on the popular accounts, that these units should bring protection, socialization, employment growth, mainly tourism and peace, eventually yield to the power of traffickers and become no more peacekeeping units, but repressive units, bringing even more fear citizens living in these communities. The prosecutor launches booklet on rights and duties of citizens and police and is launching in court samba school, so that the whole population can have transparency in their actions, understand their rights and know who uses when feeling cornered. The Administrative law clearly shows the Rights of the Public Administration, but also show the limits of the same. And it is within this limit, the citizen takes possession of their rights.

Word-Key: Rights and Duties. UPP'S. Powers of the state.

INTRODUÇÃO

Segundo Santiago (2014), a expressão abuso de poder faz referência, no campo da administração pública, ao comportamento irregular

intrusivo ou omissivo de autoridade, que ordena arbitrariamente, ou executa, medida que ignora a observância das formalidades legais.

São atos administrativos, segundo Franco Sobrinho (1980), que trazem em si o uso do Poder de Polícia, que Cretela Jr (1977) considera como poder de polícia, o qual considera como o controle dos atos de administração, como tais entendidos aqueles praticados pelo Executivo no exercício da sua função precípua, e dos demais poderes ou funções estatais, a legislativa e judiciária, na prática de atos de gestão interna.

Ainda, segundo Franco Sobrinho (1977), esse estado moderno, atento às necessidades sociais, passou a dirigir seus esforços ao povo, num justo reconhecimento de que ele é o único destinatário do esforço administrativo, e entre elas, a segurança Pública.

Por sua vez, abuso de autoridade é o abuso de poder analisado sob as normas penais, de onde temos a espécie abuso de poder.

Sua conduta típica é considerada crime, de acordo com a lei 4898 /65.

Assim, o abuso de autoridade abrange o abuso de poder, utilizando os conceitos administrativos para tipificar condutas contrárias à lei no âmbito penal e disciplinar. Por sua vez, o abuso de poder se desdobra em três configurações próprias, que são o excesso de poder, o desvio de poder ou de finalidade e a omissão:

O agente público só pode fazer aquilo que a lei determina e o que a lei não veda. Em outras palavras, não pode atuar de forma contrária à lei (*contra legem*), além da lei (*ultra legem*), mas exclusivamente de acordo com a lei (*secundum legem*).

O uso de poder é uma prerrogativa do agente público, e ao mesmo tempo em que o agente obtém a prerrogativa de "fazer" ele atrai o "dever" de atuar, o denominado poder-dever.

As vítimas da prática do abuso de poder, são as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões

que não cheguem a constituir violações de direito penal nacional, mas violem normas internacionalmente relativas aos direitos humanos.

A Ouvidoria de Polícia é o órgão próprio para ouvir e receber, de qualquer pessoa, denúncias, queixas e reclamações contra ato considerado ilegal, irregular, abusivo, arbitrário, desonesto ou indecoroso, praticado por agente das polícias civil, policial militar e/ou bombeiro militar do Estado de Minas Gerais, como também:

Entre os temas mais costumeiros encaminhados à Ouvidoria de Polícia, estão: abuso de autoridade, abuso de poder, agressão, ameaça, entre outros.

A importância de abordar esse tema é o volume de exposições na mídia de atos de abuso de poder e autoridade, chegando até a execução de pessoas.

A imprensa televisiva hoje mostra em seus jornais o tempo todo arbitrariedades das polícias e a impunidade que leva o povo à revolta e a ataques violentos a bens públicos.

A hipótese da pesquisa é verificar porque após a implantação das Unidades de Polícia pacificadora (UPP's), esse abuso cresceu, envolvendo inclusive os agentes preparados para proteger as comunidades.

Segundo Jornal Causa operária (Jul/2014) do Rio de Janeiro, as denúncias contra os policiais integrantes das UPPs (Unidade de Polícia Pacificadora), não cessam. Quatro soldados do Morro dos Macacos, em Vila Isabel, na zona Norte do Rio, foram acusados de usar de truculência contra os moradores.

Ainda segundo o jornal, o que fica evidente no caso é a forma criminosa com que age a polícia “pacificadora”. Trata-se da mesma forma truculenta de agir dos policiais que realizam as invasões nas favelas.

Esse tipo de ação leva a população local a pensar que as UPP's nada mais são do que uma forma que a burguesia encontrou para manter a polícia ocupada nas comunidades carentes por tempo indeterminado.

Justifica esta pesquisa, a onda de violência que vem sofrendo as comunidades dotadas de UPP's, o que deixa a população desses locais sem

ter a quem recorrer, pois estão sob o domínio de bandidos e de policiais que não respeitam os limites das leis.

Segundo Souza, (2008), o abuso de poder é um instituto tratado em diferentes ramos do Direito brasileiro.

No âmbito do Direito Administrativo, é sabido que os poderes administrativos (poderes de polícia, hierárquico, regulamentar, disciplinar e, para alguns, vinculado e discricionário) são prerrogativas concedidas à Administração Pública para que esta, no exercício das funções que lhe são atribuídas pelas normas, alcance o atendimento do interesse público.

Não pode o administrador público renunciar à utilização de tais poderes.

O interesse público é indisponível, e, caso seja necessário que o administrador se valha de tais poderes para cumprir sua função, deverá exercê-los, haja vista que os poderes administrativos constituem verdadeiros poderes-deveres.

O uso do poder é a utilização normal dessas prerrogativas, dentro da legalidade e da legitimidade respeitadas os princípios administrativos expressos e reconhecidos.

Aqui, não há de se falar em ilegalidade de qualquer espécie.

Diferentemente, o abuso de poder é a conduta do administrador público eivada de ilegalidade, a qual pode se manifestar de diferentes maneiras.

A uma, pela falta de competência legal; a duas, pelo não atendimento do interesse público; e, a três, pela omissão.

Ressalta Musumeci etc. e al (2013), que estudiosos da segurança pública e da temática das favelas assinalam vários problemas no processo de implantação do Programa, que levantam dúvidas acerca da sua sustentabilidade e legitimidade.

Entre eles: a ausência ou excessiva lentidão dos investimentos sociais que deveriam seguir-se à ocupação policial; as dificuldades no estabelecimento de relações cooperativas entre policiais e moradores; a percepção de que continua havendo um controle autoritário sobre as

comunidades, seja pela vigilância contínua, seja, especialmente, pela regulação não pactuada de atividades econômicas e/ou de lazer que vem sendo imposta em algumas UPPs; a baixa institucionalização, até agora, do chamado policiamento de proximidade e dos canais de diálogo entre população e polícia, com a conseqüente tendência à transformação dos comandantes em “síndicos” ou “novos donos do morro”; o esvaziamento das lideranças comunitárias locais; o risco de perpetuar a lógica da territorialização e de manter as favelas delimitadas e segregadas, ou o risco contrário de “expulsão branca” de boa parte dos moradores em decorrência da valorização fundiária e do encarecimento de aluguéis e serviços nas comunidades.

Segundo Cretela Jr. (1978), os atos eivados de abuso de poder podem ser anulados.

Ainda Segundo o autor (op. Cit.), “legalidade é a obediência ao texto legal, implícita ou explicitamente, à letra ou ao espírito”.

Enfoca-se a figura do Abuso de Poder porque, constituindo ele uma anomalia jurídica, acaba por configurar autêntico vício de comportamento administrativo, especialmente no Brasil, cujos administradores, em grande número, parecem transitar pelos órgãos públicos com o sentimento de que são proprietários dos cargos e funções que ocupam.

O trabalho tem como objetivo Geral Observar os aspectos éticos e morais que envolvem a convivência do poder de polícia das UPP’s junto às suas comunidades e suas reais atribuições, atitudes, o uso arbitrário do poder e suas conseqüências, junto ao direito administrativo.

A metodologia do estudo em questão será bibliográfica e documental e qualitativa.

Também serão levantados os projetos que envolvem a proteção dos cidadãos tanto pela sociedade como pelo Governo.

A metodologia científica será qualitativa, e em alguns pontos poderá ser também quantitativa, na apuração e levantamento de dados.

DESENVOLVIMENTO

CONCEITOS

Segundo o palestrante Cunha (2014), é um ramo autônomo que integra o ramo do Direito Público.

Segundo o autor, pode ser definido como o conjunto dos princípios jurídicos que tratam da Administração Pública, suas entidades, órgãos, agentes públicos, enfim, tudo o que diz respeito à maneira como se atingir as finalidades do Estado. Ou seja, tudo que se refere à Administração Pública e à relação entre ela e os administradores e seus servidores é regrado e estudado pelo Direito Administrativo.

Segundo Cunha (2014), o Direito Administrativo, rege todas as atividades administrativas do Estado, em todos seus entes e poderes, quando eles exercem atividades administrativas. Então, o Judiciário, quando realiza um concurso público para preenchimento de suas vagas, segue as normas da Lei nº 8.112/90, se da esfera federal. O Senado Federal, quando promove uma licitação para aquisição de resma de papel, por exemplo, seguirá a Lei 8.666/93, e assim por diante.

Para Leal (2013), a função administrativa é toda atividade desenvolvida pela Administração (Estado) representando os interesses de terceiros, ou seja, os interesses da coletividade.

Devido à natureza desses interesses, são conferidos à Administração direitos e obrigações que não se estendem aos particulares. Logo, a Administração encontra-se numa posição de superioridade em relação a estes.

Ainda segundo a autora, a Administração Pública, na maioria de suas relações, possui um regime jurídico diferenciado. Para que possa exercer, de forma eficaz, as funções a ela determinadas, o interesse público está sobreposto a interesses particulares.

Tal regime denomina-se Regime Jurídico Administrativo. Os princípios da Administração Pública são regras que surgem como

parâmetros para a interpretação das demais normas jurídicas. Têm a função de oferecer coerência e harmonia para o ordenamento jurídico. Quando houver mais de uma norma, deve-se seguir aquela que mais se compatibiliza com os princípios elencados na Constituição Federal, ou seja, interpreta-se, sempre, consoante os ditames da Constituição.

Relata a autora que, com relação à sua abrangência, os princípios básicos da Administração alcançam a Administração Pública direta e indireta de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37 da CF/88), possuindo, portanto, amplo alcance.

Princípio da Legalidade:

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, inc. II, da CF).

Segundo Meirelles (2006), o princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois, qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla. Representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

Princípio da Publicidade:

Ainda segundo Meirelles (2006), é o dever atribuído à Administração de dar total transparência a todos os atos que praticar, além de fornecer todas as informações solicitadas pelos particulares, seja público, de interesse pessoal, pois, como regra geral, nenhum ato administrativo pode ser sigiloso.

Princípios da Impessoalidade, Finalidade e Isonomia:

Meirelles (2006), diz que em relação aos administrados: significa que a Administração Pública não poderá atuar discriminando pessoas de forma gratuita, a não ser que esteja presente o interesse público. Com efeito, a Administração deve permanecer numa posição de neutralidade em relação às pessoas privadas. Conforme o art. 5.º, caput, da Constituição Federal a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem

discriminação nem favoritismo, constituindo um desdobramento do princípio da igualdade.

Princípio da Moralidade:

Segundo Meirelles (2006), de acordo com a moderna doutrina, e com a jurisprudência, a imoralidade administrativa surge como uma forma de ilegalidade, cabendo ao Judiciário controlar a moralidade dos atos da Administração, respeitada, por óbvio, a inércia da jurisdição.

Conseqüentemente, ao responsável pela prática de atos imorais, é cabível sua responsabilização com base na Lei n. 8.429/92, que define nos seus arts. 9.º a 11, de forma meramente exemplificativa, os atos de improbidade administrativa, notadamente aqueles que importem violação de princípios, objeto deste estudo (art. 11).

Princípio da Eficiência:

Ainda segundo Meirelles (2006), o princípio da eficiência tem o condão de informar a Administração Pública, visando aperfeiçoar os serviços e as atividades prestados, buscando otimizar os resultados e atender o interesse público com maiores índices de adequação, eficácia e satisfação.

O princípio da eficiência é de suma importância nas mais diversas searas em que a Administração Pública atua, desde a contratação e exoneração de agentes públicos até a prestação de seus serviços. Em relação aos seus agentes, prevê a CF/88 a exigência de concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo. Para a aquisição de estabilidade no serviço público, deve o agente submeter-se a estágio probatório de três anos e, ao final, ser aprovado em avaliação de desempenho.

Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos:

Continua Meirelles dissertar, que em razão de ter o Estado assumido a prestação de determinados serviços, por considerar que estes são fundamentais à coletividade, mesmo os prestando de forma descentralizada ou ainda delegada, deve a Administração, até por uma questão de coerência, oferecê-los de forma contínua, ininterrupta. Pelo princípio da continuidade dos serviços públicos, o Estado é obrigado a não interromper a prestação dos serviços que disponibiliza.

Princípio da Motivação:

Diz Meirelles (2006), que é a obrigação conferida ao administrador de motivar todos os atos que edita, sejam gerais, sejam de efeitos concretos.

É considerado, entre os demais princípios, um dos mais importantes, uma vez que sem a motivação não há o devido processo legal, pois a fundamentação surge como meio interpretativo da decisão que levou à prática do ato impugnado, sendo verdadeiro meio de viabilização do controle da legalidade dos atos da Administração.

Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular e Princípio da Indisponibilidade:

Segundo Meirelles (2006), por força dos interesses representados pela Administração, é certo que todos os princípios básicos previstos no art. 37 da Constituição Federal se aplicam na atuação desta; todavia, na maioria das vezes, a Administração, para buscar de maneira eficaz tais interesses, necessita ainda de se colocar em um patamar de superioridade em relação aos particulares, numa relação de verticalidade, e para isto se utiliza do princípio da supremacia, conjugado ao princípio da indisponibilidade, pois, tecnicamente, tal prerrogativa é irrenunciável, por não haver faculdade de atuação ou não do Poder Público, mas sim “dever” de atuação.

Princípios da Tutela e da Autotutela da Administração Pública:

Diz Meirelles (2006), que a Administração possui a faculdade de rever os seus atos, de forma a possibilitar a adequação destes à realidade fática em que atua, e declarar nulos os efeitos dos atos eivados de vícios quanto à legalidade.

O sistema de controle dos atos da Administração adotado no Brasil é o jurisdicional. Esse sistema possibilita, de forma inexorável, ao Judiciário, a revisão das decisões tomadas no âmbito da Administração, no tocante à sua legalidade, É, portanto, denominado controle finalístico, ou de legalidade.

Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade:

Os princípios acima surgem de ideias como a limitação de direitos, preconizada por Renato Alessi, segundo o qual “todo direito pressupõe a noção de limite”, e da proibição do excesso, usada como meio de interpretação de tais princípios por Meirelles (2006), pois visam a evitar toda forma de intervenção ou restrição abusiva ou desnecessária por parte da Administração Pública. Com efeito, tal análise deve ser realizada utilizando-se dos critérios e “valores atinentes ao homem médio”, de acordo com Lúcia Valle Figueiredo.

UNIDADE DE POLÍCIA PACIFICADORA (UPP) – ABUSO DE PODER E DE AUTORIADADE.

Aborda-se neste capítulo o tema polêmico das UPP’S, para mostrar ao leitor sobre o Poder, seu uso, abuso e desvio, que no próximo item serão melhor explicados.

Segundo o Governo do Rio de Janeiro (2014), A UPP é um dos mais importantes programas de Segurança Pública realizado no Brasil nas últimas décadas.

As UPPs trabalham com os princípios da polícia de proximidade, um conceito que vai além da polícia comunitária e tem sua estratégia

fundamentada na parceria entre a população e as instituições da área de segurança pública. A atuação da polícia pacificadora, pautada pelo diálogo e pelo respeito à cultura e às características de cada comunidade, aumenta a interlocução e favorece o surgimento de lideranças comunitárias.

O programa engloba parcerias entre os governos, municipal, estadual e federal e diferentes atores da sociedade civil organizada. Projetos educacionais, culturais, esportivos, de inserção social e profissional, além de outros voltados à melhoria da infraestrutura, estão sendo realizados nas comunidades por meio de convênios e parcerias firmados entre diferentes segmentos do poder público, iniciativa privada e terceiro setor.

Porém, segundo Moraes (2008), a “policialização do problema social” através da militarização do cotidiano caminha lado a lado com a sua conversão em oportunidade de mercado.

Diz o autor, que o modo como a polícia constrói o problema (a partir do controle territorial e da ideologia de facção) responde ao entendimento mercadológico de que a criminalidade afasta os empreendedores capazes de alavancar o progresso. A queda da criminalidade (ao menos a sua face mais visível, os fuzis e as granadas) torna-se o operador do consumo. Com efeito, a militarização atrelada aos processos de inserção social via consumo responde a uma necessidade de integração social que define quem é e, também, quem não será um consumidor nessa conjuntura da “cidade de negócios”, exercendo o controle sobre eles a partir da atividade policial.

Ainda segundo Moraes (2008), com isso, a presença da polícia nesses territórios através das UPPs tem o caráter de controle e vigilância (ocupação territorial permanente e ostensiva).

O foco também é mantido na contenção da expansão do crescimento das favelas, ao mesmo tempo em que permanece o tempo inteiro orientado para a dissuasão bélica dos criminosos.

Ainda para Moraes (2008), O processo de “pacificação” ganha organicidade no espaço público midiaticizado a partir da confluência das demandas de reconstituição da ordem pública e das expectativas de integração pelo consumo.

Aí repousa o caráter político-pedagógico dos relatos de O Globo e Extra, em que as UPPs também podem ser entendidas como uma linguagem da dominação e da segregação urbana, pois a sua presença nos territórios da pobreza projeta a todos uma capacidade de dissuasão bélica do crime violento, na justa medida em que as políticas sociais podem ser traduzidas por ações policiais e preventivas, ponto em que oportunidades de mercado se apresentam.

Segundo Granja (2010), no dia 10 de agosto, policiais do Batalhão de Operações Especiais (BOPE) da PM do Rio de Janeiro ocuparam o Complexo do Turano, na zona Norte da cidade, para a implantação da 11ª Unidade de Polícia Pacificadora. Vestidos de preto, encapuzados e sem identificação nas fardas, centenas de ‘caveiras’ chegaram ao morro de madrugada, agrediram moradores e invadiram casas dando mostra de como será a rotina na favela durante a militarização.

Figura 1 - BOPE ocupa o morro do Turano:



Fonte: GRANJA, Patrick, 2010

Conta Granja (2010), que no dia seguinte, a equipe de reportagem da Revista eletrônica A Nova Democracia (AND), (2010), foi ao morro do Turano coletar denúncias de moradores que foram ameaçados, humilhados e tiveram suas casas invadidas e reviradas pela polícia.

Figura 2 - Vídeo flagra truculência de PMs da UPP do Cantagalo



Fonte: (<http://anovademocracia.com.br/blog>).

A Revista Veja do dia 19/07/2014, publica que, acuada por bandidos, polícia cancela patrulhas noturnas de UPPs.

Um documento oficial não deixa d vidas: acuados por bandos numerosos e bem armados, policiais de UPPs têm ordem expressa para evitar confrontos em favelas do Rio.

Revela Leitão (2014), que o timbre faz referência, por ordem de importância, ao governo do estado,   Secretaria de Segurança,   Polícia Militar e   Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) Arar /Mandela. Data de 16 de julho de 2014. Assunto: "Alteran o no serviço". A autoria   do comandante da UPP, capitão Paulo Cesar de Oliveira Ramos Filho, com carimbo de recebimento do supervisor do dia, sargento Rodrigo de Andrade Pellegrini. O texto, em português claudicante,   um choque: "Este comandante informa este supervisor que determine as Guarni es para não realiza o de Patrulhamentos noturno no interior das comunidades Arar  e Mandela". Soa absurdo, mas   isso mesmo, leitor: segundo o comunicado interno a que VEJA teve acesso, a tropa da UPP instalada para anular o poder do tr fico e garantir a ordem em duas das mais conflagradas favelas do Complexo de Manguinhos, na porta de entrada do Rio de Janeiro, tem ordem expressa para não trabalhar   noite. O documento sela por escrito algo já bem visível e conhecido nas principais UPPs: em número reduzido, com fraco poder de fogo e a desvantagem de não dominar a geografia do

emaranhado de becos e vielas, os PMs buscam evitar o confronto com a bandidagem, que voltou a circular fortemente armada.

Esse ato é classificado por Lopes (2006) como uso arbitrário de poder.

Para Leal (2014), diversamente dos poderes do Estado, que são estruturais e orgânicos, os poderes da Administração são instrumentais. Constituem instrumentos conferidos à Administração pelo ordenamento jurídico, para que possa atingir sua finalidade única, qual seja o interesse público.

Os poderes da Administração são prerrogativas decorrentes do Princípio da Supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Sempre que o administrador, quando da utilização desses instrumentos, exceder os limites de suas atribuições ou se desviar das finalidades administrativas, incorrerá em abuso de poder e será responsabilizado. O abuso de poder divide-se em duas espécies: excesso de poder e desvio de finalidade.

Para Meirelles (2006), o abuso de poder é o fenômeno que se verifica sempre que uma autoridade ou um agente público embora competente para a prática de um ato ultrapasse os limites das suas atribuições ou se desvie das finalidades anteriormente previstas.

Para Souza (2014) o abuso de poder é um instituto tratado em diferentes ramos do Direito brasileiro.

No âmbito do Direito Administrativo, é sabido que os poderes administrativos (poderes de polícia, hierárquico, regulamentar, disciplinar e, para alguns, vinculado e discricionário) são prerrogativas concedidas à Administração Pública para que esta, no exercício das funções que lhe são atribuídas pelas normas, alcance o atendimento do interesse público.

Ainda Segundo o Autor, não pode o administrador público renunciar à utilização de tais poderes. O interesse público é indisponível, e, caso seja

necessário que o administrador se valha de tais poderes para cumprir sua função, deverá exercê-los, haja vista que os poderes administrativos constituem verdadeiros poderes-deveres.

Souza diz ainda que o uso do poder é a utilização normal dessas prerrogativas, dentro da legalidade e da legitimidade respeitada os princípios administrativos expressos e reconhecidos. Aqui, não há de se falar em ilegalidade de qualquer espécie.

Diferentemente, o abuso de poder é a conduta do administrador público eivada de ilegalidade, a qual pode se manifestar de diferentes maneiras. A uma, pela falta de competência legal; a duas, pelo não atendimento do interesse público; e, a três, pela omissão.

É um exemplo típico do abuso de poder, o caso acima das UPP'S

A doutrina trata o abuso de poder como gênero, dos quais são espécies o excesso de poder e o desvio de poder, ou desvio de finalidade.

Já o excesso de Poder, segundo Souza (2014), o agente público atua sem competência, seja por sua total ausência, seja por extrapolar os limites da competência que lhe foi legalmente atribuída. O ato pode ser considerado válido até o limite em que não foi extrapolada a competência, exceto se o excesso o comprometa inteiramente.

O ato praticado com excesso de poder é manchado pela pecha da ilegalidade, em razão da existência de vício em um de seus elementos, qual seja, a competência. Resta saber se tal ato pode ser aproveitado, ou seja, se pode haver a correção do vício que o macula.

Ainda segundo Souza (2014), em se tratando de vício de incompetência, admite-se a sanatória ou convalidação do ato na forma da ratificação. O artigo 55 da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo em âmbito federal, prevê expressamente a possibilidade de convalidação, pela Administração, de atos eivados de defeitos sanáveis, desde que isso não gere lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

Quanto ao Desvio de Poder, diz Souza (2014) encontra previsão expressa na Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a qual, em seu art. 2º, “e”, e parágrafo único, “e”, trata do desvio de finalidade como o vício

nulificador do ato administrativo lesivo ao patrimônio público, e o considera caracterizado quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Diz o autor, que no desvio de poder, a autoridade age dentro dos limites da sua competência, mas o ato não atende o interesse público, ferindo os objetivos colimados pela norma legal. Trata-se de ato ilegal que se reveste de uma roupagem de legalidade, o que dificulta sua prova, devendo o Juiz levar em conta os indícios presentes para considerar a ocorrência ou não do desvio de finalidade.

Afirma Souza (2014), que no desvio de poder há vício em um dos elementos do ato administrativo, qual seja, o da finalidade.

A finalidade precípua da Administração Pública é sempre atender o interesse público, daí decorrendo a impossibilidade de sanatória ou convalidação do vício relativo à finalidade do ato.

Portanto, o ato contendo vício quanto à finalidade não pode ser aproveitado pela Administração Pública.

Dessa maneira, verifica-se que é cabível a sanatória em relação ao excesso de poder, por referir-se a vício de incompetência, enquanto que o desvio de poder não admite convalidação, por tratar de vício de finalidade.

Afirma Souza (2014) que em ambos os casos, é irrelevante tenha ou não agido o administrador com boa-fé. Em qualquer hipótese, estará presente a ilegalidade do ato.

Ainda segundo Souza (2014), a omissão da Administração Pública também pode caracterizar o abuso de poder. Aqui, há de se discernir entre omissão genérica e omissão específica da Administração Pública. Na primeira, não surge o abuso de poder, porque se trata de escolha do momento mais oportuno para o incremento das políticas de administração, as quais não possuem prazo determinado.

A omissão específica caracteriza a abuso de poder em virtude do poder-dever de agir da Administração Pública quando a lei assim o determina.

Ressalte-se que a omissão não é ato administrativo, mas sim a ausência de manifestação de vontade do poder público.

Pode-se ver aqui claramente, que no caso das UPP'S que fizeram vista grossa como acima relatado, trata-se então de omissão da Administração Pública, que acaba por se caracterizar como abuso de poder.

Quanto as garantias dos direitos do cidadão, segundo Alcântara (2013), foi lançada a cartilha “Cidadão com Segurança”, desenvolvida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP-RJ), lançada em novembro de 2003, na Rocinha.

O Coronel Frederico Caldas, coordenador-geral da Coordenadoria de Polícia Pacificadora (CPP), enalteceu o projeto e o conteúdo da publicação: “Os conselhos estão em consonância com o princípio da cidadania”.

Segundo o Coronel Frederico, a cartilha do MP está alinhada com o princípio da Polícia Militar sobre intolerância com casos de violação dos direitos dos cidadãos.

O Coronel Frederico Caldas e Mario Luiz Bonsaglia elogiou a publicação lançada na Quadra da Escola de Samba Acadêmicos da Rocinha, em São Conrado, a publicação é um instrumento para informar os moradores de comunidade sobre os direitos e deveres dos policiais e dos cidadãos, e como a relação de respeito é traçada quando cada um realiza o seu papel. A edição será distribuída entre líderes comunitários e nas bases das 34 UPPs do Estado.

Major Priscilla, comandante da UPP Rocinha, diz que a Cartilha é ferramenta de ratificação de direitos.

O presidente da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública, Mario Luiz Bonsaglia, disse que a cartilha esclarece à população, de forma clara e didática, quais são os deveres e os direitos da autoridade policial. “Os cidadãos devem saber quais são os limites da polícia. O resultado final passa a ser positivo”.

Castro Júnior e Bazanello (2008) são os autores da Cartilha, e ressaltam que o Brasil sendo uma democracia participativa, necessita uma

sociedade ativa no exercício da cidadania e na busca do respeito aos seus direitos.

A Constituição, nossa Carta Magna e as leis de cunho social precisam ser constantemente acionadas para evitar os abusos de autoridade, os desrespeitos às liberdades individuais, a luta contra os preconceitos.

A razão da edição dessa Cartilha. Dar conhecimento aos cidadãos de que são agentes responsáveis pela efetivação de sua cidadania proativa e que para isso é preciso estar vigilantes no processo de fiscalização dos agentes públicos escolhidos como seus representantes no Legislativo, no Executivo e no Judiciário.

As orientações e endereços contidos nessa Cartilha servem como guia do Cidadão para a busca do aperfeiçoamento democrático e o respeito a todos nós que pertencemos à única raça reconhecida pelo Criador: a raça humana.

Essa cartilha visa seguir o princípio da publicidade e da isonomia.

Segundo Massali (2013), A cartilha mostra que todo cidadão tem o direito de ser tratado com respeito, sem ser, agredido, ameaçado ou humilhado.

Também não pode ser forçado a confessar um crime e deve ser levado à delegacia apenas se houver alguma suspeita fundamentada. O policial só pode usar a força física quando a pessoa resiste à prisão e, mesmo assim, com moderação.

Quanto aos deveres, o cidadão tem que respeitar os policiais, identificar-se sempre que seus dados forem solicitados e atender às intimações feitas pela polícia. Também deve permitir, sem resistir, ser revistado, mesmo que considere a revista desnecessária, podendo depois apresentar uma reclamação aos órgãos competentes (à Corregedoria da Polícia ou ao Ministério Público).

O coronel disse que é inaceitável que haja na polícia um instrumento de abuso e de excesso, ainda mais porque o cidadão espera que o policial seja o principal defensor das leis e da cidadania e não aquele que vai, de

alguma maneira, desrespeitar o cidadão que ele deve servir. “Nós também não compactuamos com desvio de conduta, nós também não compactuamos com os excessos. Nós entendemos que a Justiça deve ser feita pelas mãos daqueles que têm o dever de fazer cumprir a lei”, disse.

No fim das investiga es e das denúncias do Ministério Público do Rio no caso Amarildo, 25 policiais da UPP da Rocinha são acusados de participar da tortura do ajudante de pedreiro no dia 14 de julho.

CONCLUSÃO

Este artigo tem como objetivo geral o estudo dos aspectos morais e éticos das UPP’S no Rio de Janeiro, no trato com o cidadão.

O Estudo mostra que a Administra o Pública tem direito   exercer seus poderes, porém tem limites para tal, embasado no poder vinculado, ou seja, o estritamente previsto em lei, e mesmo com o poder discricionário, que autoriza a administra o pública a tomar decisões não explícitas em Lei, porém sem ultrapassar os limites dos direitos constitucionais, ou seja, precisa agir com coerência.

Mostra-se nesse trabalho, que as UPP’S, foram criadas para tornar as favelas, lugares sociáveis, com mais dignidade, trabalho, turismo, e exterminar a violência gerada pelo tr fico de drogas.

Porém, a média e vários relatos mostram, que depois de algum tempo, essas unidades acabam agindo contra o cidadão, ou seja, desrespeitando seus direitos humanos, usando de violência e arbitrariedade, contrariando assim, o princípio da legalidade e praticando abuso de poder e desvio de finalidades.

A cartilha do cidadão lançada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, vem trazendo   tona o princípio da publicidade, levando ao conhecimento do cidadão e dos policiais dessas unidades, seus direitos, deveres e consequências.

Os cidadãos dessas comunidades, que temiam os traficantes, agora temem a própria polícia, que exacerbando seus poderes, invadem residências, espancam pessoas e várias outras arbitrariedades.

Essa iniciativa mostra ao cidadão seus direitos, e a quem recorrer quando sofrem qualquer tipo de abuso.

Só resta saber, se como tantas leis, esta também sairá do papel para fazer justiça, ou ficará guardada em um dos enormes arquivos mortos da atual política brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Juliana. **Não compactuamos com o desvio de conduta**, diz coordenador-geral das UPPs, 2013. Disponível em <<http://www.upprj.com/index.php/acontece/acontece-selecionado/naeo-compactuamos-com-o-desvio-de-conduta-diz-coordenador-geral-das-upps/Rocinha>>. Acesso em 13.11.2014.

BRASIL, **lei n.º 4.898/63** de 09 de dezembro de 1.963, define o que é crime de Abuso de Autoridade e estabelece quais são as punições para esta prática. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/br/mg/cartilha/22_combpratica_abuso.htm>. Acesso em 31.07.2014.

_____, Governo do Rio de Janeiro. **UPP** - 2014. Disponível em <<http://www.upprj.com/index.php/acontece/acontece-selecionado/naeo-compactuamos-com-o-desvio-de-conduta-diz-coordenador-geral-das-upps/Rocinha>>. Acesso em 13.11.2014.

_____, **Lei de Abuso de Autoridade**. Disponível em <www.jusbrasil.com/legislacao/.../lei-de-abuso-de-autoridade-lei-4898-6>. Acesso em 31.07.2014

CASTRO JR.Osvaldo Agripino e BUZANELLO, José Carlos. **Cartilha dos Direitos do Cidadão**. Ed. Unigranrio, 6ª edição, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

CUNHA, Douglas. Conceito e abrangência do Direito Administrativo. Artigo publicado no Jus Brasil, disponível em

<<http://douglasscr.jusbrasil.com.br/artigos/134483649/conceito-e-abrangencia-do-direito-administrativo>>. Acesso em 11.11.2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª edição, São Paulo - Ed. Atlas S/A, 2012.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo, Saraiva, 1980.

_____, Manoel de Oliveira. **Da competência administrativa**. São Paulo, Resenha universitária, 1977.

GARCÌA DE ENTERRIA, Eduardo & RAMÒN FERNANDEZ, Tomás. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. • GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 7ª edição, 2002.

GRANJA, Patrick. **A UPP chegou aterrorizando moradores**. Revista A Nova Democracia, Ano IX, nº 69, 2010.

LEAL, Kilma. **Direito Administrativo - ALEPE**. Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, 2014.

LEITÃO, Leslie. **Acuada por bandidos, polícia cancela patrulhas noturnas de UPPs**. Revista Veja, Julho de 2014. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/acuada-por-bandidos-policia-cancela-patrulhas-noturnas-de-upps>>. Acesso em 13.11.2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2ª tiragem, 2000.

MASSALI, Fábio. **Comandante das UPPs pede desculpas à família de Amarildo pela tortura feita por policiais**. Disponível em <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/11/comandante-das-upps-pede-desculpas-a-familia-de-amarildo-pela-tortura-feita>>. Acesso em 20.11.2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 2001.

MORAES, P. R. B. de. **Juventude, medo e violência**. In: GEDIEL, J. A. P.; MERCER, V. R. (Org.). *Violência, paixão e discursos: o avesso dos silêncios*. Porto Alegre: CMC, 2008

MUSUMECI, Leonarda; MOURÃO, Barbara Musumeci; LENG RUBER, Julita e RAMOS, Silva. **Ser policial de UPP: Aproximações e resistências**.

Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC). Boletim segurança e cidadania 14.

SANTIAGO, Emerson. **Abuso de poder.** Info Escola. Disponível em <<http://www.infoescola.com/direito/abuso-de-poder/>>. Acesso em 31.07.2014.

SOUZA, Sérgio Luiz Ribeiro. **Abuso de Poder.** Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

PROCESSO LICITATÓRIO E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

EDSON EVANGELISTA DOS SANTOS:
Acadêmico em Direito pela Faculdade AGES.

Resumo: O presente trabalho traz uma abordagem acerca do processo licitatório e os crimes contra a administração pública. Fato presente no ambiente público brasileiro e, fortemente combatido pelo Ministério Público, como resposta ao avanço de grupos apoiados politicamente em malversação do dinheiro público para a utilização em pleitos eleitorais. Assim, o estudo procurou levantar os dados através de pesquisa bibliográfica. O resultado é um debate aproximativo acerca de diversos aspectos a estes atinentes, ou seja, o processo licitatório pressupõe a transparência e, o devido espaço para o cuidado com os procedimentos atinentes a lisura. O estudo também aponta as tentativas legislativas e práticas para o combate ao desvio de recursos e, conseqüentemente os tipos de crimes cometidos contra a administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Improbidade administrativa. Lei da Transparência.

INTRODUÇÃO

A Administração pública não pode contratar com outrem sem antes abrir o processo de licitação, procedimento administrativo no qual o ente público, no exercício das suas atribuições administrativas, abre aos interessados, que se submetam às condições consolidadas no instrumento convocatório, surge então, a possibilidade de formular propostas sendo selecionada e aceita a mais vantajosa para a celebração do contrato. A licitação tem como objetivo, proporcionar igualdade de condições para todos que

desejam contratar com a Administração, garantindo consequentemente a moralidade e eficiência na gestão da coisa pública.

A expressão procedimento administrativo é referente a uma série de atos preparatórios para que se consume o ato final objetivado pela Administração. A licitação se forma por atos e fatos da administração e atos e fatos do licitante, de modo que ambas as partes contribuam para formar a vontade contratual. A Administração abre o edital ou convite e o particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência entre outros. São previstas cinco modalidades de licitação de acordo com a Lei 8.666/93 que serão explanadas no decorrer do trabalho. Os objetivos da licitação também são previstos na Lei de Licitação.

Importante salientar a obrigatoriedade da licitação por força constitucional, contudo em alguns casos, o procedimento licitatório é dispensável ou inexigível. A Lei Federal nº 8.666/93 em obediência ao art. 22, XXVII, da CF/1988, atribuiu à União, a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Assim como todo ramo do direito, o procedimento administrativo mencionado é respaldado por princípios, explícitos na referida Lei, estes por sua vez, buscam garantir a efetividade da isonomia, selecionando a proposta mais vantajosa para o ente público, sendo processada e julgada em consonância com os princípios basilares, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e demais que se correlacionarem.

Via de regra, o procedimento licitatório é obrigatório, contudo, em alguns casos se torna dispensável ou inexigível em virtude de alguns requisitos. Importante contextualizar a égide do Estado Democrático de Direito com o procedimento licitatório que dispensa a licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública de acordo com a Lei nº 8.666 de 1993

A violação aos princípios que regem a licitação pode oportunizar a nulidade do procedimento licitatório, bem como pode configurar ato de improbidade administrativa, visível que na égide de um Estado puramente democrático, os princípios se tornaram o “coração” da Constituição que rege a República. Destaca-se agora a fase da licitação que é dividida em fase interna e externa, a primeira diz respeito ao momento em que o ente público interessado determina a realização da licitação, delinea o seu objeto e indica os recursos cabíveis para as despesas; a segunda se refere à audiência pública, fixação do edital ou envio do convite para convocação, comportando também, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores.

Em face de fatos decorrentes de corrupção existente em nosso país, hoje mais do que nunca, o procedimento de licitação sofre graves afrontas por parte da própria Administração, a lei de licitação, estabelece os crimes para ela direcionada. A busca por enriquecimento, o desvio de verba pública, o privilégio para grandes empresas dentre outros fatores, justificam as sanções impostas pela Lei de Licitação Pública, haja vista já prevê o descompasso dos envolvidos na Administração pública para com o procedimento licitatório.

Dito isto, o presente trabalho tem como objetivo central delinear todo o procedimento licitatório com base na Constituição Federal, bem como na Lei Federal nº 8.666/93, demonstrando ainda, os crimes envolvendo esse procedimento administrativo realizado pela Administração pública, estes por sua vez são crimes de ação penal pública incondicionada, cabendo ao *Parquet* promovê-la. De outro modo não poderia ser feito, já que o principal prejudicado na consumação desses delitos é à Fazenda Pública, contudo, qualquer pessoa do povo pode ensejar a iniciativa do representante do Ministério Público, de modo a oferecer informações sobre o fato e sua autoria, escrita ou verbalmente.

Imprescindível destacar que a Lei estabelece um procedimento especial em se tratando de ações penais que envolvam os crimes de licitações. A justificativa da presente produção, no que tange a relevância social, acadêmica e científica se orienta no sentido de que o procedimento licitatório realizado pela Administração Pública deve ser de conhecimento geral, para que saibam de que forma o dinheiro público é utilizado, verificando consequentemente os valores de cada licitação a fim de que se verifique que o ente público de fato contratou com a proposta mais vantajosa.

Além disso, é necessário que a comunidade tenha conhecimento de que o desrespeito ao procedimento administrativo da licitação enseja em crimes contra a Administração pública, é por isso que uma gama incalculável de chefes do executivo são processados hodiernamente, tendo em vista a presença de empresas fantasmas, desvio de verba pública, supersaturação das licitações, dentre outros. Todos esses atos são crimes previstos na Lei de Licitação que ocasionam sérios danos a Administração.

Metodologicamente, foi estabelecido um levantamento de modo bibliográfico, sendo utilizados livros encontrados na biblioteca da instituição, artigos científicos publicados em periódico e legislação encontrados na internet, todos esses se adentrando ao procedimento administrativo licitatório e os crimes contra a Administração Pública, delineando os principais aspectos no que concerne a abordagem do referido tema, se adentrando ainda, a Lei de Transparência e a Lei do colarinho branco.

Para tanto, os capítulos buscaram elucidar a parte teórica no que se refere o procedimento de licitação e os crimes contra a Administração pública, demarcando a sua obrigatoriedade, exceções à regra, base principilógica, modalidades, legislação atinente. No segundo capítulo tratará inicialmente da licitação na gestão pública, abordando a sua legislação e transparência.

No terceiro capítulo aludirá sobre o procedimento licitatório e os órgãos de controle, evidenciando os aspectos da aplicabilidade e a lei do colarinho branco, Lei nº 7.492, de 16 de julho de 1986 que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, assim como trará a baila a lei de transparência que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

No quarto capítulo, será frisado o estudo de caso sobre o procedimento licitatório em Santa Luz, município baiano, norteador o fracionamento de uma licitação de combustível feito pelo Poder Executivo rejeitado pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, fora julgado por improbidade administrativa, julgado pelo TJ/BA, ficando inelegível por oito anos.

Ao final se perceberá que contratar com a gestão pública é um ato solene, requer propostas vantajosas para que haja o desenvolvimento econômico e social local, transparência e publicidade dos atos. Perceptível é o entrelaçamento entre o direito administrativo e o direito constitucional, de modo a constatar que a Lei Maior vige em todas as searas do Direito a fim de disciplinar toda a sociedade em suas relações sociais, políticas e econômicas. No mais, nítida a boa intenção do legislador ao incriminar condutas que afrontam a Administração pública, haja vista causar danos gravíssimos à Fazenda Pública, conseqüentemente ao sistema financeiro.

PROCESSO LICITATÓRIO: ASPECTOS GERAIS

A Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal ao instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública. Pela licitação, a Administração Pública abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta, sendo escolhida a mais vantajosa para o ente público.

Ainda, o artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, atribui a competência privativa a União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, em diferentes modalidades para a Administração Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;

As normas da União, quando gerais, terão aplicabilidade para todos os entes federativos, estes por sua vez poderão expedir normas específicas para regulamentação dos seus procedimentos licitatórios, observadas as normas genéricas trazidas na legislação federal.

Para Carvalho (2016, p.420),

Em obediência ao dispositivo constitucional, foram publicadas leis traçando as modalidades e tipos de licitação, bem como definindo seu procedimento e hipóteses de dispensa e inexigibilidade. No âmbito federal, existem, atualmente, duas leis gerais de licitações: Lei 8.666/93 e 10.520/02 (lei do pregão), bem como duas leis que tratam acerca de contratos administrativos, quais sejam, a lei 8987/95 e a lei 11.079/04.

Importante frisar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que alguns dispositivos da lei nº

8666/93 ultrapassam o caráter de normal geral e definem normas específicas de licitação, nessa hipótese, os dispositivos serão aplicáveis somente às licitações realizadas no âmbito federal.

Dito isto, as normas da Lei n° 8666/93 estabelece que regras específicas são constitucionais somente para União, para demais entes federados são inconstitucionais, estando sujeitos apenas às de caráter geral editadas no âmbito federal. A lei n° 10.250/02 trouxe a modalidade licitatória do pregão em complemento com já vigente Lei de Licitação.

Ademais, a Licitação tem como finalidade buscar a melhor contratação possível para o poder público, buscando a proposta mais vantajosa ao Estado, permitindo também que qualquer pessoa tenha iguais condições de participar das contratações públicas, desde que preencha os requisitos estabelecidos em lei.

Antes de se adentrar ao procedimento licitatório, faz-se necessário analisar quem deve licitar, para tanto, a Lei de Licitação estabelece em seu artigo 1° parágrafo único quem é capaz de licitar.

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

Os entes da Administração Direta, que compreende a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; os entes da Administração Indireta, autarquias, Fundações, Empresas públicas e Sociedades de Economia mista prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas; os Fundos especiais e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público, incluindo as entidades que recebem dinheiro público para manutenção e custeio pessoal.

2.1 Base principiológica

Em se tratando dos princípios que norteiam a licitação, visto que não existe uma uniformidade na doutrina acerca dos princípios regradados na licitação, contudo, busca-se agregar o maior número de princípios, podendo elencar estes como: princípio da igualdade; da legalidade; da impessoalidade; moralidade; publicidade; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo; adjudicação compulsória; ampla defesa.

Para Carvalho (2016, p.422)

O procedimento licitatório deve observar os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, sejam os princípios expressos no art. 37, caput e demais dispositivos da Constituição Federal, sejam aqueles explícitos no ordenamento jurídico [...].

Pode-se afirmar que o princípio da igualdade é basilar da licitação, pois não visualiza somente a melhor proposta para a gestão pública, como também assegura a igualdade de direitos entre os licitantes. O referido princípio está consolidado no art. 37, XXI, da Constituição Federal, vedando o estabelecimento de condições que atribuam preferência em favor de certos licitantes em detrimento com os demais.

O procedimento de licitação somente permite as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Nos moldes da Lei de Licitação, a igualdade entre os contratantes é considerada tanto um princípio, quanto um objetivo.

Com efeito, não se admite que a Administração Pública exija requisitos, para a participação do certame, que não estejam estipulados previamente em lei e sejam dispensáveis à realização do procedimento. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal se posicionou em sede de Ação de Inconstitucionalidade. Vejamos:

Ementa: LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei nº 12.204/98, do Estado do Paraná, com a redação da Lei nº 13.571/2002. Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade. Ofensa ao art. 19, II, da vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro. ADI 3583/ PR – PARANÁ/ 21/02/2008.

De acordo com Carvalho (2016, p.424),

Ressalta-se que a isonomia, em seu aspecto material, significa tratar igualmente os iguais e oferecer tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades. Neste interim, o princípio visa a igualar juridicamente aqueles que são desiguais faticamente, formando o que se convencionou chamar de isonomia material.

Decorrente do mencionado princípio se encontra o princípio da competitividade ao vedar os agentes públicos de admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas que comprometam o seu caráter competitivo ou estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade ou de qualquer outra circunstância irrelevante para o objeto específico do contrato.

O princípio da isonomia ainda é claramente exposto no §1º, inciso II do art.3º, da Lei nº 8.666/93 quando se veda aos agentes públicos estabelecer tratamento diferenciado de natureza

comercial, legal, trabalhista, previdência ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamento, ainda que se envolvam financiamentos de agências internacionais.

O princípio da legalidade é de extrema relevância para o procedimento licitatório, à medida que está inteiramente vinculado à lei, todas as suas fases estão disciplinadas pela Lei de Licitação, portanto, a participação em licitação, pressupõe a fiel observância do procedimento estabelecido na lei.

A Administração Pública em suas decisões, deve se pautar por critérios objetivos, sem analisar as condições pessoais dos licitantes, essa ideia invoca o princípio da impessoalidade ligado ao da isonomia e do julgamento objetivo, haja vista pressupor que todos os licitantes sejam tratados de forma isonômica em se tratando de direitos e obrigações.

O princípio da moralidade exige por parte da Administração comportamento tanto lícito, quanto moral, pautado nos bons costumes, equidade, justiça, ideia de honestidade e regras de boa administração, previsto nos artigos 37, caput, e 5º. LXXIII, da Constituição.

O princípio da publicidade requer a divulgação do procedimento licitatório para os interessados e dos atos da Administração praticados nas diferentes fases do procedimento, que podem e devem ser abertos para os interessados a fim de fiscalizar a sua legalidade.

A não observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório enseja nulidade do procedimento, pois a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se encontra intimamente vinculada, nos moldes do art. 3º da Lei de Licitação. A Administração ao estabelecer no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas fundamentais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos,

portanto, o desrespeito às condições previamente estabelecidas, burla os princípios da licitação.

Segundo Carvalho (2016, p.422),

Ressalta-se que o instrumento de convocação é, em regra, o edital, exceto no convite, em que a lei define a convocação mediante carta convite que se trata de um instrumento convocatório simplificado. O edital é a “lei” interna da licitação, e deve definir tudo o que for importante par o certame, vinculando os licitantes e a Administração Pública à sua observância.

Pelo princípio do julgamento objetivo se consolida a ideia de que o julgamento das propostas deve ser realizado de acordo com os critérios fixados no edital, trata-se de decorrência do princípio da legalidade, estabelecido no art. 45 da Lei de Licitação.

O princípio da adjudicação compulsória pressupõe que o objeto da licitação seja atribuído ao vencedor, jamais a outrem, ao se concluir o procedimento, portanto, a adjudicação ao vencedor é obrigatória, ressalvada a hipótese de desistência ou o não firmar no prazo prefixado, ao menos que comprove justo motivo. Também se veda a possibilidade de abrir nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

Pouco citado em matéria de licitação, o princípio da ampla defesa já fora reconhecido pela jurisprudência em alguns casos. O art. 87 da Lei de Licitação exige a observância da ampla defesa para aplicação das sanções administrativas.

Entende-se que por meio do procedimento licitatório é possível incentivar a preservação do meio ambiente, estar-se-á diante do princípio da licitação sustentável que constitui um dos objetivos da licitação, qual seja, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

2.2 Obrigatoriedade da Licitação

A Constituição Federal exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações nos moldes do art. 37, XXI, bem como para a concessão e a permissão de serviços públicos, art. 175.

Segundo Pietro (2014, p.393),

Estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, ou fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas diretamente ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único).

Em se tratando da administração indireta, o artigo 119 da Lei nº 8.666/93 determina que editem regulamentos próprios, publicados e aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados.

A Emenda Constitucional nº 19/98 atribuiu nova redação ao artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, ao deixar em aberto à possibilidade de procedimentos diferenciados, de um lado a Administração direta, autarquia e fundação, do outro, as empresas públicas e sociedades mistas.

2.2.1 Dispensa e inexigibilidade

Por força do artigo 37, XXI, da Carta Política, se exige licitação para os contratos mencionados, contudo, se faz a ressalva em “os casos especificados na legislação”, ou seja, fica em aberto a possibilidade de ser fixada, por lei ordinária, nessas hipóteses a licitação deixa de ser obrigatória.

Há ainda, hipóteses em que a licitação é dispensada, a diferença entre essa e a inexigibilidade consiste no fato de que na

dispensa há a possibilidade de competição, facultando a lei à dispensa, nos casos de inexigibilidade não é possibilitada a competição, haja vista existir somente um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, se tornando a licitação, inviável.

Segundo Carvalho (2016, p.475), “A inexigibilidade está regulamentada no art. 25 da Lei nº 8.66/93 que estabelece, em princípio que, sempre que a competição for impossível, a licitação será inexigível”.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. VÍCIOS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 473/STF. 1. A impetrante foi contratada em 20.08.07, por inexigibilidade de licitação, para fornecimento de livros didáticos ao Estado do Maranhão. Todavia, identificando vícios no procedimento de contratação, o ente estatal editou a Portaria no 840, de 14.09.2007, anulando o certame. A recorrente afirma que a administração pública cometeu ilegalidade, pois o desfazimento do vínculo, após a assinatura do contrato, apenas pode ser realizada em duas situações: interesse público ou ocorrência de fato superveniente devidamente comprovado. 2. A contratação direta por inexigibilidade de licitação exige uma série de providências formais, de modo a justificar a regularidade da qualificação jurídica do contratante, a necessidade do bem ou serviço pretendido, a inviabilidade de competição e a razoabilidade dos preços. 3. Na hipótese dos autos, foram detectados vícios procedimentais que impossibilitaram a continuidade do vínculo contratual. A dúvida existente sobre a

autenticidade dos documentos que justificaram a contratação direta (como por exemplo, pareceres da assessoria jurídica sem a assinatura do advogado parecerista, bem como, sem assinatura do Chefe da Assessoria Jurídica à época, o certificado de exclusividade com selo indicando data posterior à ratificação do instrumento) é situação apta a ensejar a nulidade do contrato. Aplicação da Súmula 473/STF. 4. A anulação do certame público autoriza o interessado a buscar eventuais perdas e danos, pelos meios cabíveis em direito. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido (RMS 28552/MA, STJ – Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgamento: 17.03.2011, DJe: 25.03.2011) (grifos da autora).

As hipóteses de dispensa podem ser divididas em quatro categorias: em razão do pequeno valor, em razão de situações excepcionais, em razão do objeto e em razão da pessoa.

Vale ressaltar (Carvalho, 2016, p.475), que “as hipóteses dispostas na lei não são taxativas, mas meramente exemplificativas. Mesmo que a circunstância não esteja disposta expressamente no texto legal, a licitação será inexigível quando for inviável a realização da competição entre os interessados”.

Em razão do pequeno valor, é dispensável a licitação para obras e serviços de engenharia de valor até 10% do limite previsto na alínea a, do inciso I, do artigo 23, contanto que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda de obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjuntamente (art. 24, Lei n° 9.648/98).

Em razão de situações excepcionais a dispensa é possível, haja vista a morosidade de o procedimento ser incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização ao

invés de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato. Nestas hipóteses se incluem os casos de guerra ou grave perturbação da ordem; os casos de emergência ou de calamidade pública.

Em razão do objeto, hipóteses de compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades principais da Administração; nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e demais gêneros perecíveis; aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos de autenticidade certificada, contanto que esteja compatível as finalidades do órgão ou entidade; na aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica; nas compras de materiais de uso pela Forças Armadas, exceto os de uso pessoal e administrativo; na aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológicas; na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica; na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operação de paz no exterior; na contratação de instituição ou organização pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural; na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde; nas contratações de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outra tecnologias sociais de acesso à água.

Em razão da pessoa, hipóteses para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública; para a impressão dos diários oficiais, formulários, edições técnicas oficiais, prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública; na contratação de instituição brasileira, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa,

do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição à recuperação social do preso; na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, se comprovando a sua idoneidade por órgãos da Administração Pública; na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural; na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços; para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais; na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração direta, para a prestação de serviços públicos de forma associada.

A Lei nº 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação em seu artigo 22: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, de modo a definir cada uma dessas modalidades, sendo vedado pelo § 8º a criação de outras modalidades de licitação. Aplicam-se também por força da Lei os critérios de aplicação das modalidades de licitação (concorrência, tomada de preços e convite). Com o advento da Medida Provisória nº 10.520, de 17-7-02 foi criado o pregão como nova modalidade de licitação.

A licitação pode ser deserta ou fracassada, a primeira quando não houver nenhum interessado em contratar com a gestão pública ou quando o proponente não comparece caso em que se dispensa a licitação, podendo a Administração Pública contratar diretamente, contudo, deve ser demonstrado o prejuízo de se realizar um novo procedimento de licitação, mantendo ainda as condições já estabelecidas no edital; a segunda quando há desclassificação das propostas, não sendo nenhum proponente selecionado, neste caso, a Administração poderá atribuir aos licitantes o prazo de oito dias úteis para apresentar nova documentação ou propostas, em se tratando da modalidade convite de licitação, o prazo é reduzido para três dias úteis.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL.

VENDA DIRETA DE IMÓVEL. PRÉVIAS LICITAÇÕES DESERTAS. POSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA APRESENTADA POSTERIORMENTE À CONSOLIDAÇÃO DA VENDA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Tendo a venda direta sido realizada de acordo com o que dispõe o art. 24, V, da Lei no 8.666/93, o exame de sua legalidade não se subsume ao regramento específico da licitação invocado pela recorrente, relativamente à proposta mais vantajosa (art. 45), sendo, dessa forma, desimportante que, após sua efetivação, tenha sido ofertada proposta aparentemente “mais vantajosa”, mormente porque, em se tratando de venda direta, não subsiste a concorrência entre participantes. 2. Em face do Princípio da instrumentalidade das formas, insculpido no art. 249, § 2º, do CPC, o julgador não deverá pronunciar a nulidade, nem mandar repetir o ato nulo, quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveita a nulidade. 3. Recurso especial de Perugia Empreendimentos Imobiliários S/A provido para, reformando o acórdão e a sentença, julgar improcedente a demanda. Recurso especial de Alcastle Imobiliária Ltda. prejudicado (REsp 1.331.946/RJ, STJ – Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgamento: 19.03.2013, DJe: 03.04.2013).

Destaca-se agora a fase da licitação que é dividida em fase interna e externa, a primeira diz respeito ao momento em que o ente público interessado determina a realização da licitação, delinea o seu objeto e indica os recursos cabíveis para as despesas; a segunda se refere à audiência pública, fixação do edital ou envio do

convite para convocação, comportando também, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores.

Em face da grande corrupção existente em nosso país, hoje mais do que nunca, o procedimento de licitação sofre graves afrontas por parte da própria Administração, a lei de licitação, estabelece os crimes para ela direcionada.

A busca por enriquecimento, o desvio de verba pública, o privilégio para grandes empresas dentre outros fatores, justificam as sanções impostas pela Lei de Licitação Pública, haja vista já prevê o descompasso dos envolvidos na Administração pública para com o procedimento licitatório. É atribuído a sociedade civil fiscalizar onde está sendo aplicado o dinheiro público.

2.2.2 Procedimento

Em Direito Administrativo, falar em procedimento remete a uma série de atos preparatórios de ato final o qual a Administração se objetiva. A licitação por natureza requer uma sucessão de atos e fatos da Administração e do licitante. O procedimento se torna mais complexo na concorrência, haja vista o maior número de contratos a serem celebrados, pouco menos complexo na tomada de preços, tendo em vista o valor dos contratos serem médios, simplificado ainda mais no convite em face do pequeno valor dos contratos.

O desrespeito ao procedimento enseja a nulidade da contratação. Neste sentido se orientou o Supremo Tribunal Federal em sua Súmula nº 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

O procedimento licitatório é realizado por uma Comissão, permanente ou especial, sendo constituída por no mínimo três membros. Para Pietro (2014, p.422),

[...] sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação; apenas no caso de convite, a comissão poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente, desde que se trate de pequena unidade administrativa em que a exiguidade de pessoal disponível justifique a medida (§1º); e, no caso de pregão, a licitação é realizada por um pregoeiro, que é um servidor do órgão promotor do procedimento, escolhido e designado pela autoridade competente, ficando a seu cargo a análise de aceitabilidade das propostas e lances, a classificação, a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor (art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/02).

Importante discorrer que o mandato da Comissão é de até um ano, sendo vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no ano subsequente (§4º). Entendeu o legislador que a permanência da mesma comissão por anos subsequentes facilita as fraudes comuns nesse tipo de procedimento administrativo.

Para Carvalho (2016, p.430),

A função da Comissão é analisar os pedidos de inscrições em registros cadastrais bem como sua alteração ou cancelamento, habilitação para participação no certame, além da análise e julgamento das propostas da licitação, em observância aos critérios de julgamento previamente estipulados no instrumento

convocatório. Ademais, a comissão designada pode ser especial ou permanente. Isso porque, em algumas situações, é designada uma comissão específica para cada certame licitatório, que recebe a denominação de comissão especial, apesar deste fato não ser muito eficiente, principalmente, em casos de órgãos públicos que licitam com frequência.

A Lei nº 8.666/93 estabeleceu a responsabilidade solidária dos membros da comissão por todos os atos por ela praticados, ressalvada a hipóteses de posição individual divergente que esteja fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão (§3º). Ao instituir essa norma, visou o legislador, controlar com mais rigidez a licitude e a probidade no procedimento de licitação.

Em se tratando de concurso, o julgamento será realizado por comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e que tenha reconhecido conhecimento acerca da matéria, não havendo a necessidade de serem servidores públicos (art. 51, §5º).

A comissão de licitação ainda possui a competência para proceder à inscrição no registro geral, alteração ou cancelamento, deste. De acordo com o art. 38 da Lei de Licitação, o procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devendo está autuado, protocolado, numerado, contendo a autorização, indicação do objeto e recurso próprio para despesa que constituem atos prévios, ou seja, preparatórios para o procedimento da licitação que somente se inicia com a convocação dos interessados por via do instrumento escolhido.

2.2.3 Procedimento da concorrência

O procedimento da concorrência é composto pelas fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação. O edital é o ato pelo qual a Administração Pública divulga a abertura da concorrência, fixando os requisitos para participação, objeto, as

condições básicas do contrato e convida os interessados para que apresentem as suas propostas (Pietro, 2014).

Para Carvalho (2016, p.434),

Esta é a modalidade de licitação adequada a contratações de grande vulto, sendo garantidora da competição, sem limite de ingresso, com o procedimento amplo, abarcando todas as fases, desde a análise de documentação, até a escolha das propostas. Por isso, é considerada uma modalidade genérica onde podem participar quaisquer interessados. Esta é maior característica da concorrência, qual seja, a amplitude de participantes.

Corriqueiramente se define o edital como a lei da licitação e do contrato, os requisitos estabelecidos para observar o edital constam no art. 40 da Lei de Licitação, de acordo com Pietro (2014, p.424),

O artigo 10 estabelece os requisitos que deve o observar o edital, alguns deles concernindo ao próprio procedimento da licitação (objeto, condições para participação, forma de apresentação das propostas, critérios para julgamento) e outros referentes ao contrato (prazo e condições para assinatura do contrato, para execução e para entrega do objeto da licitação, condições de pagamento e, quando for o caso, de reajuste de preços, condições de recebimento do objeto da licitação). Na redação do termo do contrato ou instrumento equivalente, nada pode ser inserido em discordância com o que determina o edital (art. 41).

Sendo realizada a publicação do edital com observância do princípio da publicidade, o interessado que tenha alguma

contestação deve argui-la anterior a abertura dos envelopes de habilitação, pois de acordo com o art. 41, §2º da Lei de Licitação, estabelece que, “decairá o direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização do leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso”.

Na mesma linha de raciocínio dissertou Carvalho (2016, p.451),

Com a publicação, a Administração Pública marca uma data para que sejam abertos os envelopes de documentação dos licitantes e propostas, respeitado o prazo de intervalo mínimo exigido para cada modalidade de licitação. Neste momento, se inicia a contagem do prazo para impugnação administrativa do edital. Conforme a lei, qualquer cidadão pode impugnar o edital até o 5º dia útil anterior à data marcada para abertura dos envelopes. Oferecida à impugnação, cabe à administração decidi-la no prazo de três dias úteis.

É importante observar que tal norma possui o objetivo precípuo de evitar que os licitantes deixem passar o procedimento de sem que sejam levantadas as objeções ao edital, de modo somente a arguir posteriormente quando visualizar que as decisões tomadas pela Comissão lhes forem desfavoráveis.

O § 3º do art. 41 estabelece que a impugnação seja feita no prazo determinado pelo licitante e nada o impede que participe do processo licitatório até o trânsito julgado da decisão a ele dirigida. Doutrinariamente é feita uma crítica à expressão “trânsito em julgado”, pois a decisão final não é cabível ao Poder Judiciário e sim a Administração, considera-se a terminologia inadequada.

Ao cidadão também é atribuído o direito de impugnar edital de licitação sempre que visível à irregularidade da lei, devendo protocolar o pedido no prazo máximo de cinco dias úteis anteriores a data fixada para a abertura dos envelopes e habilitação, sendo incumbida à Administração a tarefa de julgar e responder à impugnação em prazo máximo de três dias, nos moldes do art. 41, §1º.

Relevante destacar que os prazos referidos no §1 e §2 do art. 41 podem ser levados à impugnação mesmo que seja feita fora do prazo previsto em lei, justificando a economia processual a fim de evitar que a ilegalidade seja apontada depois pelos órgãos administrativos ou até mesmo pelo Tribunal de Contas e Poder Judiciário.

Ao cidadão é dado o direito de petição assegurado pela Carta Política em seu art. 5º, XXXIV, além do mais, pode representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da lei, podendo ainda provocar a iniciativa do *Parquet*.

Em se tratando de concorrência em esfera internacional, o edital será ajustado às diretrizes de política monetária e do comércio exterior e atenda as exigências dos órgãos competentes, de acordo com o art. 42 da Lei de Licitação.

A segunda fase que compõe o procedimento da licitação é a habilitação, onde são abertos os envelopes, ou seja, a documentação, sendo feita a sua apreciação. A Administração recebe os envelopes contendo a documentação referida à habilitação dos licitantes e a proposta, nos termos do artigo 43 da Lei de Licitação.

A fase externa mostra aos interessados como participarão da disputa, através da publicação do edital. Dispõe a Lei nº 8666/93:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

Os documentos exigidos para a habilitação são arrolados no art. 27 da referida lei se referindo à habilitação jurídica, qualificação técnica, regularidade fiscal e trabalhista, cumprimento do previsto no inciso XXXIII do art. 7º da Carta Magna e qualificação econômico-financeira. A última exigência elencada fora instituída a fim de que a Administração não contrate com empresas que

permitem o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menor de dezoito anos e de qualquer trabalho a menor de dezesseis anos, ressalvada a hipótese de aprendiz a partir dos quatorze anos, é o que estabelece a Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999. A lei exige a demonstração de que a empresa licitante não apoia o trabalho infantil, sob pena de violar a Carta Política.

De acordo com Carvalho (2016, p.453),

A habilitação jurídica, conforme a lei 8.666/93 será demonstrada por meio da juntada de cédula de identidade, em casos de pessoas físicas, registro comercial, no caso de empresa individual, ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores, inscrição de ato constitutivo, em se tratando de sociedades civis, acompanhada de comprovação da diretoria em exercício; decreto de autorização, em caso de participação de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim exigir.

Em relação à qualificação técnica, Carvalho, (2016, p.453):

Trata-se de demonstração de que a empresa tem condições técnicas de cumprir o contrato celebrado em conformidade com as exigências de qualidade e celeridade impostas pela Administração Pública. Neste sentido, a lei dispõe que será comprovada a qualificação técnica por meio de registro ou inscrição da empresa licitante e de seus empregados

técnicos, na entidade profissional competente, da comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnicos adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos. Ressalta-se que o empregado técnico qualificado deverá assinar termo de responsabilização pelo serviço ou obra a ser executado.

Em se tratando da regularidade fiscal, Carvalho, (2016, p.454):

[...] configura demonstração de que a entidade que pretende participar da licitação não possui débitos em atraso com a Fazenda Pública. A regularidade será demonstrada por meio da juntada de Certidão Negativa de Débitos (CND) ou de Certidão Positiva de Débitos com efeitos de negativa (CPD-EM). Sendo assim, a entidade deverá demonstrar que não possui débitos com a Fazenda Pública, ou, caso possua, que o mesmo se encontra com a sua exigibilidade suspensa, nos termos da legislação pertinente.

No que diz respeito à Regularidade Trabalhista, Carvalho (2016, p.454): “Com o advento da lei 12. 440/11 foi acrescentado o requisito de regularidade trabalhista a ser comprovado, na fase de habilitação, pela juntada da Certidão Negativa de débitos trabalhistas (CNDT)”.

No que se refere à qualificação econômico-financeira, pode-se afirmar de acordo com Carvalho (2016, p.454), que:

[...] é a demonstração de idoneidade financeira da entidade a ser contratada. Considerando-se que o Poder Público não realiza o pagamento antes da disponibilização do objeto do contrato, a empresa deve ter qualificação para arcar com todos os custos da contratação. Nesses termos, a lei define que o ente estatal pode exigir, como prova de idoneidade financeira o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem boa situação financeira da empresa, sendo proibida a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta

O art. 37, XII, da Carta Política estabelece que somente sejam exigidos documentos referentes à qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, qualquer documento não exigido por lei se torna inexigível no edital.

Na terceira fase do procedimento, a Administração faz o julgamento das propostas as classificando de acordo com os critérios objetivos que constam no edital. Essa fase pode ser subdivida em duas, de acordo com Pietro (2014, p. 430),

Na primeira, há a abertura dos envelopes “proposta” dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos (art. 43, III); os envelopes são abertos em ato público previamente designado, do qual deverá ser lavrada ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão; abertos os

envelopes, todas as propostas serão rubricadas também pelos licitantes presentes e pela Comissão (§§ 1º e 2º do art. 43); na segunda, há o julgamento das propostas, que deve ser objetivo e realizado de acordo com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos (art. 45).

Os tipos de licitação para esse objetivo estão previstos no §1º do art. 45, são elas: a de menor preço; a de melhor técnica; a de maior lance ou oferta. Para esse fim, o edital estabelecerá o tipo de licitação que será adotado para critério de julgamento.

O ato final do procedimento consiste na deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação nos ditames do art. 43, inciso IV da Lei de Licitação. A homologação compreende à aprovação do procedimento, precedida do exame dos atos que o integraram pela autoridade competente, verificada algum vício de ilegalidade, o procedimento será anulado ou determinará o seu saneamento, se possível.

Caso o procedimento esteja tudo nos conformes da lei, ele será homologado. Importante salientar que a mesma autoridade pode, por razões de interesse público devidamente comprovadas, revogar a licitação.

A adjudicação é o ato pelo qual a administração, tendo como base a mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação. Pode-se afirmar que é o ato final do procedimento licitatório, haja vista a Administração entregar o objeto da licitação ao vencedor, sendo realizado esse ato, a Administração vai convocar o licitante para assinar o contrato.

A Administração só poderá deixar de efetuar a adjudicação em casos de anulação ou revogação do procedimento; o primeiro em caso de ilegalidade, o segundo em caso de interesse público

decorrente de fato superveniente devidamente comprovado. O adjudicatário terá o prazo de sessenta dias da data da entrega das propostas para assinar o contrato, sendo ultrapassado esse prazo, os licitantes ficam liberados dos compromissos assumidos.

Caso o interessado não respeite o prazo estabelecido pela Administração para a convocação, perderá o direito à contratação e ficará sujeito às penalidades previstas no art. 87 da Lei de Licitação, contudo o prazo poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando a parte solicitar no seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.

Se o interessado não comparecer a convocação, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes por ordem de classificação, fazendo em igual prazo e condições propostas pelo primeiro classificado, principalmente em se tratando dos preços atualizados em acordo com o ato convocatório; ou poderá revogar a licitação, sem nenhum prejuízo de cominação estabelecida no art. 81 da Lei de Licitação. Importante frisar que os licitantes remanescentes não são obrigados a aceitar o contrato, não ficando sujeitos às penalidades administrativas previstas no art. 81, parágrafo único.

2.2.4 Procedimento da tomada de preços

O procedimento de concorrência e da tomada de preços é bem semelhante, a diferença básica consiste no prazo de antecedência na publicação do edital, que é de 15 dias e na fase de habilitação ela é feita antes do procedimento da licitação, para os inscritos no registro cadastral e feita durante o procedimento para os que apresentarem a documentação necessária ao cadastramento. Segundo Pietro (2014, p.435),

Assim, no curso do procedimento, se somente se inscreverem licitantes cadastrados, a Comissão encarregada da licitação limitar-se-á a examinar o certificado de registro cadastral, para verificar sua validade, quer no que se refere

ao prazo, quer no que se refere à categoria do licitante em relação as exigências da licitação.

Em relação às demais fases, são igual a da concorrência.

2.2.5 Procedimento do convite

No convite o procedimento é bastante simplificado, pois a convocação dos licitantes é realizada por escrito, no prazo de cinco dias úteis de antecedência, via carta-convite dirigida a pelo menos três interessados. Ao receber os envelopes com as respectivas propostas, se orienta a classificação, adjudicação e homologação.

Segundo Carvalho (2016, p.438),

Na modalidade convite, não há elaboração de edital. O instrumento convocatório é simplificado e denomina-se Carta convite. A Carta-convite não é publicada, em Diário Oficial, porém, ainda assim, deve ser dada a conhecer, já que toda atuação do Estado deve respeitar o Princípio da Publicidade. Só que a publicidade é feita de forma diferente da publicação. Estipula a lei que a administração deverá enviar a Carta-convite aos convidados e afixá-la, no átrio da repartição, em local visível ao público. Respeitadas essas regras, está devidamente publicizada a licitação.

Os interessados são escolhidos pela unidade administrativa com fixação em local apropriado e da cópia do instrumento convocatório, a publicação no Diário oficial se torna facultativa. A modalidade de convite é a mais adequada para contratos de valores menores.

2.2.6 Procedimento do concurso

A Lei de Licitação não estabelece o procedimento a ser orientado no concurso, seu procedimento é remetido a regulamento

próprio de acordo com cada concurso. Na lei, consta apenas que o edital deve ser publicado com 45 dias de antecedência e o regulamento deve conter: a qualificação dos participantes; as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos. Os critérios de julgamento não são utilizados no concurso.

Para Carvalho (2016, p.439),

O concurso demonstra o interesse da Administração Pública em selecionar trabalhos técnicos, científicos ou artísticos com certas capacidades personalíssimas para incentivar o desenvolvimento cultural. Nesta modalidade, há instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores. É também utilizada para contratação de serviços técnicos profissionais especializados como dispõe o art. 13 da LEI 8.666/93

Por essa modalidade de licitação ser regida por regime próprio, não se pode utilizar os critérios de escolha do vencedor, previstos na lei de licitações.

2.2.7 Procedimento do leilão

Em relação ao procedimento do leilão, a Lei n° 8.666/93 também não estabelece o procedimento específico. O leilão pode ser feito por leiloeiro oficial ou até mesmo, servidor designado pela Administração de acordo com o art. 55 da referida lei. De acordo com Pietro (2014, p.436),

[...] os bens serão pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5%; após a assinatura da ata lavrada no local do leilão, os bens serão entregues ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo previsto no edital, sob pena de perder em

favor da Administração o valor já recolhido (art. 53, §2º).

De acordo com o § 4º do artigo 53, o edital do leilão deve ser divulgado de forma ampla, sobretudo na localidade em que ele for realizado.

Imprescindível afirmar que,

Tratando-se de licitação na modalidade leilão, não há designação de comissão, uma vez que o procedimento é realizado pelo leiloeiro que, nos termos da lei, poder ser leiloeiro oficial ou servidor público, como auxiliar independente do comércio, sendo vedado ao poder público contratar terceiros não regulamentados por essa profissão. (Carvalho, 2016, p.431).

A saber, o legislador ao instituir essa modalidade de licitação, pretendeu definir a utilização desta modalidade licitatória para alienação de bens empenhados pelo particular ao ente público.

2.2.8 Procedimento do pregão

O pregão é um procedimento que se pauta em diversos atos da Administração e dos licitantes, composto por duas fases: uma fase interna, denominada de fase preparatória que antecede a abertura do procedimento ao público; e uma fase externa, que tem início com a publicação do aviso do edital de convocação.

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE CONSERVAÇÃO, LIMPEZA E MANUTENÇÃO. MUNICÍPIO DE MANAUS-AM. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE EM RAZÃO DA NÃO APRESENTAÇÃO DA

DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO DO EXERCÍCIO FINANCEIRO.PERDA DO INTERESSE DE AGIR EM RAZÃO DO CUMPRIMENTO DO SERVIÇO LICITADO. NÃO OCORRÊNCIA.1. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial do STJ, "a superveniente adjudicação não importa na perda de objeto do mandado de segurança, pois se o certame está eivado de nulidades, estas também contaminam a adjudicação e posterior celebração do contrato" (AgRg na SS 2.370/PE, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 23.9.2011). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 141.597/MA, Rel.Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/10/2012; REsp 1.128.271/AM, Rel. Min; Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25.11.2009;e REsp 1.059.501/MG, Rel. Min; Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2009.2. Agravo regimental não provido.(AgRg no REsp 1223353/AM, STJ - Primeira Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgamento: 12.03.2013, DJe: 18.03.2013) (grifos da autora)

De acordo com Carvalho (2016, p.462),

Relembre-se que o pregão é modalidade licitatória realizada pelo Poder Público para aquisição de bens e serviços comuns, que são definidos em lei como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por edital, por meio de especificações usais no mercado. Ademais, o pregão é sempre realizado tendo como critério de escolha do vencedor, exclusivamente o “menor preço”, não se admitindo qualquer outro

tipo, previamente definido no instrumento convocatório.

A fase interna requer basicamente, a justificativa da necessidade de contratação, definição do objeto do certame, exigências de habilitação, critérios de aceitação das propostas, sanções por inadimplemento e cláusulas do contrato. Essa fase é disciplinada no art. 3º da Le nº 10.520.

Em se tratando da fase externa é disciplinada no art. 4º que descreve a sequência de atos do procedimento, que comporta as seguintes fases: edital, julgamento e classificação, habilitação do licitante vencedor, adjudicação e homologação. Para Pietro (2014, p. 437),

Ainda nessa fase, será designado o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição consiste em receber as propostas e lances, analisar sua aceitabilidade e sua classificação, fazer a habilitação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor (art. 3º, inciso IV).

As fases do procedimento do pregão correspondem às mesmas da concorrência, contudo no pregão há a inversão nas fases de classificação e habilitação.

A primeira fase corresponde à publicação do aviso do edital no Diário Oficial da União, bem como jornal de grande circulação com antecedência de no mínimo oito dias úteis da entrega das propostas, podendo ser feita a divulgação também, mediante meio eletrônico.

A segunda fase diz respeito ao julgamento e classificação das propostas, onde se desenrola em sessão pública, sendo entregues os envelopes contendo a indicação do objeto e dos preços oferecidos, procedido da imediata abertura e verificação da

conformidade das propostas com os requisitos constantes do instrumento convocatório.

Para Pietro (2014, p.437),

O julgamento e a classificação das propostas se fazem pelo critério do menor preço, o que não impede sejam analisados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital (art. 4º, X).

A terceira fase se refere à habilitação do vencedor que ocorre após a classificação das propostas, se concretiza mediante a abertura do envelope com apenas a documentação do licitante vencedor que fora exigida no edital.

[...] o qual incluirá necessariamente certidões de regularidades perante a Fazenda Nacional, quando for o caso, a Seguridade Social e o FGTS, as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, bem como a comprovação e que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificação técnica e econômico-financeira (inciso XIII); os demais documentos não são mencionados na Lei, razão pela qual deve se entender que, pela aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, a documentação que pode ser exigida é a concernente aos itens indicados em seu artigo 27 e especificados nos dispositivos subsequentes, ressalva feita quanto à exigência de garantia de proposta, expressamente vedada pelo artigo 5º, I, da Lei nº 10.520. (Pietro, 2014, p.438).

Vale ressaltar que o licitante pode deixar de apresentar a documentação já existente no Sistema de Cadastro Unificado de

Fornecedores (Sicaf), bem como sistemas semelhantes contidos nos entes federativos, assegurando aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele existentes.

A quarta fase é a de adjudicação ao vencedor que é feita de imediato após a decisão de recursos, a última fase é a homologação do procedimento realizado pela autoridade competente. Terminado o procedimento, o vencedor é convocado para assinar o contrato no prazo estabelecido no edital, não sendo aplicado, o prazo previsto no art. 64, §3º, da Lei nº 8.666/93.

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Crimes do “colarinho branco”

O crime do colarinho branco está intimamente relacionado a fraudes, bem como gozo de informações privilegiadas, subornos, dentre outras atividades praticadas por pessoas que geralmente dirigem cargos políticos ou possui alguma influência dentro do governo.

O termo “colarinho branco” se aproxima da ideia de que tal crime somente é cometido por pessoas que geralmente usam terno e gravata, configurando traje atípico de quem comete crime rotineiramente. O crime está previsto na Lei nº 7.492 de 16 de junho de 1986, criada com a finalidade precípua de punir as lesões cometidas contra a ordem econômica. O referido crime, não coloca somente em risco as empresas e instituições públicas, mas todo o sistema financeiro brasileiro, gerando verdadeira insegurança estatal.

Nos crimes contra a ordem econômica, no polo ativo figuram pessoas de alta confiança das autoridades governamentais, essas por sua vez utilizam de formações indevidas, pagamento de propina, favorecimentos ilícitos, subornos, dentre outros meios fraudulentos. Tais crimes são realizados sem o emprego de violência, contudo, gera danos irreparáveis à sociedade.

As consequências advindas do crime do colarinho branco ultrapassam o atingimento da moral e dos bons costumes, se configuram macrocrimes, em face de atingirem diretamente a produção, circulação e consumo do país, afetando conseqüentemente a primazia dos interesses difusos e coletivos.

A promulgação da referida lei fora imprescindível, haja vista que a justiça penal prioriza os crimes tradicionais, a falta de tipificação para criminosos que desestruturam a política e organização do Estado, dificuldade a punição destes.

De acordo com **Nunez (1992)**:

a Justiça penal se exerce sobre tipos tradicionais, delitos convencionais, mas sua atuação é virtualmente inoperante em relação aos autores de atos gravemente prejudiciais para a coletividade que se estruturou na organização política e econômica, por falta de tipificação penal adequada e pelas dificuldades probatórias, de tais comportamentos, derivados da habilidade de atuação de seus autores e da própria complexidade dos delitos econômico – financeiros...

Os denominados crimes de colarinho branco arrolam a trajetória de descasos incalculáveis praticados por representantes do povo, que tem a missão de administrar a coisa pública em prol do bem comum, todavia, a presença da corrupção assola a efetivação dos direitos sociais do homem e a sua conseqüente dignidade em detrimento do favorecimento pessoal.

3.2 Improbidade Administrativa

Improbidade administrativa é sinônima de corrupção administrativa, a improbidade nem sempre será um ato administrativo, se configura improbidade, qualquer conduta comissiva ou omissiva praticada no exercício da função ou fora dela.

A Lei do “colarinho branco”, Lei nº 8.429/92 institui no art. 5º que “Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO.FAVORECIMENTO DE DETERMINADAS EMPRESAS. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU, À LUZ DA PROVA DOS AUTOS, PELA COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO E DO DANO AO ERÁRIO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.I. Agravo Regimental manifestado contra decisão que, por sua vez, negou seguimento ao Recurso Especial, interposto contra acórdão que julgara procedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo ora agravado, na qual postula a condenação dos agravantes, membros de Comissão de Licitação do Município de Luminárias/MG, pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na frustração da licitude de procedimento licitatório. acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem, após o exame das circunstâncias fáticas do caso, decidiu, de forma expressa, pela ocorrência de ato de improbidade administrativa, pois constatado (a) o dolo na conduta dos agravantes em beneficiarem determinadas

empresas, nos procedimentos licitatórios impugnados; e (b) o prejuízo ao Erário, consubstanciado na frustração da licitação e na aquisição de peças jamais utilizadas e em desacordo com as necessárias aos veículos e máquinas de propriedade do Município.III. Na hipótese, nos termos em que decidida a causa, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, para acolher a pretensão dos agravantes e afastar suas condenações pela prática de ato de improbidade administrativa, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 510.520/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/12/2014; EDcl no REsp 1.333.226/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 28/08/2015; AgRg no REsp 1.443.217/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/09/2014.IV. O alegado dissídio jurisprudencial não foi devidamente comprovado, pois ausente a necessária similitude fática entre os julgados confrontados. Com efeito, no caso, o Tribunal de origem reconheceu, de forma expressa, a existência de dano ao Erário. Já no acórdão paradigma, fora decidido que somente seria possível a condenação por ato de improbidade, previsto no art. 10 da Lei 8.429/92, quando comprovado o dano ao Erário.V. Agravo Regimental improvido.(AgRg no AREsp 93.080/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 17/03/2016)

O sujeito ativo é aquele que pratica ou concorrem para a prática do ato de improbidade, segundo a Lei de Improbidade Administrativa, os autores de atos ímprobos, podem ser: o agente público (art. 2º) ou terceiros (art. 3º).

São sujeitos passivos (Lei 8.429/92, art. 1º): qualquer das pessoas elencadas no art1º da lei 8.429. Segundo Pazzaglini:

é sujeito passivo a pessoa jurídica de direito público interno (União, estado, município, autarquia) ou pessoa jurídica de direito privado (empresa pública, sociedade de economia mista, empresa com envolvimento de capitais públicos)", ou seja, "sujeito passivo da improbidade administrativa é qualquer entidade pública ou particular que tenha participação de dinheiro público em seu patrimônio ou receita anual.

A Constituição Federal de 1988 também trata em diversos dispositivos da improbidade, tais como o artigo 14, § 9º, artigo 15, V, artigo 85, V, artigo 37, §4º. O primeiro faz menção à improbidade administrativa em período eleitoral, o segundo, veda a cassação de direitos políticos que em caso de improbidade será suspenso, o terceiro, tipifica a improbidade do Presidente da República, estabelecendo os crimes de responsabilidade e o último dispõe sobre medidas aplicadas em caso de improbidade.

Contudo, a Lei nº 8.429/92 elencou as seguintes possibilidades de atos de improbidade:

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:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

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;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou

sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

A Lei de Improbidade prevê em seu art. 3º a possibilidade de um terceiro particular sofrer as sanções por atos ímprobos. Diante disso, a Lei instituiu duas situações diferentes: a participação, que pode se configurar por induzimento ou por coautoria ou o recebimento de benefício que decorre da prática do ato ímprobo.

Sobre o tema, leciona Pazzaglini Filho (2006, p. 27) que:

Indu o   o ato de instigar, sugerir, estimular, incentivar o agente público a praticar ou omitir ato de ofício caracterizador de improbidade administrativa. O concurso   atividade de auxílio, de participa o material na execu o por agente público de ato de improbidade administrativa. Auferir benefício   tirar proveito patrimonial, direto ou indireto, de ato ímprobo cometido por agente público, seja ajustado previamente com este, seja sem associa o  l cita, nesse caso, o terceiro, de m f , ciente da improbidade cometida, dela se locupletando.

Constata-se que durante muito tempo a popula o se preocupava somente como os crimes de grande ofensividade aos bens jurídicos, entretanto, em face de fatos decorrentes de corrup o existente em nosso país, houve a necessidade de ampliar a legisla o para punir os crimes contra a gestão pública, porém, a legisla o ainda   dotada de lacunas sendo necessário um complemento.

*De acordo com **Nola Anyar de Castro (1996)**, "um custo moral que   muito importante, porque os grandes empresários, que são os que cometem estes delitos, são geralmente líderes da comunidade, espelho e exemplo do povo, grandes defensores de um bom equipamento social para a preven o da delinq ncia juvenil e geral, ou exercem outras atividades similares."*

Os crimes vinculados ao sistema financeiro são de difíceis descobrimentos por parte dos órgãos policiais e administrativo. Conforme anota Pazzaglini Filho, citando decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: "[...] onde houver um único centavo em dinheiro público envolvido, a lei terá incidência, independente de a entidade exercer atividade de natureza pública ou privada". (PAZZAGLINI FILHO, 2006, p. 24)

3.3 Lavagem de dinheiro

A “lavagem de dinheiro” é também conhecida como “lavagem capital”, popularmente pode ser explicada pelo processo de mudança do “dinheiro sujo” para “dinheiro limpo”, aparentemente adequado. Trata-se a bem da verdade de manobra delitiva introdutória ao sistema econômico e financeiro. O art. 1º da Lei nº 6.613/98 conceitua lavagem de dinheiro como “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

O delito de lavagem de dinheiro possui caráter acessório, mediante relação de conexão com o ilícito penal anteriormente já concretizado, do qual se houve a obtenção de vantagem financeira, ilegal. Considera-se o a lavagem de dinheiro como um crime remetido, pois sua existência depende necessariamente de fato criminoso anterior.

Com o advento da Lei nº 12.683/12, não mais se existe a restrição quanto ao rol taxativo anterior de crimes precedentes e necessários para se discutir a lavagem de dinheiro. Hodiernamente não existe mais nenhum rol de crimes antecedentes para dar ensejo à lavagem de dinheiro, a nova legislação ampliou o reconhecimento de tipificação da lavagem de dinheiro, haja vista atualmente poder ocorrer diante de qualquer infração penal, esta por sua vez constitui gênero, enquanto o crime e a contravenção penal são espécies.

3.4 Lei da transparência

Para falar-se em transparência será necessário voltar a falar da desburocratização. Antes da transparência e bem antes do governo José Sarney, a desburocratização ganhou ampliação com as reuniões de países europeus, neste sentido, o Brasil se apresentou mais aberto para esses encontros, buscando soluções. Durante o governo de Sarney ainda não existia a Lei nº 8.666/93 nem mesmo a Lei 102.

Com o advento do governo Fernando Collor, fora instr ıda a Lei n  8.666/93, contudo, mesmo com o seu surgimento, não fora possível dirimir o crime organizado em licitações, não se falando em todos os setores, mas porque neles surgiu ainda o caos do petrol o “lava jato” que realmente escandalizou o país de um modo geral, sucateando a Petrobrás, o qual mesmo com esse sucateamento, o governo ainda insiste em injetar recursos na Petrobrás para deixar sob seu controle o que deveria privatiza-la.

Dito isto, perceptível que a justiça ainda não consegue punir de uma vez os culpados com as denuncias já provadas, onde os mesmo fazem as delat  es premiadas desenvolvendo um pouco do que tirou e ficando com sua maior parte, não sendo punido de forma que devolvesse ao Estado o que dele retirou. As licitações continuam sendo realizadas sem atribuir a publicidade e transparência necessária para que realmente se respeite a lei.

Conclusão

A Administração Pública possui a difícil tarefa de manter o equilíbrio social e gerir a maquina pública. Por esse relevante motivo, a lei não poderia deixar em aberto a possibilidade de o administrator escolher as pessoas a serem contratadas, pois essa extensa liberdade ocasionaria em escolhas impróprias e desvinculadas do interesse coletivo. A exigência do procedimento licitatrio busca evitar maiores problemas para com a gestão pública.

Neste sentido, todos, desde que preenchidos os requisitos, podem contratar com a Administração, contudo, esta escolher  a proposta mais vantajosa, atuando também em busca do Desenvolvimento Nacional. A licitação compreende um procedimento administrativo anterior às contratações públicas, realizando uma série de atos solenes e legais que culminam para a celebração do contrato.

Até mesmo os contratos administrativos devem ser precedidos de licitação pública. Fora visto que a Administração não

pode contratar com terceiros sem que abra o procedimento de licitação. Tal procedimento evidencia a seriedade de participar da gestão pública. Os princípios que norteiam o procedimento licitatório faz com que se vislumbre a necessidade de nortear todo o ordenamento jurídico por base principiologica.

Fora visto que como toda regra tem sua exceção, com a licitação não é diferente, pois em algumas hipóteses a Administração fica dispensada ou inexigível de abrir ou apresentar o procedimento licitatório. A finalidade do referido procedimento é viabilizar a melhor contratação possível para o poder público, buscando sempre a proposta mais vantajosa ao Estado, bem como permitir que qualquer pessoa tivesse condições adequadas de participar das contratações públicas, contanto que se enquadre nas exigências legais.

Pode-se constatar que o procedimento licitatório deve atender a todas as formalidades previstas em lei, buscando a satisfação do interesse da coletividade, à medida que busca garantir os contratos mais vantajosos à Administração, assim como efetivar a isonomia entre os licitantes, constituindo os objetivos precípuos da licitação.

Em virtude de alguns atos decorrentes da corrupção, a sociedade hodierna vive uma era marcada por contrariedade em que pese à transparência a ser desenvolvida pela Administração Pública, hoje, mais do que nunca se presencia escândalos envolvendo os administradores públicos. Portanto a Lei de Licitação fora de grande relevância, pois se tentou dirimir o descaso para com a Administração, assim como a Lei do Colarinho Branco e a Lei da Transparência que apesarem de não conseguirem exterminar com os crimes contra a Administração Pública, diminuí essa estatística, haja vista a previsão de sanções para aqueles que descumprem com os preceitos administrativos.

A sociedade civil deve participar decisivamente da coisa pública, demonstrando quando existente o conhecimento acerca dos atos desenrolados pela gestão pública. Os meios de

comunica o propagam diariamente a corrup o e a lavagem de dinheiro em nosso país que conseqentemente causa sérios danos ao desenvolvimento econômico e social do país, interferindo na melhoria de condi o de vida da sociedade.

A popula o pouco se preocupa com os crimes formais, a m dia s  leva adiante os crimes materiais, a cultura do brasileiro ignora muitas vezes a política e a administra o da coisa pública. Deve haver uma conscientiza o da popula o para que esta cobre mais dos representantes políticos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos Crimes Contra a Ordem Econ mica*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrup o- um estudo sobre o poder público e a rela oes pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1994.

BRASIL. LEI N  12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. LEI No 7.492, DE 16 DE JUNHO DE 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 10 jun. 2016

BRASIL. [LEI N  8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVIM, 2016.

Crimes de colarinho branco: Um crime contra o desenvolvimento do Brasil. Disponível em: <http://profrinaldo.jusbrasil.com.br/artigos/111849348/crimes-de-colarinho-branco-um-crime-contra-o-desenvolvimento-do-brasil>. Acesso em: 10 jun. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio & CERVINI, Raul. *Crime Organizado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

MAIA, Rodolfo Tigre, *Dos Crimes Contra o Sistema Nacional*. São Paulo: Malheiros. 1996.

MARINELA, Fernanda. Licitação Parte II: Roteiro de Aula. Disponível em: <http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2016/06/CADERNODEAULAINSENSIVOIAULA12LICITAOII.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

MARTY, Mireille Delmas. *Droit Penal des Affaires*. 3 ed. Partie générale. Tome 1. Paris: Puf. 1990.

NUNEZ, Juan Antonio Martos. *Derecho Penal Economico*. Madrid: Montecorvo. 1987.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão. *Direito Penal Econômico Brasileiro*. Porto Alegre: Sagra. 1996.

PAZZAGLINI FILHO, M. *et al. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROESLER, Átila Da Rold. *Aspectos criminais da Lei de Licitações*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5635/aspectos-criminais-da-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 10 jun. 2016.

STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 3583 PR. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14723596/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3583-pr>. Acesso em: 10 jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 jun. 2016.

SUTHERLAND, Edwin Hardin (1949). *White Collar Crime*. New York: Dryden Press.

A CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA ORDEM VERBAL NO ÂMBITO DAS FORÇAS ARMADAS

HIPÓLITO LIMA TORRES PORTUGAL: Militar da Aeronáutica (1º SGT). Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: O presente artigo visa elaborar uma construção de como será apresentada a problemática da Ordem Verbal no âmbito das Forças Armadas, especialmente na Força Aérea Brasileira, questionando sua constitucionalidade e, por consequência, sua legalidade. Pretende mostrar como uma questão pertencente à esfera administrativa pode levar a consequências mais graves que na esfera penal, diante dos costumes e rigores no ambiente da caserna.

1 INTRODUÇÃO

Imagine você, militar, acorda cedo, mais cedo que a maioria dos ofícios exigem, pois mesmo seu expediente iniciando-se às 08 horas, seu dever é chegar meia hora antes, pois, ao contrário do velho e rigoroso ponto a ser batido, você tem que participar de formatura diária para retirada de faltas, hasteamento do pavilhão nacional: “descansar”, “sentido”, “apresentar armas!”, continências e congêneres, faz sua barba, se do sexo masculino, óbvio, veste farda passada, alinhada e “vincada”, que você mesmo passou o ferro, claro, pois sabemos que a maioria passa a própria farda, já que a riqueza de detalhes e técnicas aprendidas nos tempos de escola de formação, termina sendo mais fácil passar que ensinar alguém para que esse passe por você; segue sua rotina, rigorosa, inicia suas atividades laborativas e, logo de início, seu comandante, um Tenente-Coronel, ordena a você, que, além de

suas atribuições - ainda é responsável pelas viaturas de seu Destacamento - assim diz: Sargento! Providencie uma viatura para ir a minha residência. Chegando lá, minha esposa lhe entregará algo para que seja levado ao endereço que ela mesma irá lhe fornecer. Agora! – lógico que, com veemência, diante de estranha ordem, minha pronta resposta é: sim, senhor!

Levemo-nos também, a outra situação, não hipotética, porém inusitada, em que estando de serviço um cabo da força aérea brasileira, no posto cabo-da-guarda, saindo de serviço e precisando entregar o corpo da guarda com faxina realizada e em estado impecável. O cabo ordena a um de seus soldados diretamente subordinados no referido posto de serviço que realize sua parte da faxina. O soldado, então, nega-se a executar, verbalmente, porém, ao ver o cabo sair em silêncio, meio que se arrepende, e começa a realizar sua faxina, porém, um pouco tarde...

Pois bem, no primeiro caso, o objeto de entrega da missão operacional era seu lindo cachorrinho da raça York Shire Terrier e o endereço era de uma loja petshop para que a ilustre autoridade peluda pudesse tomar seu banho com os profissionais adequados. Poderia ser pelo menos alguma emergência canina, ou, pelo menos, uma tosa...

Para o último caso, o que poderia ser? Uma transgressão disciplinar (âmbito administrativo apenas), como prevê o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica – RDAer, ou um crime militar, com previsão no Código Penal Militar (crime de insubordinação)?

Todavia, mesmo que pareça um tanto quanto estranho, ora cômico, ora desastroso, o fato é que essas situações foram reais e suas consequências também tomaram um viés jurídico que faz a gente questionar o ideal de justo e proporcional.

Essas questões, ao longo deste simples estudo, percorrerão toda a dialética que o objeto desta monografia intenciona apresentar e, tentarei evidenciar os polos dessa

discussão com o fim de apresentar uma solução, embora despretensiosa, porém mais atenta à realidade da caserna.

É com essa perspectiva que apresento uma análise da constitucionalidade - e por consequência, a legalidade - de um dispositivo previsto no corpo normativo das forças armadas que trata sobre a “ordem verbal” (ou comando verbal) e traçando um paralelo com a Constituição Federal.

Vale salientar que os estudos que fizeram referência ao objeto do presente trabalho, geralmente abordavam aspectos distantes, pois se concentravam necessariamente mais na relação militar/civil em detrimento da relação militar/militar, que é onde se concentra maior atenção no caso em tela. Com o fim de ilustrar, é notório que, não somente estudos, como também relatos e abordagens na mídia televisiva, reportagens e congêneres, concentram-se mais na questão histórica do período ditatorial militar aqui no Brasil, que as repercussões oriundas da conflitante relação surgida a partir do binômio ora apresentadas: comando verbal e sua legalidade.

2 A ORDEM VERBAL PROPRIAMENTE DITA

A partir da legislação específica que orienta todo o contingente das forças armadas, a saber, Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980), destaca-se o tipo normativo, núcleo do presente estudo:

SEÇÃO II

Da Ética Militar

Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:

IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as **ordens** das autoridades competentes; (grifo meu)

Aqui, convergiremos para legislação do Comando da Aeronáutica, embora possua denominação diferente, trata-se do mesmo conteúdo das demais Forças. Seguido pelo tipo disciplinar extraído do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (DECRETO Nº 76.322 - DE 22 DE SETEMBRO DE 1975):

TÍTULO I

Disposições Gerais

CAPÍTULO ÚNICO

Princípios gerais de disciplina e esfera de ação

Art. 2º As **ordens** devem ser prontamente executadas, delas cabendo inteira responsabilidade à autoridade que as formular ou emitir. (grifo meu)

Parágrafo único. Quando **aordem** parecer obscura, compete ao subordinado, no ato de recebê-la, solicitar os esclarecimentos que julgue necessários; quando importar responsabilidade pessoal para o executante poderá este pedi-la por escrito, cumprindo à autoridade atender. (grifo meu)

E complementado pelo seguinte tipo penal militar (Código Penal Militar - DECRETO-LEI Nº 1.001, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969):

CAPÍTULO V

DA INSUBORDINAÇÃO

Recusa de obediência

Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever impôsto em lei, regulamento ou instrução:

Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aspecto curioso é que se observa clareza incontestável nas normas que prevêem a punição para eventual descumprimento da ordem verbal, em detrimento da norma que prevê o próprio comando verbal.

Na prática, considera-se um fato notório que o referido dispositivo não se trata necessariamente de uma mera reprodução daquilo que já esteja previsto em legislação específica e positivada, como bem pontua o seguinte trecho: *“Quando a ordem for obscura, compete ao subordinado, no ato de recebê-la, solicitar os esclarecimentos que julgue necessário...”* (primeira parte do parágrafo único, art. 2º, Decreto 76.322, de 22 de setembro de 1975).

Haja vista a exposição das possíveis consequências do não cumprimento do referido dispositivo, incidiremos foco sobre a transgressão disciplinar, dispositivo esse que, mesmo pertencendo à esfera administrativa, não somente pode culminar em um tipo penal militar, como também, mesmo em âmbito interno (via administrativa), pode acarretar na restrição de liberdade, espécie a qual denomino de **“paradoxo da gravidade da punibilidade castrense”**. Explico com apenas uma pergunta: como é possível uma transgressão expressamente classificada como mais branda que um tipo penal militar, pois faz parte do conjunto das disposições de âmbito interno administrativo, pode ter previsão constitucional (parágrafo 3º, art. 142) de não cabimento de habeas corpus, enquanto as normas mais graves da esfera criminal penal comportam? Muito bem. Isso é objeto de um outro estudo, porém, parece ser suficiente pra vislumbrar o caráter polêmico do presente estudo.

No mundo da caserna, em algumas ocasiões desastrosas, é mais fácil defender-se quando o processo ultrapassa os “muros do quartel”, ou seja, quando sai da esfera administrativa para a

penal, pois é nesse momento que a apuração dos fatos deixa a sindicância e o Inquérito Policial Militar para passar para as mãos do Ministério Público Militar da União.

Admita-se também que hodiernamente os mecanismos de defesa se ampliaram em virtude da pressão que as instituições democráticas, como o próprio MP, exerceram sobre os quartéis. Em 2001, por exemplo, ainda não havia ainda nenhuma espécie de recurso, quer seja verbal ou por escrito, que servisse para defender-se de uma punição. Um soldado por exemplo que descumprisse uma ordem verbal, bastaria que seu superior ligasse para o Esquadrão de Pessoal (RH) de sua organização militar e solicitasse a inclusão de seu nome na famosa “grade do pernoite”, documento que enumerava aqueles sorteados para pernoitarem no quartel.

Muito embora ocorreu quase que de uma maneira informal e segmentada nas organizações do Comando da Aeronáutica, foi somente em meados de 2002 que apareceu um documento denominado de Ficha de Apuração de Transgressão Disciplinar – FATD, que não somente servia como instrumento de apuração, como também de defesa, pois em seu bojo continha espaço reservado para defesa e com prazo de 5 dias úteis.

Hoje, o referido documento é de observância obrigatória, possui prazo recursal de 15 dias e foi regulamentado pela Portaria nº 782/GC3, de 10 de novembro de 2010.

A ordem verbal, ou comando verbal é instituto mais notado na prática que na própria legislação. Como foi exposto acima, o termo ordem aparece timidamente quando o legislador o adiciona aos demais atos normativos como de cumprimento obrigatório. Entretanto, o aditivo “e” previsto no trecho “...*cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes*” revela sutilmente que além do cumprimento aos demais atos, as ordens são consideradas apartadas desses, não apenas como instrumento para execução das leis, mas sim como instituto autônomo que confere a quem o

utiliza, muitas vezes, a sensação de ser a própria fonte onde emana o regulamento.

Pra nós subordinados à legislação castrense, é fato notório que “ordem é ordem, não se questiona”, “manda quem pode, obedece quem tem juízo”, que “ordem dada é ordem executada”. Mostra quão autônomo e eficiente é o referido instituto. Quando bem utilizado.

O comando verbal também é inteligentemente protegido. Basta buscar no citado RDAer (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica) dispositivo que nos informa que “*censurar atos de superior*” é transgressão disciplinar (item 23, art. 10). Isso apenas com fim de ilustrar, pois há outros dispositivos espalhados pelo mesmo regulamento.

Com toda exposição realizada em torno do Direito Militar à luz da Constituição, é simples de observar o choque causado entre o referido instituto e diversas normas constitucionais. Principalmente àquelas as quais se remetem aos direitos fundamentais elencados no art. 5º da nossa Carta Maior.

Passemos rapidamente ao que parece ser mais óbvio. Antes de traçar um paralelo entre a ordem verbal e os direitos fundamentais, observemos um dos princípios elencados expressamente no caput do art. 37 da Constituição Federal, *in fine*, que é o princípio da legalidade.

Diante da clara subjetividade contida na ordem verbal, já se nota que, no âmbito da Administração Pública, todos os atos devem ser claros, objetivos e diretos. Uma das finalidades dessas qualidades do supracitado princípio é o exercício da transparência. É nessa perspectiva que não somente os órgãos de controle como também a própria população, destinatária originária dos benefícios de uma boa administração, é que se pode observar, controlar, e até mesmo interferir quando se consegue enxergar com toda clareza, se por trás daquele ato, há moralidade, eficiência e zelo com a coisa pública.

Ou seja, não há cabimento para atos cuja característica maior seja a subjetividade. Nesse viés, muito embora haja aspectos positivos relevantes, que serão vistos mais a frente, percebe-se com nitidez que o comando verbal está eivado da incerteza contida na subjetividade humana.

Quando se trata da dificuldade ou até mesmo da impossibilidade de defender-se, fica muito clara a afronta a normas constitucionais contidas no art. 5º da Carta Magna, a título exemplificativo. São aquelas que versam sobre os direitos fundamentais.

Na execução de uma ordem verbal, na medida em que o militar subordinado recebe a ordem e não tem como questioná-la, ou os recursos oferecidos pela legislação são insuficientes ou inexistentes, estamos diante de uma dificuldade em tornar efetivo seu direito à ampla defesa, que deve permear não somente o processo penal já estabelecido, como também todas as etapas prévias ao mesmo.

Quando a legislação prevê que o controle do dispositivo que trata da ordem verbal deve ser realizado pelo subordinado, a incoerência consiste exatamente em incidir a responsabilidade do controle a quem está hierarquicamente abaixo e dentro da mesma relação (ou instituição, por exemplo), quando bem sabemos que controle eficiente é aquele realizado por órgão ou pessoa externa e com autonomia e independência funcional, óbvio, além de outras características que torna supérfluo salientar.

E quando acontece de ocorrer dúvidas sobre o que o soldado se defende? Tão complicado e turvo delimitar o objeto ou contra que ordem e em que circunstâncias esse ato se exauriu, como restringir ou tornar ineficiente os meios de se defender. Daí pode se realizar uma composição entre um ferimento ao princípio da legalidade com o direito à ampla defesa, pois nessa orientação, fica fácil observar que a transgressão ao comando verbal, no momento de sua defesa, torna-se precária, pois o que a acusação

na apuração do processo, quer ele administrativo, quer ele penal militar, poderá alegar o que achar conveniente, pois estará fortemente amparada pelos princípios da hierarquia e disciplina.

Ainda na perspectiva em que o comando verbal choca-se com os princípios constitucionais e direitos fundamentais, não menos importante – talvez em maior destaque – é quando se faz uma projeção da referida afronta com o art. 187, CC/2002, que assim diz:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Fundamentado pelo princípio maior da Constituição Federal (inc. III, art.1º):

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**; (grifo meu)

Nota-se, claramente, que no ato de arbítrio das finalidades legais e esperadas na imposição de um comando verbal em que a autoridade perpassa esses referidos limites, não somente comete ilícito como, na maioria das vezes, o comete com alguma espécie de abuso, ora de caráter material, ora de caráter moral, ferindo assim a dignidade daquele que executa a ordem.

Veja bem, refresquemos a memória e retomemos o dispositivo que aduz a previsão em regulamento específico sobre a ordem verbal, em seu parágrafo único (art. 2º, do Decreto nº 76.322 - de 22 de setembro de 1975) :

Princípios gerais de disciplina e esfera de ação

Art. 2º As ordens devem ser prontamente executadas, delas cabendo inteira responsabilidade à autoridade que as formular ou emitir. (grifo meu)

Parágrafo único. Quando a ordem parecer obscura, **competete ao subordinado**, no ato de recebê-la, solicitar os esclarecimentos que julgue necessários; quando importar responsabilidade pessoal para o executante poderá este pedi-la por escrito, cumprindo à autoridade atender. (grifo meu)

Fica bem evidente que a subjetividade que permeia o referido comando verbal possui um leque de opções que fica a mercê de quem faz seu uso e o mecanismo de controle do referido dispositivo apresentado no parágrafo anterior, torna-se ineficaz quando oferece ao subordinado a possibilidade de controlar eventuais excessos; pois com citado acima, bem sabemos que numa relação dentro dos muros da caserna, onde os princípios basilares e intocáveis da hierarquia e disciplina, tal controle é puramente teórico.

Retomando o caso da ordem emanada pelo comandante do Destacamento ao seu subordinado citado na introdução do presente estudo, o próprio militar tratou de levantar dossiê contendo documentos pertinentes como a Guia de Saída que autorizou o deslocamento da viatura, fotos do motorista levando o animal e o que mais fosse necessário. Foi então levado ao Ministério Público Militar, porém não obteve notícias de pedido de apuração ou abertura de inquérito após três anos.

O outro caso, notadamente mais emblemático e que melhor se enquadra a nossa exposição, ocorreu no Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo IV – CINDACTA IV, que fica em Manaus – AM, mais especificamente no

serviço de Guarda e Segurança, responsável pela vigilância das instalações desse Centro.

Era, à época, um cabo da guarda e ordenou ao seu soldado diretamente subordinado que realizasse a faxina antes de passar o serviço para outra equipe como já narrado no início. O resultado foi que o Oficial de Dia foi chamado e realizou um Auto de Prisão em Flagrante – APF do soldado por crime de insubordinação.

Na sequência, foi solicitada a presença do ilustre Membro do Ministério Público Militar, que após as formalidades processuais previstas recolheu o soldado para a prisão da Organização Militar. E lá permaneceu por seis meses até a conclusão do processo, que ao fim, fora absolvido.

Hoje, o próprio militar questiona se um diálogo mais articulado e convincente não resolveria o problema, já que o mesmo lembra com pesar do soldado que permaneceu por seis meses, tendo ainda filho de 3 meses de idade para cuidar.

3 O IDEAL DE DISPOSITO

Por certo, não seria justo apresentar o aspecto negativo do referido dispositivo sem depois acrescentar e salientar a projeção positiva que possuem as Forças Armadas com toda liberdade que proporciona uma ferramenta que ora é pautada pela confiança que o ordenamento oferece ao dispor desse instituto da ordem verbal.

A adequação mais coerente para os dias de hoje, em que a Constituição permeia todo o ordenamento jurídico, não fazendo distinção alguma quando da sua aplicação, como aduz o seu art. 5º, caput, seria informar numa mesma norma que contenha a ordem verbal, aspectos mais adstritos à legalidade em tempo de paz e uma flexibilização maior em tempos de Estado de Exceção, trazendo em sua essência essa subjetividade que apresentamos ao longo do estudo. Sendo assim, ficaria a ordem verbal à mera reprodução das normas positivadas e seu executor ficar restrito a apenas seu

cumprimento, enquanto em tempos guerra, por exemplo, oferecesse maior liberdade para as autoridades no cumprimento de suas funções institucionais.

A própria Carta Magna traz em seu texto algo semelhante quando, ao mesmo tempo em que proíbe penas de morte, porém, em tempo de guerra, prevê execução.

4 CONCLUSÃO

Pelo caráter subjetivista que o comando verbal possui, o seu abuso o torna eivado de vícios adquiridos ao longo do contexto histórico da legislação castrense, especialmente porque viola os princípios da dignidade da pessoa humana e proporcionalidade e legalidade.

Delineamos as mais diversas consequências que poderiam ocorrer diante da perspectiva imprecisa quando do estabelecimento de sua defesa e o quanto isso pode torná-lo arbitrário no momento em que essa dificuldade limita as mais diversas manifestações dos direitos fundamentais.

O inciso IV, do art. 28, Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), precisaria ser repensado, com o fim de alterar, realizando adaptação à realidade neoconstitucional, pois se bem observarmos, toda a democracia deve dispor de uma instituição que possa ser estruturada nos moldes das Forças Armadas com a missão institucional de garantia da ordem, defesa das instituições democráticas e defesa da paz.

A ameaça à ordem social e à legalidade torna periclitante a sobrevivência social e dos setores administrativos e econômicos estratégicos, de modo que evitar-lhes está no fundamento das forças armadas, um grupo organizado, de obrigatória previsão constitucional, que seja capaz de defender tudo isso com o sacrifício da própria vida, se necessário for, pois esse sacrifício, encerra o primeiro juramento à bandeira que todo cidadão realiza quando torna-se militar.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal Militar. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 outubro 1969.

BRASIL. Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980, dispões sobre o Estatuto dos Militares. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 dezembro 1980.

LOUREIRO NETO, José da Silva. Direito Penal Militar. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEYRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22º ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

Portaria nº 1.270/GC3, de 03 de novembro de 2005. RCA 34-1 “Regulamento Interno dos Serviços da Aeronáutica – RISAER”. Decreto nº 5.196, de 26 de agosto de 2004;

Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER) - Decreto nº 76.322 - de 22 de setembro de 1975;

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA TERCEIRIZAÇÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

JÔNITAS MATOS DOS SANTOS DUARTE

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo mostrar brevemente características acerca do instituto da terceirização, bem como sua evolução histórica no Brasil e no Mundo. Além de introduzir a temática da problematização da falta de uma norma legal regulamentadora no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Evolução Histórica, Terceirização, Características, Súmula 331 do TST

ABSTRACT: Scientific Article present is to show briefly Features About the Outsourcing Institute, as well as its historical evolution in Brazil and the world. In addition to introducing a thematic of the problematics of Denmark Lack of A Legal Regulatory standard does not Brazilian law.

Keywords: Historical Evolution, Outsourcing, features Precedent 331 of the TST

INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, a relação do homem com o seu trabalho foi marcada por inúmeras transformações. No mundo antigo, os escravos não tinham o status de homem, mas de “coisas”, não tinham vontade própria, eram, assim, propriedades dos grandes latifundiários da época.

Na Idade Média, marcada pelo feudalismo, os servos estavam ligados à terra em que trabalham e em troca dos trabalhos prestados, era

garantida a eles a proteção dos senhores feudais, porém, não tinham, nesse cenário, autonomia das relações de produção. Com o final da Idade Média, novas formas de organização produtiva surgem, como as corporações de ofício, dividindo os trabalhadores em três classes, aprendiz, companheiro e mestre. Na mão deste último, que encontrava-se o poder de organização e disciplina, no entanto, não havia qualquer relação jurídica entre eles.

Por conseguinte, na transição do feudalismo e o surgimento da burguesia, as relações de trabalho se intensificam, surge a indústria, e a burguesia se firma como classe hegemônica.

Na idade Contemporânea - marcada pela Revolução Francesa e Revoluções Industriais -, o capitalismo vive seu apogeu. Não há nesse período interferência do poder estatal na economia, era conhecido como “Estado Liberal”. As pessoas tinham liberdade (formal) para contratar as condições dos seus contratos de trabalhos, e com isso, imperava a lei da oferta e da procura. Consequentemente impunha-lhes a aceitação das piores condições de trabalho, e assim, o labor humano nada mais representava do que mercadoria cujo preço oscilava em face da disponibilidade de braços.¹

Nesse contexto formam-se duas classes antagônicas, geradas por esse crescimento desenfreado da indústria e o empobrecimento dos trabalhadores: a capitalista e a proletária.

1. A Evolução da Terceirização no Brasil e no Mundo.

Devido a esse sentimento de solidariedade e a construção da consciência de classe surgem pressupostos inevitáveis para a formação do associativismo. Intensificam-se as discussões em torno da questão social do trabalho e a necessidade de uma transição do Estado Liberal para o Estado de Bem Estar Social. O Estado, nesse contexto, passa a intervir limitando a liberdade contratual, com a criação de normas protetivas, regulando, assim, o desequilíbrio existente até então.

Em 1919 foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Fundou-se sobre a convicção primordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social, destinada a realizar estudos sobre os problemas relacionados ao trabalho no âmbito mundial.

As indústrias, por sua vez, retomam sua fase de crescimento após a Segunda Guerra Mundial. No entanto, com o aumento do preço da força de trabalho e a queda das altas taxas de lucro, o Estado do Bem-Estar Social entra em crise, o que faz com que a década de 70 e 80 seja mais um momento de crise do capitalismo. Surgindo, então, o Estado Mínimo ou Estado Liberal.

Com a globalização, cresce uma competitividade empresarial mediante a organização dos modos de produção e redução dos custos, fatores estes que provocaram a descentralização das atividades empresariais, possibilitando não só a fragmentação da cadeia produtiva como também o surgimento de novas relações de trabalho, como a terceirização.

Observa-se que em meio essa evolução histórica, dois modelos de organização/ divisão do trabalho merecem grande destaque, o modelo Taylorista/ Fordista de Divisão do Trabalho e o Modelo Toyotista de Divisão do Trabalho.

O modelo Taylorista/Fordista de Divisão do Trabalho foi elaborado pelo americano Frederick Taylor, final do século XIX. Desenvolveu-se como alternativa a ser empregada para o crescimento da produção. Taylor se preocupou com o esbanjamento de tempo, e iniciou uma análise racional cartesiana, cronometrando cada fase do trabalho, e eliminando os movimentos longos ou inúteis. No entanto, ignorava os efeitos da fadiga e os aspectos humanos.

O referido modelo passou a ser utilizado a partir dos anos 30 no Brasil, obtendo grande repercussão na industrialização nascente.

Através do “taylorismo” controlava-se o tempo através da fragmentação das atividades, o trabalhador, assim, era reduzido a gestos e movimentos, sendo considerado como máquina. Já com Henry Ford, houve o aprimoramento do sistema taylorista, através do combate ao desperdício da produção, a redução do tempo e o aumento no ritmo de trabalho, o que acarretou uma intensificação das formas de exploração. Falava-se, então, de uma parcelização do trabalho, que se desenvolvera igualmente no setor administrativo.

Já no pós-guerra, por volta de 1945, no Japão, o modelo toyotista teve seu processo de implantação na empresa Toyota, pelo engenheiro Ohno. Como bem nos demonstra Gabriela Delgadoⁱⁱ, o toyotismo utiliza algumas técnicas para fazer funcionar a nova lógica do capital, o que somente é possível em virtude do exercício de controles internos e externos da produção, além da imposição de mecanismos mais modernos de relações interempresariais.

Consoante a autora, o controle interno decorre de mecanismos de “produção enxuta” (*lean production*) ou da “queima de gorduras” (*dowsizing*) e do “pronto atendimento” (*just in time*), tendo por finalidade inserir a qualidade total em todo o processo produtivo. A produção enxuta torna-se rentável na medida em que as empresas passam a não estocar mercadorias – produzidas com alto grau de especialização, porém em pequena escala – atendendo, tão-somente, às demandas de públicos específicos. Ou melhor, a demanda do mercado é que define o que será fabricado pelas empresas.

Por outro lado, o controle externo se verifica pela imposição de novos mecanismos de relações interempresariais, mediante a estratégia de implemento das “demissões em massa” (*fire*) e da “criação de empregos” (*hire*). Neste interregno, é que surgem os serviços terceirizados.

Resumindo o referido modelo de organização de produção, como lembra Carolina Pereira Marcanteⁱⁱⁱ, tem como características básicas:

a produção vinculada a demanda, ao contrário da produção em massa do fordismo; trabalho operário em equipe, como

multivariada de funções, processo produtivo flexível, que possibilita ao operário manusear simultaneamente várias máquinas; presença do *just in time* (melhor aproveitamento do tempo de produção); estoques mínimos; senhas de comando para a reposição de peças e estoque; estrutura horizontalizada – apenas 25% (vinte e cinco por cento) da produção é realizada pela própria empresa, o restante é realizado por empresas terceirizadas; organização de círculos de controle de qualidade, compostos de empregados, que são instigados a melhorar seu trabalho e desempenho.

Na década de 60, quando as primeiras empresas multinacionais aqui se estabeleceram, trouxeram com elas as primeiras noções de serviços terceirizados. Em 1966, os decretos-leis nº 1.212 e 1.216, autorizavam a utilização de serviços de segurança terceirizado. O decreto 62.756 de 1968 legalizou a locação de mão-de-obra através de agências especializadas. E na sequência, o decreto 1.034/69 regulou os serviços de vigilância em bancos, diretamente ou através de empresas intermediadoras.

Já em 70, passou-se a terceirizar o setor de serviços, principalmente, os serviços de limpeza e de segurança e conservação para estabelecimentos bancários. Elaborou-se a Lei 6.019 de 1974, que trata do trabalho temporário. Posteriormente, veio a Lei 7.102 de 1983, regulamentada pelo decreto 89.056 de 1983, permitindo a terceirização de serviços de vigilância e de transporte de valores^{iv}. A partir desta década, o sistema terceirizado foi implementado e, posteriormente, consolidado no país, através da adoção do modelo toyotista de divisão de trabalho. Como só havia legislações esparsas sobre o tema, não havendo uma regulamentação precisa, as empresas impulsionaram novas técnicas de estratégias produtivas (*just in time*), programas de qualidade e a terceirização dos serviços.

Como consequência, o desemprego aumenta descontroladamente e enquanto isso o salário dos trabalhadores defasa, pois o empresariado da época competia reduzindo os custos. Visando combater tais abusos, o Tribunal Superior do Trabalho – TST, editou o Enunciado 256 que, na tentativa de conter o avanço da terceirização, tornou-

se um obstáculo ao desenvolvimento econômico nacional, o qual estabelecia:

En. 256 - Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis n.º 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Este enunciado recebeu várias críticas, devido ao rigor excessivo com que tratava os serviços terceirizados, assim, em 1993, o TST o revisou (para permitir a terceirização de determinados serviços) e, elaborando, o Enunciado 331, posteriormente alterado pelas Resolução n° 96, de 11 de setembro de 2000 e n° 174/2011, esta última divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 27, 30 e 31.05.2011,

2. Conceito de Terceirização.

Neologismo oriundo da palavra terceiro, a expressão terceirização é compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. De acordo com Maurício Godinho Delgado^v, “o neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa”.

De acordo com o dicionário Auréliovi, terceirizar é “transferir a terceiros (atividade ou departamento que não faz parte de sua linha principal de atuação)”.

Sob esta mesma lógica de raciocínio, Otávio Pinto e Silva^{vii}, define a terceirização como sendo uma técnica de administração que reflete a tendência de transferir a terceiros atividades que anteriormente estavam a cargo da própria empresa. Em outras palavras, terceirização é a transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da

empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida.

Como aponta Marcelo Augusto Souto de Oliveira^{viii},

A terceirização tem múltiplas e variadas definições. Para alguns conformados com o fenômeno, apontam para sua disseminação, e afirmam que a terceirização é a horizontalização da atividade econômica, segundo a qual muitas grandes empresas estão transferindo para outras uma parte das funções até então por elas diretamente exercidas, concentrando-se, progressivamente, em rol de atividades cada vez mais restrito. Para outros, preocupados em limitar seu campo de incidência, é a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro, para suas atividades-meio. Há ainda, os que definem como sendo o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa, fazendo crítica à exclusão, o apartamento e a fragmentação da classe trabalhadora pela terceirização como intermediação de mão-de-obra.

Diversamente, Arion Sayão Romita conceitua a terceirização a partir do neologismo criado pela palavra *terciário*, manifestando sua preferência, portanto, pelo uso da expressão “terciarização”.

Como cita Maranhão^{ix}, Romita ensaia a preferência pelo vocábulo “terciarização”, recordando os setores em que a atividade econômica está subdividida: setor primário, correspondente aos recursos naturais (agricultura, pecuária); setor secundário, onde reside um processo de transformação (indústria); e o setor terciário, ligado essencialmente a serviços. Esta segmentação econômica adquire a expressão de linha divisória para significar, por exclusão, que os setores primários e secundários da economia estão infensos a repasse de terceiros. A possibilidade desse desmembramento ocorrer tem lindes no próprio setor terciário (serviços).

Entende-se que a conceituação empregada pelo nobre jurista supracitado não deve prosperar, uma vez que os termos “terceirização” e “terciarização” não se confundem. A primeira expressão tem origem no ramo de Administração de Empresas e consiste em um modo de organizar a

empresa e a força de trabalho, através da desconcentração produtiva. O segundo vocábulo retrata um segmento da economia (setor terciário), onde também se encontram trabalhadores terceirizados.

Segundo Augusto Cesar Leite de Carvalhox, poder-se-ia dizer que há duas formas de subcontratar ou, como se diz sem rigor etimológico, de terceirizar a atividade empresarial: a uma primeira ele denomina subcontratação integral, rivalizando esta com o segundo tipo, a subcontratação parcial.

A subcontratação integral ocorre quando a empresa subcontratada não fornece apenas mão-de-obra, ou seja, não reserva ao tomador dos serviços o poder de comandar os trabalhadores fornecidos. Em vez disso, a empresa subcontratada assegura a execução do serviço ajustado e exerce, não raro através de prepostos, o poder diretivo sobre a prestação de trabalho de seus próprios empregados, mesmo quando estes laboram no estabelecimento da empresa tomadora dos serviços. Na subcontratação parcial, o tomador dos serviços exerce poder de comando sobre a prestação de trabalho desenvolvida pelos empregados da empresa subcontratada.

Amauri Mascaro Nascimento^{xii}, citando Alice Monteiro de Barros, em A terceirização sob a nova ótica do Tribunal Superior do Trabalho, afirma que “o fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal; esta se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio”. E que José Augusto Rodriguez Pinto (Curso de direito individual do trabalho) assim se pronuncia: “O que se está tratando, sob essa nova denominação, é apenas de um contrato de prestação de serviço de apoio empresarial, que exprimirá, decerto, com mais eloquência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de contrato de apoio empresarial ou, igualmente, contrato de atividade de apoio”.

Ainda segundo Mascaro Nascimento^{xii}, para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial não podem existir elementos

pertinentes à relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, nem poderá haver controle de horário, e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas por intermédio de outras pessoas. O controle deverá ser feito pela empresa interposta. Nesse sentido nos ensina o grande mestre que:

Terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam, pela subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato-derivado. Este é uma figura jurídica que corresponde ao significado econômico do vocábulo que é usado, na linguagem trabalhista, para designar a transferência de atividade econômica de quem originariamente a exercitaria para o exercício de outra pessoa física ou jurídica, o que não é vedado pela lei mas pode ter implicações trabalhistas que também ocorrem na sucessão de empresas e em outras alterações que podem afetar direitos dos empregados, nas quais o contratante originário mantém a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores.

Em suma, a terceirização provoca uma relação jurídica trilateral, pois apesar de possuir contrato laborativo com uma empresa interveniente ou fornecedora, o trabalhador presta serviços a um tomador de serviços, devendo ser entendida como uma técnica administrativa de desconcentração produtiva.

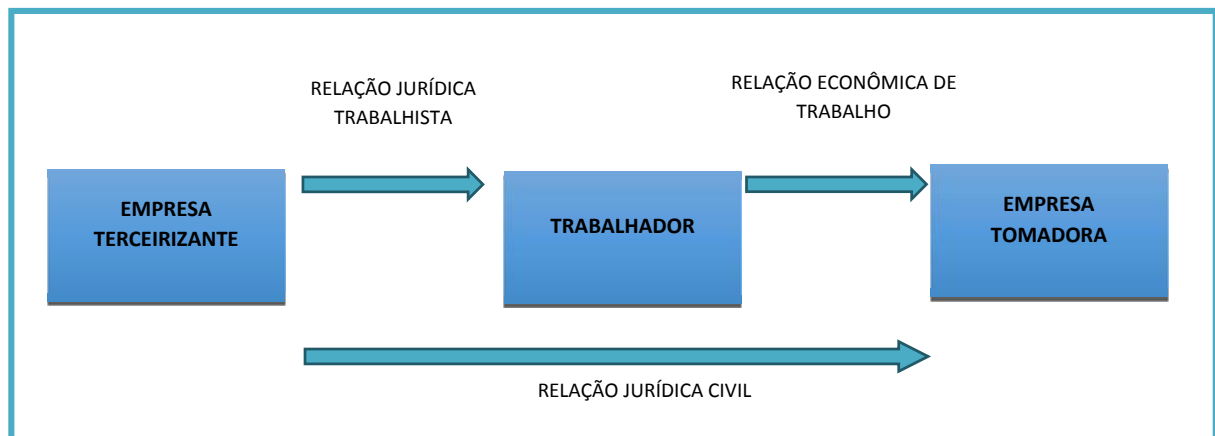
3. Relação jurídica trilateral.

Na terceirização há uma relação jurídica trilateral, visto que temos três sujeitos e dois contratos e não uma única relação jurídica envolvendo as partes. O contrato interempresário e o de trabalho, sendo que o primeiro é entre a empresa fornecedora e a cliente, e o segundo, entre a fornecedora e o trabalhador.

Enquanto que os sujeitos dessa relação trilateral são: o trabalhador, prestador de serviços, que possui vínculo de emprego (relação jurídica trabalhista) com a empresa fornecedora, mas que executa seu trabalho junto a empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que

contrata empregados especializados para laborar para as empresas tomadoras, possuindo com estas um contrato interempresário, de natureza civil; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de serviços, mantendo com os empregados da primeira uma relação econômica de trabalho e não jurídica.

Ilustrativamente, segundo Gabriel Delgado^{xiii} temos que:



Vale ressaltar que, nos casos em que a terceirização se der de forma ilícita, o vínculo de emprego se dará diretamente com o tomador dos serviços, configurando-se uma relação jurídica trabalhista.

4. Quarteirização.

Sérgio Pinto Martins^{xiv} define a “Quarteirização” ou “terceirização gerenciada”, como “a contratação de uma empresa especializada que se encarrega de gerenciar as empresas terceirizadas, as parceiras”. Normalmente se contrata uma empresa completamente distinta das terceirizadas e especialista no mercado num determinado ramo de serviços ou de administração de serviços. Esta empresa passa a administrar os fornecedores da terceirizante, em função do grande número deles.

O que se busca através da “quarteirização” é uma maior qualidade e segurança na execução dos serviços contratados, tendo em vista que um quarto irá fiscalizar e administrar o trabalho prestado por um

terceiro, e o último, por sua vez, é quem irá executar a atividade, trazendo com isso maior efetividade na prestação dos serviços.

Os efeitos comerciais, trabalhistas ou fiscais, da chamada “quarteirização” em nada difere do que se verifica no processo de terceirização, pois todo e qualquer serviço prestado por pessoa não vinculada à empresa contratante, independentemente da posição em que se encontra, gera os mesmos efeitos do processo de terceirização, dependendo da forma como ela se opera. Dessa feita, as consequências de um processo de quarteirização serão as mesmas do processo de terceirização.

5. Finalidade.

Conforme foi explanado no tópico 1.2 sobre a terceirização no Brasil, a década de 60 marcou o início do estabelecimento da terceirização no Brasil. A competitividade entre as empresas nacionais e internacionais, instaladas no país, obrigaram a adoção do modelo toyotista de divisão de trabalho para a conquista do mercado.

Por meio do modelo toyotista, de consecução do controle externo, as empresas buscaram cada vez mais a terceirização, especializando-se e concentrando as suas forças nas atividades principais – delegando e desconcentrando a execução de certos serviços ou a produção de determinados bens à empresas especializadas.

Segundo informa Robortella^{xv}, “a terceirização permite a dedicação e empenho da empresa em seu foco ou objetivo final”. Ela provoca um desmonte da estrutura organizacional clássica, que concebia a empresa como uma entidade auto-suficiente, autárquica, que se responsabilizava por todas, ou quase todas, as fases do processo produtivo. Em verdade, ela se movimenta no sentido da desconcentração produtiva, sendo o fornecimento de serviços buscado fora da empresa, em mãos de terceiros.

Do ponto de vista da ciência da administração, terceirizar tem a função de dinamizar a relação produtiva, vez que é o meio pelo qual uma empresa obtém trabalhos específicos de quem não é seu empregado, mas que pertencente ao quadro de trabalhadores de empresa especializada no ramo almejado pela contratante.

CONCLUSÃO

Assim, sendo a terceirização uma estratégia na forma de administração das empresas, mostra-se positiva, pois representa uma forma de se aperfeiçoar as atividades empresariais, dividindo as etapas dos meios de produção com parceiros terceirizados, ou seja, empresas prestadoras de serviços, que se incumbem de realizar determinadas funções especializadas. Uma outra face da terceirização, considerada como negativa, é a relativa é a precarização da mão-de-obra, tendo em vista a utilização desmedida e arbitrária do referido instituto.

No entanto, a falta de norma específica sobre o tema dá margem para que certas empresas, envolvidas pela sede do lucro incessante, abusem da terceirização, transformando-a em um mecanismo de isenção de encargos sociais.

REFERENCIAS

SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. Ed. LTr. São Paulo. 2004. Vol. I. p. 324.

MARCANTE, Carolina Pereira. A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços terceirizados. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 19 de outubro de 2013.

MARCANTE, Carolina Pereira. A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços terceirizados. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 19 de outubro de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. Ed. LTr. São Paulo. 2004. p. 428.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Positivo, 2013.

SILVA, Otávio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo. 2004. p. 60.

OLIVEIRA, Marcelo Augusto Souto de. Terceirização: Avanço ou Retrocesso? Disponível em: www.ibcbrasil.com.br Acesso em 15 de março de 2005.

¹ MARANHÃO, Délio. Instituições de Direito do Trabalho. Ed. LTr. São Paulo. 2004. Vol. I. p. 277.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho. Ed: Evocati. Aracaju. 2011. P. 170

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 631.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 632

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização - Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. Ed. LTr. São Paulo. 2003. p. 140.

MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. Ed. Malheiros. São Paulo. 1995. p. 19.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização. Tendência em doutrina e jurisprudência. Revista Jurídica nº 21. Trabalho & Doutrina. Ed. Saraiva. São Paulo. Junho de 1999. p. 33.

LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: EXCEÇÕES À REGRA DA PUBLICIDADE

RICARDO JORGE PINHEIRO BELFORT: graduado pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ (2010). Especialista em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático em parceria com o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e a AVM Faculdade Integrada (2015). Advogado da União lotado e em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

Resumo: Tenciona-se, com o presente artigo, abordar exceções à regra da publicidade dos atos administrativos e das informações custodiadas pelo Poder Público à luz da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Palavras-chave: Publicidade. Discricionariedade. Acesso. Informação. Sigilo.

1. INTRODUÇÃO

Nosso ordenamento jurídico confere à publicidade efeito de norma constitucional ao prever, no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que “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 (...)”.

Além disso, o direito de acesso às informações dos atos públicos é preconizado como direito e garantia fundamental individual, nos termos do disposto no art. 5º, inc. XXXIII, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;” (Grifo nosso)

A publicidade dos atos públicos, pois, é fruto da defesa do Estado Democrático de Direito e dos novos métodos de gestão administrativa impostos pela nova ordem constitucional, os quais substituíram regimes de governo que ofuscavam a transparência dos atos praticados no exercício da Administração Pública a fim de impedir o controle dos seus constituintes.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Exceções ao acesso irrestrito à informação: sigilo e classificação

A norma da publicidade, alçada ao grau de norma constitucional e de direito e garantia fundamental, também foi reproduzida nas leis de regência da administração pública, conforme se infere da redação dada ao art. 2º, parágrafo único, inc. V, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ao assim dispor:

“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.

(...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; (...)” (Grifo nosso)

Destarte, no impulso da atividade administrativa exercida pelo Estado, a regra jurídica é a publicação dos atos realizados pela Administração Pública, sendo, o sigilo, exceção.

Em obediência ao proclamado pela Constituição Federal e garantido pelos direitos fundamentais, promulgou-se a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, batizada como Lei de Acesso à Informação, na qual regula-se o acesso previsto à informação no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Por sua vez, o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, norma infralegal, regulamenta as normas encartadas no âmbito da Lei nº 12.527/2011.

Em razão de situações que merecem tratamento diferenciado no manuseio das informações, a fim de preservar a segurança da sociedade e do Estado^[1], a Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso à informação, prevê em seu art. 24 que a informação “em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada”.

Por conseguinte, o art. 28, da Lei nº 12.527/2011 encarta que:

Art. 28. A classificação de informação em qualquer grau de sigilo deverá ser formalizada em decisão que conterá, no mínimo, os seguintes elementos:

I - assunto sobre o qual versa a informação;

II - fundamento da classificação, observados os critérios estabelecidos no art. 24;

III - indicação do prazo de sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final, conforme limites previstos no art. 24; e

IV - identificação da autoridade que a classificou.

Parágrafo único. A decisão referida no **caput** será mantida no mesmo grau de sigilo da informação classificada.

Da leitura dos dispositivos supramencionados, percebe-se que o ato de classificar uma informação pública como sigilosa é discricionário. Consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello^[2], os atos discricionários “seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma”.

A discricionariedade do ato de classificar uma informação como sigilosa é ainda mais aparente, tendo em vista que cabe ao administrador competente para classificar com grau de sigilo certa informação decidir se a informação pode afetar a segurança da sociedade e do Estado, caso franqueado seu acesso.

Decidir ou não pela classificação de informação como sigilosa, portanto, resvala no exercício do juízo de valoração da autoridade administrativa competente. Entretanto, apesar de o administrador público competente ter certa margem de liberdade para decidir acerca da classificação da informação, esta flexibilização não lhe confere liberdade irrestrita.

A discricionariedade significa que há uma margem de decisão para a autoridade pública com poder para decidir. Ocorre que a discricionariedade limita-se às lindes estabelecidas pela lei, não podendo ultrapassá-las. Se o administrador, após exercer juízo de valor sobre a situação posta, entender pela existência de periculosidade à segurança social e do Estado caso a informação pública tenha seu acesso livre, deve decidir pelo sigilo, classificando-a como de acesso restrito.

Vê-se, deste modo, que o próprio administrador, no exercício de sua função pública, participa da construção normativa, cabendo a ele verificar, *in casu*, se há ou não risco à segurança social e do Estado em

caso de tornar a informação pública de livre acesso, o que não constitui a outorga de arbitrariedade.

Isto porque a decisão discricionária de classificar ou não uma informação como sigilosa em razão de possível ofensa ao interesse público e, em especial, à segurança da sociedade e do Estado, deve obedecer aos parâmetros da legalidade e razoabilidade, requerendo, portanto, a motivação da autoridade classificadora com o fito de se averiguar se o mérito administrativo obedeceu aos limites da legalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello^[3] disserta sobre o tema:

“Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei.”

A discricionariedade em questão é resultante da presença de conceito jurídico indeterminado. As possibilidades de classificação sigilosa não se resumem às situações elencadas no art. 23 da Lei nº 12.527/2011, pois trata-se de elenco de situações exemplificativas.

Mesmo que a situação não esteja expressamente enquadrada em um dos incisos do art. 23 da Lei nº 12.527/2011, o administrador pode classificar a informação como sigilosa se considerar existente o risco à segurança da sociedade e do Estado caso franqueado seu acesso.

Porém, se presente o risco à segurança da sociedade e do Estado, mostra-se imperiosa a classificação da informação. Como já exposto, a discricionariedade não legitima ação ou omissão arbitrária, pertencendo à autoridade competente o dever de manter incólume a segurança da sociedade e do Estado. Deixar de classificar como sigilosa informação que prejudique o interesse público, se divulgada, nos parece configurar ilegalidade por omissão, pois transporia os limites da discricionariedade e aviltaria a legalidade administrativa.

É bem verdade que a redação do art. 23 utiliza a expressão “passíveis de classificação”. Ocorre que tal expressão deve ser entendida como um poder-dever do administrador competente. Ademais,

nem todos os elementos formadores do ato administrativo suportam discricionariedade, entre os quais a finalidade pública.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXIII, assinala que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Conforme inteligência do art. 28, qualquer que seja o grau de sigilo, a decisão deverá ser formalizada. A publicidade é a regra e o sigilo a exceção. Sendo exceção, deve ser motivada em ato administrativo próprio, em que seja manifestada as razões para a necessidade de sigilo, assim como o prazo do sigilo e a autoridade responsável pela classificação.

Sem um ato administrativo que decida pelo sigilo da informação impede-se a fiscalização e controle dos atos administrativos, visto que o ato de dar sigilo à informação é um ato administrativo que deve obedecer aos requisitos legais de existência e validade.

Os procedimentos para a classificação da informação, além da previsão do art. 28, da Lei nº 12.527/2011, encontram-se regulamentados nos arts. 31 a 34 do Decreto nº 7.724/2012, a saber:

Art. 31. A decisão que classificar a informação em qualquer grau de sigilo deverá ser formalizada no Termo de Classificação de Informação - TCI, conforme modelo contido no Anexo, e conterá o seguinte:

- I - código de indexação de documento;
- II - grau de sigilo;
- III - categoria na qual se enquadra a informação;
- IV - tipo de documento;
- V - data da produção do documento;
- VI - indicação de dispositivo legal que fundamenta a classificação;

VII - razões da classificação, observados os critérios estabelecidos no art. 27;

VIII - indicação do prazo de sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final, observados os limites previstos no art. 28;

IX - data da classificação; e

X - identificação da autoridade que classificou a informação.

§ 1º O TCI seguirá anexo à informação.

§ 2º As informações previstas no inciso VII do **caput** deverão ser mantidas no mesmo grau de sigilo que a informação classificada.

§ 3º A ratificação da classificação de que trata o § 5º do art. 30 deverá ser registrada no TCI.

Art. 32. A autoridade ou outro agente público que classificar informação no grau ultrassecreto ou secreto deverá encaminhar cópia do TCI à Comissão Mista de Reavaliação de Informações no prazo de trinta dias, contado da decisão de classificação ou de ratificação.

Art. 33. Na hipótese de documento que contenha informações classificadas em diferentes graus de sigilo, será atribuído ao documento tratamento do grau de sigilo mais elevado, ficando assegurado o acesso às partes não classificadas por meio de certidão, extrato ou cópia, com ocultação da parte sob sigilo.

Art. 34. Os órgãos e entidades poderão constituir Comissão Permanente de Avaliação de Documentos Sigilosos - CPADS, com as seguintes atribuições:

I - opinar sobre a informação produzida no âmbito de sua atuação para fins de classificação em qualquer grau de sigilo;

II - assessorar a autoridade classificadora ou a autoridade hierarquicamente superior quanto à desclassificação, reclassificação ou reavaliação de informação classificada em qualquer grau de sigilo;

III - propor o destino final das informações desclassificadas, indicando os documentos para guarda permanente, observado o disposto na [Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991](#); e

IV - subsidiar a elaboração do rol anual de informações desclassificadas e documentos classificados em cada grau de sigilo, a ser disponibilizado na Internet.

Do texto normativo acima, constata-se que a decisão administrativa de classificar informação como sendo sigilosa deverá ser formalizada através de Termo de Classificação de Informação – TCI, nos moldes do Anexo ao Decreto nº 7.724/2012.

Não obstante as considerações dissertadas, o art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.527/2011, prevê a possibilidade de restrição de documento ou informação nele contida que seja preparatório de tomada de decisão administrativa, a exemplo de notas técnicas e pareceres. O mencionado dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 7º (...)

§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

Dando-lhe regulamentação, o Decreto nº 7.724/2012, em seu art. 20, prevê que:

Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento

de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.

Parágrafo único. O Ministério da Fazenda e o Banco Central do Brasil classificarão os documentos que embasarem decisões de política econômica, tais como fiscal, tributária, monetária e regulatória.

O mesmo Decreto define documento preparatório como sendo “documento formal utilizado como fundamento da tomada de decisão ou de ato administrativo, a exemplo de pareceres e notas técnicas” (cf. art. 3º, inc. XXI).

Decerto, excepcionalmente, a legislação previu a possibilidade de um documento ou informação ter seu acesso restrito sem ser classificada como sigilosa. Para tanto, a informação ou o documento deve ser preparatório de tomada de decisão ou ato administrativo. Tal ilação decorre, inclusive, da obrigatoriedade de o Ministério da Fazenda e o Banco Central do Brasil classificar como sigilosos mesmo os documentos preparatórios de decisões de política econômica.

Ora, se o Decreto Regulamentar impôs, tão somente, a classificação de sigilo de documentos preparatórios para tomadas de decisões de política econômica, pode-se deduzir que os demais documentos preparatórios, não associados às políticas econômicas, podem ter seu acesso restrito independentemente de classificação, até que haja a edição do ato administrativo do qual é preparatório. Frise-se que se trata de exceção à classificação.

Esta excepcionalidade deve, necessariamente, se restringir aos documentos preparatórios (e informações nestes contidas) de tomada de decisão ou ato administrativo, descabendo interpretação extensiva, haja vista se tratar de exceção à regra da publicidade.

Os documentos preparatórios, para terem restrição de acesso, devem estar relacionados ao processo aberto com vistas a uma tomada de decisão administrativa ou edição de ato administrativo.

Esta condição visa impedir que documentos e informações avulsas, não relacionadas a qualquer decisão ou proposta de ato administrativo, tenham pedidos de acesso negados indevidamente. Logo, a autoridade gestora da informação deve marcá-la como de acesso restrito desde que seja, de fato, associada a uma tomada de decisão ou ato administrativo

futuro, sob pena de ser responsabilizada nos termos da Lei de Acesso à Informação.

Somente a informação ou o documento que servir de base à futura decisão ou ato administrativo poderá ter seu acesso restringido sem ser classificado como sigiloso. Do contrário, haverá a obrigatoriedade de a autoridade competente, e gestora da informação que requer sigilo, decidir pela sua classificação.

Outras hipóteses que possibilitam a negativa do acesso à informação são observadas quando a informação goza de sigilo legal, tal como o sigilo fiscal, industrial etc. Tal assertiva é deduzida da redação do art. 22 da Lei nº 12.527/2011, que assim prevê:

“Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.”

A despeito da regra da publicidade dos atos e informações sob o domínio do Poder Público, existem situações que impedem a divulgação livre dessas informações.

Depreende-se que a Lei nº 12.527/2011 não exclui as hipóteses legais de sigilos específicos. Logo, se a informação resta tutelada por sigilo específico definido em lei, é juridicamente indicado que seu acesso não seja franqueado, impondo-se o indeferimento do pedido de acesso.

Tal verificação deve ser realizada pelo agente público de quem é demandada a informação. Se o agente público entender que a informação em sua posse goza de sigilo legal ou foi classificada como sigilosa, impõe-se a negativa do acesso à informação solicitada, devidamente fundamentada.

Vale destacar, ainda, que informações pessoais devem ser tuteladas conforme o preconizado no art. 31 da Lei nº 12.527/2011:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das

pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o

titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

Logo, caso o pedido contenha acesso a informações pessoais, o agente público demandado deve tutelar essa espécie de informação na forma estatuída na legislação de regência.

É oportuno esclarecer, ainda, que as solicitações de acesso às informações devem obedecer aos requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico. O Decreto nº 7.724/2012, que regulamenta a Lei nº 12.527/2011, dispõe em seus arts. 12 e 13 o que se segue:

Art. 12. O pedido de acesso à informação deverá conter:

I - nome do requerente;

II - número de documento de identificação válido;

III - especificação, de forma clara e precisa, da informação requerida; e

IV - endereço físico ou eletrônico do requerente, para recebimento de comunicações ou da informação requerida.

Art. 13. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação:

I - genéricos;

II - desproporcionais ou desarrazoados; ou

III - que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso III do **caput**, o órgão ou entidade deverá, caso tenha conhecimento, indicar o local onde se encontram as informações a partir das quais o requerente poderá realizar a interpretação, consolidação ou tratamento de dados.

O requerente deve atender às condicionantes acima previstas para obter acesso à informação, ainda que esta não esteja resguardada por qualquer forma de sigilo.

Extraí-se dos normativos transcritos que não se admite o pedido quando este for genérico, desproporcional ou quando exija “trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade”.

Com efeito, repise-se que o agente público competente deve efetuar juízo de valoração e decidir se o acesso às informações solicitadas viola alguma forma de sigilo legalmente tutelado, a exemplo do sigilo industrial, fiscal, comercial etc., bem como considerar se o pedido cumpre os requisitos estabelecidos na legislação para sua admissão, principalmente as exigências estabelecidas no art. 12 do Decreto nº 7.724/2012, ou se presente alguma característica que impeça o deferimento do pedido, a exemplo de ser caracterizado como um pedido genérico ou desproporcional.

Da redação do comando constitucional percebe-se que o direito ao acesso à informação limita-se àquela que não seja necessária à segurança da sociedade e do Estado. Logo, apresenta-se equivocado assumir que a defesa da segurança da sociedade e do Estado é ato puramente facultativo. Estando presente o risco a estes bens jurídicos constitucionalmente tutelados, o administrador não pode se eximir de preservá-los.

2.2 Responsabilidade administrativa e a Lei de Acesso à Informação

De acordo com a Lei nº 12.527/2011 (art. 32) ensejam responsabilização do agente público, civil ou militar, as seguintes condutas ilícitas:

Art. 32 (...)

I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa;

II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;

III - agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação;

IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;

V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem;

VI - ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e

VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

Além disso, pelas condutas descritas *nocaput* do art. 32, “poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas [Leis nºs 1.079, de 10 de abril de 1950](#), e 8.429, de 2 de junho de 1992.”.

Ainda no que toca à responsabilidade, cabe destacar que os arts. 33 e 34 da Lei nº 12.527/2011 assim preconizam:

Art. 33. A pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixar de observar o disposto nesta Lei estará sujeita às seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - rescisão do vínculo com o poder público;

IV - suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 2 (dois) anos; e

V - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

§ 1º As sanções previstas nos incisos I, III e IV poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, assegurado o direito de defesa do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º A reabilitação referida no inciso V será autorizada somente quando o interessado efetivar o ressarcimento ao órgão ou entidade dos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso IV.

§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V é de competência exclusiva da autoridade máxima do órgão ou entidade pública, facultada a defesa do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista.

Art. 34. Os órgãos e entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se à pessoa física ou entidade privada que, em virtude de vínculo de qualquer natureza com órgãos ou entidades, tenha acesso a informação sigilosa ou pessoal e a submeta a tratamento indevido.

Consoante as previsões legais, percebe-se que o agente público tem o dever de agir em concórdia com o estabelecido na Lei nº 12.527/2011, sob pena de ser responsabilizado administrativamente, podendo-se aplicar, inclusive, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Crimes de Responsabilidade^[4].

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, classificar determinada informação como sendo sigilosa se trata de decisão administrativa, dotada de discricionariedade, cujo juízo de valoração do mérito administrativo cabe ao administrador, porém, a discricionariedade administrativa não implica em arbitrariedade.

Se, após juízo de valoração, a autoridade competente entender que se encontra presente o risco à segurança do Estado e da sociedade em caso de acesso irrestrito da informação, esta deve ser classificada como sigilosa, a fim de assegurar a observância aos princípios administrativos regentes, principalmente o da supremacia do interesse público, sob pena de ser o agente público responsabilizado pelas condutas ilícitas estabelecidas na Lei nº 12.527/2011, na Lei nº 8.112/1990, na Lei nº 1.079/1950, na Lei nº 8.429/93 e demais regimes jurídicos aplicáveis aos agentes públicos.

Isto porque a discricionariedade administrativa não se confunde com ilimitada faculdade de agir. O agente público, mesmo estando diante de uma discricionariedade, deve agir dentro dos parâmetros legais, sob o risco de incorrer em ilegalidade caso não o faça. Nesta toada, verificada a existência de risco à segurança da sociedade e do Estado, deve o agente público preservar a informação de interesse público, cujo sigilo se impõe.

Logo, em regra, deve-se observar a publicidade das informações custodiadas pelo Poder Público. Todavia, o ordenamento traz exceções à regra da publicidade, tais como: as informações classificadas; a possibilidade de restringir o acesso ao documento preparatório à tomada de decisão ou edição de ato administrativo, até que a decisão ou ato seja editado; informações protegidas por sigilos legais; os pedidos de acesso à informação que não atendem aos requisitos estabelecidos na legislação de regência; e as informações pessoais, nos termos dispostos pela legislação de regência.

Se a informação não for classificada, se não enquadrada nas exceções legais de sigilo que dispensam a classificação e/ou inexistente razão jurídica que impossibilite o acesso à informação pelo demandante, deve ser-lhe dada publicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. Malheiros. 2012.

NOTAS:

[1] “Constituição Federal. Art. 5º (...)
XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

[2] Curso de Direito Administrativo. 29ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. p. 434.

[3] Idem. p. 980.

[4] A Lei n  1.079, de 10 de abril de 1950, somente   aplicável aos atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministro do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República, dos Governadores dos Estados e dos Secretários dos Estados - inferência extraída dos art. 2  e 74 da aludida Lei.

i SUSSEKIND, Arnaldo. Institui es de Direito do Trabalho. Ed. LTr. São Paulo. 2004. Vol. I. p. 324.

ii Ibid. p. 94.

iii MARCANTE, Carolina Pereira. A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas decorrentes da contrata o de serviços terceirizados. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 19 de outubro de 2013.

iv MARCANTE, Carolina Pereira. A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas decorrentes da contrata o de serviços terceirizados. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 19 de outubro de 2013.

v DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. Ed. LTr. São Paulo. 2004. p. 428.

vi FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Positivo, 2013.

vii SILVA, Otávio Pinto e. Subordina o, Autonomia e Parassubordina o nas Rela es de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo. 2004. p. 60.

viii OLIVEIRA, Marcelo Augusto Souto de. Terceiriza o: Avanço ou Retrocesso? Disponível em: www.ibcbrasil.com.br Acesso em 15 de março de 2005.

ix MARANHÃO, Délio. Institui es de Direito do Trabalho. Ed. LTr. São Paulo. 2004. Vol. I. p. 277.

x CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Direito do Trabalho. Ed: Evocati. Aracaju. 2011. P. 170

xi NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 631.

xii NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 632

xiii DELGADO, Gabriela Neves. Terceiriza o - Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. Ed. LTr. São Paulo. 2003. p. 140.

^{xiv} MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. Ed. Malheiros. São Paulo. 1995. p. 19.

^{xv} ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização. Tendência em doutrina e jurisprudência. Revista Jurídica nº 21. Trabalho & Doutrina. Ed. Saraiva. São Paulo. Junho de 1999. p. 33.